

Journal officiel

de l'Union européenne

L 235



Édition
de langue française

Législation

54^e année

10 septembre 2011

Sommaire

II Actes non législatifs

DÉCISIONS

2011/526/UE:

- ★ **Décision de la Commission du 29 septembre 2010 concernant l'aide d'État C 32/09 (ex NN 50/09) accordée par l'Allemagne en vue de la restructuration de la Sparkasse KölnBonn [notifiée sous le numéro C(2010) 6470] ⁽¹⁾.....** 1

2011/527/UE:

- ★ **Décision de la Commission du 26 janvier 2011 concernant l'aide d'État de l'Allemagne C 7/10 (ex CP 250/09 et NN 5/10) au titre de la clause d'assainissement prévue par la loi relative à l'impôt sur les sociétés («KStG, Sanierungsklausel») [notifiée sous le numéro C(2011) 275] ⁽¹⁾.....** 26

2011/528/UE:

- ★ **Décision de la Commission du 8 mars 2011 concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09 (ex N 446/08) — Aide d'État en faveur des entreprises à forte intensité énergétique, loi autrichienne sur l'électricité verte [notifiée sous le numéro C(2011) 1363] ⁽¹⁾.....** 42

Prix: 4 EUR

⁽¹⁾ Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

FR

Les actes dont les titres sont imprimés en caractères maigres sont des actes de gestion courante pris dans le cadre de la politique agricole et ayant généralement une durée de validité limitée.

Les actes dont les titres sont imprimés en caractères gras et précédés d'un astérisque sont tous les autres actes.

II

(Actes non législatifs)

DÉCISIONS

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 29 septembre 2010

concernant l'aide d'État C 32/09 (ex NN 50/09) accordée par l'Allemagne en vue de la restructuration de la Sparkasse KölnBonn

[notifiée sous le numéro C(2010) 6470]

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

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

(2011/526/UE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 108, paragraphe 2,

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

après avoir invité les États membres et les autres intéressés à présenter leurs observations en vertu des articles susmentionnés ⁽¹⁾,

considérant ce qui suit:

1. PROCÉDURE

- (1) L'Allemagne a notifié les mesures en question le 21 octobre 2009.
- (2) Dans sa décision du 4 novembre 2009 ⁽²⁾ (ci-après la «décision d'ouverture»), la Commission a conclu, à titre provisoire, que les mesures de recapitalisation en faveur de la Sparkasse KölnBonn (ci-après la «Sparkasse») constituaient une aide d'État; elle a par ailleurs émis des doutes sur la compatibilité des mesures prises en faveur de la Sparkasse avec le marché intérieur conformément à l'article 107, paragraphe 3, TFUE. La Commission a en outre demandé à l'Allemagne de lui présenter un plan de restructuration.
- (3) La décision d'ouverture publiée le 6 janvier 2010 au *Journal officiel de l'Union européenne* invitait toutes les parties concernées à présenter leurs observations.

⁽¹⁾ Décision de la Commission dans l'affaire C 32/2009 (ex NN 50/2009), *restructuration de la Sparkasse KölnBonn* (JO C 2 du 6.1.2010, p. 13).

⁽²⁾ Voir note 1 de bas de page.

- (4) Le 11 février 2010, l'Allemagne a communiqué le plan de restructuration établi pour la Sparkasse KölnBonn, lequel a fait l'objet, entre décembre 2009 et septembre 2010, de plusieurs réunions et téléconférences.

- (5) Les 15 janvier 2010, 10, 12 et 24 février 2010, 10 et 26 mars 2010, 21 et 28 mai 2010, 8 et 11 juin 2010, 23 juillet 2010 et 10 et 23 août 2010, l'Allemagne a communiqué des informations complémentaires et des mises à jour concernant le plan de restructuration. La version finale du plan de restructuration a été transmise le 1^{er} septembre 2010.

2. DESCRIPTION DE L'ÉTABLISSEMENT FINANCIER BÉNÉFICIAIRE

- (6) La Sparkasse KölnBonn est une caisse d'épargne allemande. Elle est née en 2005 de la fusion entre la Stadtparkasse Köln et la Sparkasse Bonn, dont les autorités de tutelle (institutions publiques responsables des caisses d'épargne, ci-après les «propriétaires») sont respectivement la municipalité de Cologne et celle de Bonn. Les municipalités de Cologne et de Bonn détiennent respectivement une participation indirecte de 70 % et de 30 % dans le nouvel établissement financier. Depuis la fusion, l'autorité de tutelle de la Sparkasse est le Zweckverband Sparkasse KölnBonn (ci-après le «Zweckverband»). Le *Zweckverband* est un organisme de droit public détenu à 70 % par la municipalité de Cologne et à 30 % par la municipalité de Bonn.
- (7) À la fin 2008, la Sparkasse était, avec un total de bilan de 31 milliards d'euros, la seconde caisse d'épargne allemande. La notation Moody's de la Sparkasse était à l'époque Aa2. Le 15 mars 2010, cette notation a été dégradée à A1.

- (8) La Sparkasse propose des services bancaires aux particuliers (banque de détail) et aux entreprises (clientèle commerciale). Elle exerce aussi des activités à vocation régionale dans des secteurs tels que le financement de projets, les marchés des capitaux, ainsi que le secteur financier et la gestion d'actifs.
- (9) La Sparkasse exerce exclusivement ses activités dans la région économique de Cologne-Bonn, dans laquelle elle détenait, en 2008, dans le secteur des dépôts de la clientèle privée, une part de marché d'environ [30-35] (*) %; la même année, elle y détenait une part de marché d'environ [20-25] % dans le secteur des prêts aux particuliers et une part de marché de [15-20] % dans celui des crédits aux entreprises (3).

3. LES MESURES D'AIDE

- (10) La Sparkasse a bénéficié d'une augmentation de capital d'un montant total de 650 millions d'euros grâce à:
- i) l'émission de titres participatifs à la fin 2008; et à
 - ii) un apport tacite au début 2009.

3.1. Titres participatifs

- (11) En décembre 2008, la Rheinische Sparkassen-Förderungsgesellschaft (ci-après la «Förderungsgesellschaft») a souscrit à des titres participatifs nominatifs émis par la Sparkasse à hauteur d'un montant total de 300 millions d'euros (en deux tranches de 150 millions d'euros chacune).
- (12) La Förderungsgesellschaft est une filiale à 100 % du Rheinische Sparkassen- und Giroverband (ci-après le «RSGV»). Le RSGV est un organisme de droit public et la structure faitière des caisses d'épargne établies en Rhénanie, qui représente les caisses d'épargne et donc, en fin de compte, les organismes de droit public et leurs propriétaires (publics). L'objet social de la Förderungsgesellschaft consiste, selon ses statuts, à promouvoir les activités des caisses d'épargne faisant partie du RSGV. Elle peut procéder à une recapitalisation des caisses d'épargne aux seules fins de stimuler l'offre de crédit et peut recourir à l'emprunt.
- (13) Le coupon des titres participatifs s'élève à 8 %. Ces derniers arrivent à échéance le 31 décembre 2013. En vertu des règles prudentielles, les titres participatifs sont des fonds propres complémentaires (Tier 2 capital).
- (14) Les titres participatifs participent aux pertes de l'exercice proportionnellement au rapport entre les capitaux apportés au moyen de titres participatifs et les autres fonds propres participant aux pertes et sont assortis d'un droit à un paiement de régularisation [...], ce qui

signifie, en d'autres termes, que les paiements sur les titres participatifs qui n'ont pas été effectués doivent l'être jusqu'à [2-6] ans après l'expiration des titres. Il en va de même pour les paiements visant à reconstituer le montant nominal des titres participatifs éventuellement réduit en raison de l'absorption d'une perte.

- (15) Pour financer les titres participatifs, la Förderungsgesellschaft a contracté deux prêts auprès de [...]. Ces prêts sont assortis d'un taux fixe annuel de [4-5] % sur toute la durée des titres participatifs. Le RSGV se porte garant pour ces prêts à l'égard de [...]; en compensation, il perçoit une rémunération de [1,8-2,5] % de la Förderungsgesellschaft.

3.2. Apport tacite

- (16) Le 2 janvier 2009 et le 27 février 2009, des contrats concernant la création d'une société en participation dotée d'un montant total de 350 millions d'euros ont été conclus entre la Sparkasse et le Zweckverband; la première tranche, d'un montant de 300 millions d'euros a été versée le 2 janvier 2009 et la deuxième, d'un montant de 50 millions d'euros, le 1^{er} avril 2009. L'apport tacite est une structure qui ne confère pas de droits de vote à l'investisseur, mais qui lui permet de percevoir une rémunération. Il est illimité dans le temps et est comptabilisé, dans le capital de la Sparkasse, en tant que fonds propres de catégorie 1. Il est détenu par le Zweckverband.
- (17) Pour financer l'apport tacite, le Zweckverband a contracté, pour la première tranche, un prêt de 300 millions d'euros. Ce prêt est accordé à hauteur de 50 % par [...] et de 50 % par [...]. Le Zweckverband paie pour ce prêt une rémunération correspondant au taux EURIBOR à 12 mois, majoré [0,7-1,1] %. La deuxième tranche de 50 millions d'euros a été refinancée au moyen d'un prêt de [...] assorti d'une rémunération correspondant au taux EURIBOR, majoré de [0,7-1,1] %. Le prêt du Zweckverband n'est couvert par aucune garantie particulière des municipalités de Cologne et de Bonn; selon les statuts du Zweckverband, il existe toutefois une responsabilité statutaire illimitée des deux municipalités à l'égard des engagements du Zweckverband.
- (18) La Sparkasse paie, pour l'apport tacite, une rémunération correspondant au taux EURIBOR à 12 mois, majoré de 7,25 %. Le montant de cette rémunération a été fixé après que la Deutsche Bank a délivré une attestation d'équité. Le versement de la rémunération est lié au solde reporté de l'exercice précédent et est supprimé si la Sparkasse n'affiche pas de bénéfice pour l'année concernée. Un versement est exclu si le ratio de fonds propres est inférieur à 9 % à l'échéance et si le paiement devait générer une perte ou entraîner une hausse de cette dernière pour l'exercice en cause. Si l'apport tacite n'est pas utilisé, il n'y a pas d'obligation de verser ultérieurement les montants auxquels il a été renoncé. En outre, l'apport tacite participe aux éventuelles pertes reportées proportionnellement au capital total participant à la perte.

(*) Informations couvertes par le secret professionnel.

(3) La part de marché de la Sparkasse KölnBonn dans l'ensemble du secteur bancaire allemand est insignifiante.

4. LE PLAN DE RESTRUCTURATION

- (19) D'après le plan de restructuration, la Sparkasse KölnBonn se concentrera sur son modèle statutaire de caisse d'épargne régionale. L'établissement financier se recentrera sur l'offre de services de banque de détail à sa clientèle traditionnelle (particuliers et PME), renoncera à des activités telles que les opérations pour compte propre ou les investissements dans des produits structurés et cédera des filiales non essentielles. De plus, la banque réduira sensiblement ses coûts administratifs.

4.1. Description du plan de restructuration

- (20) La Sparkasse concentrera l'essentiel de son activité sur les segments de la clientèle privée, du private banking, des PME, de la clientèle d'entreprises et des clients institutionnels établis dans la région économique de Cologne-Bonn. Dans le segment de la clientèle d'entreprises, la Sparkasse se concentrera sur les clients affichant un chiffre d'affaires annuel inférieur à 250 millions d'euros.

- (21) La Sparkasse résorbera son important engagement de crédit, notamment en réduisant ses lignes de crédit, en exigeant des sûretés supplémentaires et en concluant des transactions de risque de crédit avec d'autres établissements financiers. Dans le segment de la clientèle d'entreprises, la Sparkasse a déjà pu réduire ses engagements de crédit de 551,5 millions d'euros; d'ici la fin de 2013, l'engagement de crédit initial de 2,8 milliards d'euros (situation en 2008) doit de nouveau être réduit de [0,9-1,1] milliards d'euros. En outre, d'ici la fin de 2013, un engagement de crédit de [0,8-0,9] milliards d'euros à l'égard d'organismes publics non établis dans la région de Cologne-Bonn doit être réduit au moyen des mêmes instruments de fonds propres (voir annexe I, point 4).

- (22) La Sparkasse a déjà ramené le volume de ses opérations pour compte propre du montant initial de 550 millions d'euros à actuellement [20-23] millions d'euros et le réduira à terme à zéro. La Sparkasse renoncera à l'avenir à toute opération pour compte propre et envisage de renoncer à son statut d'établissement gérant un portefeuille de négociation de manière à exercer comme des activités de portefeuille bancaire les activités pour compte propre qui lui restent et qui sont limitées en termes de volume. Elles seront limitées à certains produits et ne pourront excéder un risque de crédit quotidien déterminé (risque de marché < [3-5] millions d'euros; voir annexe I, point 2).

- (23) Une des raisons principales des pertes subies par la Sparkasse en 2008 réside dans les investissements qu'elle a réalisés dans les portefeuilles dits «ABS» et d'allocation stratégique des actifs» (SAA). En achetant le portefeuille ABS, la Sparkasse a acquis des actifs géographiquement diversifiés⁽⁴⁾ et pour la plupart notés

«AAA», dont des RMBS⁽⁵⁾, des CDO⁽⁶⁾, des CMBS⁽⁷⁾, des ABS⁽⁸⁾ et des CLO⁽⁹⁾. À la fin 2007, le portefeuille ABS était valorisé à un montant de 1,05 milliard d'euros dans les comptes de la Sparkasse. Le portefeuille SAA est un portefeuille-titres diversifié géré par l'intermédiaire de fonds spéciaux, qui est notamment constitué de participations internationales au capital, de REIT⁽¹⁰⁾ et de prêts [y compris des classes d'actifs «High Yield» (titres à rendement élevé) et des marchés émergents]. À la fin 2007, ce portefeuille était valorisé à un montant de 2,2 milliards d'euros dans les comptes de la Sparkasse. En dépit des efforts consentis par cette dernière pour garantir une large diversification des portefeuilles ABS et SAA, la crise des marchés financiers a entraîné des corrections de valeur sensibles dans ces portefeuilles. En 2008, la Sparkasse a dû procéder à des amortissements pour un montant de 249 millions d'euros⁽¹¹⁾, essentiellement sur ces deux portefeuilles; en 2007 déjà, elle avait dû comptabiliser des amortissements pour un montant de 108 millions d'euros.

- (24) Selon le plan de restructuration élaboré pour la Sparkasse, les investissements dans les portefeuilles ABS et SAA ne correspondent pas au profil de risque d'une caisse d'épargne traditionnelle et à sa réorientation stratégique vers son cœur de métier. C'est la raison pour laquelle la Sparkasse a décidé de céder intégralement ou de réduire ces engagements d'ici à 2014. En mars 2008, la Sparkasse a diminué ses investissements SAA de moitié afin de réduire le risque auquel elle était exposée. D'autres cessions ont suivi en 2009 et ont permis de ramener le portefeuille SAA à 468 millions d'euros (situation au 30 septembre 2009). L'impact du portefeuille ABS résiduel (à la date du 30 septembre 2009, il avait une valeur nominale de 970 millions d'euros) sur les comptes de la Sparkasse est compensé, en 2010, par un provisionnement des risques et une couverture correspondants. Le reste du portefeuille doit être cédé en [2012-2014].

- (25) La Sparkasse a lancé un vaste programme de réduction des coûts, qui prévoit notamment une réduction des effectifs, l'optimisation des procédures internes et, d'ici la mi-2011, la fermeture de 22 filiales (sur un total de 131). Les coûts administratifs seront ainsi progressivement ramenés, d'ici à 2014, à [5-8] %⁽¹²⁾.

- (26) L'Allemagne assure que la Sparkasse respectera des restrictions sur les paiements de coupons (annexe I,

⁽⁴⁾ À la fin septembre 2009, 64 % du volume du portefeuille ABS concernaient l'Allemagne et d'autres pays européens; la part des créances américaines représentait 17 %.

⁽⁵⁾ *Residential mortgage-backed securities*: actifs garantis par un ensemble de crédits hypothécaires.

⁽⁶⁾ *Collateral debt obligation*: actifs garantis par un portefeuille de crédits (ensemble de crédits aux entreprises et/ou de crédits à la consommation).

⁽⁷⁾ *Commercial mortgage-backed securities*: actifs et crédits adossés à de l'immobilier commercial.

⁽⁸⁾ *Asset-backed securities*: titres adossés à des actifs.

⁽⁹⁾ *Collateralized loan obligation*: actifs garantis par un portefeuille de crédits.

⁽¹⁰⁾ Real estate investment trusts.

⁽¹¹⁾ Une partie de 104,5 millions d'euros du total des amortissements concernait, en 2008, le portefeuille ABS.

⁽¹²⁾ Ce chiffre tient compte des hausses de prix et des augmentations de salaires.

point 7) et quant à la publicité (annexe I, point 9), des interdictions d'acquisition (annexe I, point 8), ainsi qu'une interdiction d'exercer une influence dominante sur les prix. En vertu de cette interdiction, la Sparkasse ne proposera pas, d'ici la fin de 2014, pour les dépôts et le crédit immobilier, de prix inférieurs à ceux du concurrent, parmi les dix plus grands, pratiquant les meilleurs prix (en ce qui concerne les dépôts, les données de référence sont les parts de marché sur le marché en cause dans la région économique de Cologne/Bonn et, pour ce qui est du crédit immobilier, les parts de marché concernant la nouvelle activité en République fédérale d'Allemagne; voir annexe I, point 5).

4.2. Restructuration des filiales

- (27) La Sparkasse réduira son portefeuille de filiales d'un tiers. Au 31 décembre 2008, la valeur comptable des entreprises liées s'élevait, dans les comptes de la Sparkasse, à 635 millions d'euros; les actifs vendus ou liquides s'élevaient fin 2009 à [20-40] million et de nouvelles cessions sont programmées pour un montant total de [180-250] millions d'euros. La Sparkasse poursuit ainsi, selon la nature de la filiale, deux objectifs. Premièrement, la cession de filiales non essentielles⁽¹³⁾ participant à des projets de développement régional ou à des projets communaux de construction de logements sociaux vise à réduire le risque de crédit et la vulnérabilité de la Sparkasse. Deuxièmement, les bénéfices tirés de la vente de participations n'ayant qu'un lien indirect avec l'activité de la Sparkasse sont destinés à financer la restructuration de cette dernière (voir annexe I, point 10). La liste complète des filiales à céder figure à l'annexe I, points 10 et 13.
- (28) Cette dernière catégorie comprend notamment les participations dans les entreprises RW Holding AG, S ProFinanz Versicherungsmakler GmbH, Schufa Holding AG et neue leben Pensionsverwaltung AG. Ces participations ont déjà été cédées pour des recettes d'un montant total de [25-35] millions d'euros.
- (29) Pour quelques filiales affichant une valeur de réalisation d'environ [70-100] millions d'euros, la Sparkasse n'escompte, au vu de la nature de ces entreprises, qu'un intérêt limité de la part d'acheteurs du secteur privé. Ce faible intérêt s'explique principalement par le fait qu'il s'agit surtout de petites entreprises engagées dans la construction de logements sociaux et le développement

régional en collaboration avec la municipalité de Cologne ou dont la structure de participation est déjà fortement dominée par cette dernière. Aussi la Sparkasse envisage-t-elle de céder ces activités [à la municipalité de Cologne ou à une société liée à cette dernière]. Cette cession s'effectuerait au prix du marché calculé par un expert indépendant. Les actifs des filiales qui doivent être vendues à la municipalité de Cologne sont essentiellement liés à des opérations immobilières.

- (30) À la suite de la mise en œuvre des mesures de restructuration, la Sparkasse réduira ses actifs à risques pondérés de [2-5] milliards d'euros pour les ramener à [15-20] milliards d'euros (soit une réduction de [15-20] %). (Ce chiffre ne tient pas compte de la croissance de l'activité de base pendant la phase de restructuration). Si cette croissance n'est pas prise en compte, la réduction des actifs à risques pondérés s'élèvera à [10-15] % d'ici à 2014. Le [...] de la Sparkasse KölnBonn sera réduit de [4-6] milliards d'euros en termes nominaux pour être ramené à [20-30] milliards d'euros (soit une réduction de [15-20] %). (Ce chiffre ne tient pas compte de la croissance de l'activité de base pendant la phase de restructuration). Si l'on tient compte de cette croissance, les mesures de restructuration se solderont par une réduction des actifs de 5 %.

4.3. Retour à la viabilité dans le scénario de base et dans le scénario le moins favorable

- (31) L'Allemagne a élaboré un scénario de base et un scénario le moins favorable pour démontrer que la Sparkasse est en mesure de rétablir sa viabilité à long terme.

Scénario de base

- (32) Les projections financières sur lesquelles repose le scénario de base se fondent sur les prévisions établies pour l'Allemagne par des institutions économiques compétentes en la matière. Elles se fondent sur l'hypothèse que la croissance du PIB se maintiendra, pendant toute la durée de la restructuration, au même niveau modéré et que le taux de chômage continuera de croître jusqu'en 2011 pour baisser ensuite lentement. Pour 2010, on s'attend à une amélioration de l'environnement économique, actuellement défavorable en raison du faible niveau des taux d'intérêt, qui se maintiendra pendant le restant de la période de restructuration.
- (33) Comme le montre le tableau 1 ci-dessous, la Sparkasse renouerait, dans le scénario de base, avec la rentabilité en 2010 et améliorerait ses résultats de manière durable jusqu'en 2014. Pour 2014, elle devrait atteindre une rentabilité sur fonds propres de [9-10] %. Le graphique 1 présente les principaux chiffres concernant la Sparkasse pour la période 2008-2014.

⁽¹³⁾ Une des causes principales des difficultés de la Sparkasse KölnBonn résidait dans sa participation à des projets et dans des filiales n'ayant aucun lien avec son activité de base. Ce sont ces activités qui ont généré une grande partie des pertes. Afin d'encourager l'implantation de nouvelles entreprises à Cologne, la banque a participé au développement d'immeubles à usage commercial et d'immeubles de bureaux et a accordé des garanties locatives pour promouvoir la réalisation de projets de développement immobilier. La banque renégocie actuellement les garanties et les contrats de location dans le but de sortir de ces accords et, si possible, de céder ces activités à des tiers.

Tableau 1

Sparkasse KölnBonn — Bénéfice avant impôts 2010-2014 (scénario de base)

Scénario	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Scénario de base	- 98,8	[5-10]	[80-100]	[125-150]	[150-175]	[200-225]

Graphique 1

Chiffres concernant la Sparkasse KölnBonn pour la période 2008-2014

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	
Chiffres-clés	Actifs à risques pondérés ⁽¹⁾ (milliards EUR)	20,2	19,1	[17,5-20]	[...]	[...]	[...]	[15-20]
	Ratio Tier-1- ⁽²⁾	6,4 % (5,5 %)	6,9 % (6,1 %)	[7-8] % ([6-7] %)	[8-9] % ([7-8] %)	[8-9] % ([7-8] %)	[8-9] % ([7-8] %)	[8-10] % ([8-9] %)
	Rentabilité sur fonds propres	- 13,5 %	- 6,5 %	[0-3] %	[4-6] %	[7-9] %	[7-9] %	[9-10] %
	Ratio coûts/revenus	73,0 %	70,0 %	[65-75] %	[60-70] %	[55-65] %	[50-60] %	[50-60] %
	ETP	3 824	3 672	[3 500-3 750]	[3 250-3 500]	[3 000-3 250]	[3 000-3 250]	[2 750-3 000]

⁽¹⁾ Ces chiffres ne concernent que la Sparkasse KölnBonn.

⁽²⁾ Ratio du capital au sens strict (ratio Tier 1) pour la Sparkasse KölnBonn; les chiffres entre parenthèses concernent le groupe; CIR: cost income ratio (ratio coûts/revenus); ETP: équivalent temps plein (effectifs à temps plein).

Scénario le moins favorable et analyse de sensibilité

- (34) Dans le scénario le moins favorable, les hypothèses macroéconomiques se fondent sur la persistance de la crise financière jusqu'en 2011 et sur une légère reprise de la conjoncture en 2012. Selon ce scénario, la tendance marquée par des taux d'intérêts bas restera défavorable deux années de plus que ce que prévoit le scénario de base.
- (35) Dans le scénario le moins favorable, la Sparkasse devrait renouer avec la rentabilité en 2012 et améliorer ensuite ses résultats de manière durable jusqu'en 2014. Pour 2014, elle devrait atteindre une rentabilité sur fonds propres de [10-12,5] %. Dans le scénario le moins favorable, les ratios de fonds propres de la Sparkasse et de l'ensemble du groupe consolidé resteront nettement supérieurs, pendant toute la phase de restructuration, aux exigences réglementaires minimales. Le tableau 2 et le graphique 2 présentent les principaux chiffres concernant la Sparkasse KölnBonn pour la période 2008-2014 dans le scénario le moins favorable.

Tableau 2

Sparkasse KölnBonn — Bénéfice avant impôts 2010-2014 (scénario le moins favorable)

Scenario	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Scenario le moins favorable	- 98,8	- [125-150]	- [25-50]	[50-75]	[125-150]	[175-200]

Graphique 2

Chiffres concernant la Sparkasse KölnBonn pour la période 2008-2014 (scénario le moins favorable)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	
chiffres-clés	Actifs à risques pondérés ⁽¹⁾ (milliards EUR)	20,2	19,1	[17-20]	[17-19]	[17-19]	[17-19]	[16-18]
	Ratio Tier-1- ⁽²⁾	6,4 % (5,5 %)	6,9 % (6,1 %)	[6-7] % ([5-6])	[6-7] % ([6-7])	[6-7] % ([6-7])	[6-7] % ([6-7])	[7-8] % ([6-7])

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	
chiffres-clés	Rentabilité sur fonds propres	- 13,5 %	- 6,5 %	- [8-9] %	- [1-3] %	[3-5] %	[8-10] %	[10-12] %
	Ratio coûts/revenus	73,0 %	70,0 %	[70-75] %	[65-70] %	[60-65] %	[55-60] %	[50-55] %
	ETP	3 824	3 672	[3 500-3 750]	[3 250-3 500]	[3 000-3 250]	[3 000-3 250]	[2 750-3 000]

(¹) Ces chiffres ne concernent que la Sparkasse KölnBonn

(²) Ratio du capital au sens strict (ratio Tier 1) pour la Sparkasse KölnBonn; les chiffres entre parenthèses concernent le groupe; CIR: cost income ratio (ratio coûts/revenus); ETP: équivalent temps plein (effectifs à temps plein).

- (36) Le bas niveau actuel des taux d'intérêt à court terme étant l'élément qui pèse le plus sur les revenus de la Sparkasse, une nouvelle analyse de sensibilité portant sur les taux d'intérêt a été réalisée (scénario 1: tendance à la hausse de la courbe des taux de 100 points de base; scénario 2: tendance à la baisse de 50 points de base). L'analyse a confirmé que la poursuite de la hausse des taux d'intérêt profiterait à la rentabilité de la Sparkasse, tandis qu'une baisse des taux d'intérêt l'affaiblirait; une baisse linéaire des taux d'intérêt à court terme de 50 points de base entraînerait une baisse des bénéfices de [20-25] millions d'euros par an. De manière générale, l'analyse de sensibilité communiquée par l'Allemagne montre que la vulnérabilité de la Sparkasse aux chocs de taux d'intérêt importants est limitée.

4.4. Gouvernance d'entreprise

- (37) Les informations communiquées par l'Allemagne révèlent que les investissements répondant à des motivations politiques qui ont contribué aux difficultés de la Sparkasse ont été décidés pendant la période 1997-2004, c.-à-d. avant la fusion, en 2005, entre la Stadtparkasse Köln et la Sparkasse Bonn qui a débouché sur la création de l'actuelle Sparkasse; ces décisions ont aussi été prises sur une autre base juridique, qui était principalement définie par la loi sur les caisses d'épargne du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie (¹⁴). Dans l'intervalle, la gouvernance d'entreprise de la Sparkasse a été améliorée.
- (38) Compte tenu des changements structurels à apporter à l'autorité de tutelle après la fusion des deux caisses d'épargne intervenue en 2005, les décisions importantes prises au sein du Zweckverband doivent être adoptées à la majorité qualifiée des voix des actionnaires; cette majorité qualifiée a été fixée à 85 %, niveau supérieur à la participation de chacune des municipalités.
- (39) Le nombre et la taille des organes de la Sparkasse ont été réduits; c'est ainsi, notamment, que la taille du conseil d'administration et du comité de direction a été considérablement réduite (¹⁵). Le comité de participation,

constitué de trois membres du comité de direction, qui était habilité, dans l'ancienne Stadtparkasse Köln, à prendre des décisions préalables sur des investissements au sein de la filiale, a été dissous. La responsabilité de la politique d'investissement en matière de participations (au capital), qui doit être examinée au regard de critères économiques, a été transférée au comité de direction. Tous les nouveaux investissements de la Sparkasse doivent en outre être approuvés par le conseil d'administration.

- (40) Pour tenir compte de la modification de la loi sur les caisses d'épargne, la Sparkasse a dû constituer un comité des risques et un comité d'analyse de bilan et les doter de pouvoirs de contrôle étendus. La loi précise en outre que les membres du conseil d'administration doivent posséder l'expertise nécessaire à l'appréciation et au contrôle de l'activité commerciale d'une caisse d'épargne. Le comité de direction est seul responsable de la gestion de la Sparkasse et n'est en aucun cas tenu de se soumettre à des instructions du conseil d'administration ou des actionnaires.
- (41) En plus des améliorations déjà apportées à la structure de gouvernance d'entreprise, la Sparkasse renforcera sa gouvernance en augmentant le nombre de membres indépendants (¹⁶) du conseil d'administration de deux (actuellement) à quatre sur un total de 18 membres. À partir du 1^{er} janvier 2011, le comité d'analyse de bilan comptera 7 membres au lieu de 9 jusqu'à présent, et le comité des risques, 6 membres au lieu de 9. Le comité de participation doit être dissous d'ici la fin de 2011 et le comité stratégique d'ici la fin de 2010. Le comité de participation perdra automatiquement en importance dès que la Sparkasse aura vendu une grande partie de ses filiales. Les tâches du comité stratégique seront reprises par le comité de direction. Enfin, les procédures décisionnelles concernant la reprise d'entreprises seront modifiées de manière à ce que le comité de direction ne puisse plus adopter des décisions de participation qu'à l'unanimité et, dans le cas de participations d'un montant supérieur à [2-5] millions d'euros en termes nominaux, au terme d'un audit préalable ou d'une évaluation de l'entreprise réalisés avec l'aide d'un expert indépendant.

(¹⁴) Voir <http://www.wlsgv.de/download/spkg28112008.pdf> dans la version actuelle en vigueur au 29 novembre 2008.

(¹⁵) En 2010, le comité de direction ne compte plus que 5 membres (contre 9 en 2005); le conseil d'administration est constitué de 18 membres (contre 27 en 2005).

(¹⁶) Le terme «indépendant» signifie à cet égard que le membre du conseil d'administration en question ne fait pas partie du conseil municipal qui l'a nommé.

4.5. Instruments de capital hybride

- (42) La Sparkasse détient, auprès d'investisseurs indépendants, du capital hybride (titres participatifs privés) pour un montant de 224 millions d'euros. Selon les informations communiquées par l'Allemagne, les titres participatifs et les titres participatifs privés ont le même rang. L'apport tacite est de rang moins élevé que ces deux catégories de titres participatifs. Comme le montre le tableau 3, il n'y a plus eu de paiement de coupons sur le capital hybride à partir de 2008. En 2008 et 2009, les titres participatifs ont participé aux pertes à hauteur de 57,4 millions d'euros. L'apport tacite et les titres participatifs privés ont contribué aux pertes de l'année 2009. Depuis 2010, les instruments de capital hybride sont reconstitués et à partir de 2011, les paiements de coupons non encore effectués feront l'objet d'un rattrapage jusqu'en 2012. En 2013, tous les instruments de capital hybride seront reconstitués et tous les paiements de coupons non effectués feront l'objet d'un rattrapage, de sorte que les coupons seront payés dans leur intégralité pour chaque instrument. Les paiements de coupons devant être effectués en cas de compte de pertes et profits ou de bilan positifs, la Sparkasse ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation en ce qui concerne une possible suspension des paiements de coupons dès lors qu'elle est rentable et que le capital nominal a été reconstitué après réduction(s) éventuelle(s).

Tableau 3

Répartition des bénéfices de la Sparkasse KölnBonn pour la période 2009-2014 (scénario de base)

		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Bénéfices avant impôts			- 98,8	[5-10]	[80-100]	[125-150]	[150-175]	[200-225]
Répartition des bénéfices selon les instruments de capital								
Titres participatifs de la Förderungsgesellschaft	Participation aux pertes	40,6	16,8	0	0	0	0	0
	Reconstitution capital	0	0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Coupon	0	0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Titres participatifs privés Apport tacite	Participation aux pertes	0	12,5	0	0	0	0	0
	Reconstitution du capital	0	0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Coupon	0	0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Titres participatifs privés Apport tacite	Participation aux pertes	0	19,5	0	0	0	0	0
	Reconstitution du capital	0	0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Coupon	0	0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (43) L'Allemagne a donné l'assurance que la Sparkasse ne procéderait pas à des paiements de coupons sur le capital hybride d'investisseurs privés, sauf si elle y était contractuellement tenue (voir annexe I, point 7).

4.6. WestLB

- (44) Les difficultés financières de la Sparkasse s'expliquent aussi par sa participation au capital de la WestLB. La Sparkasse a subi des pertes d'un montant total de [...] millions d'euros, étant donné qu'elle a contribué, en tant que membre du *Rheinische Sparkassen- und Giroverband* (RSGV), à la dotation du fonds de réserve qui avait été constitué par ce dernier pour servir de filet de sécurité pour ses membres et les banques régionales. Le fonds de réserve est intervenu en 2008 dans le cadre des mesures de sauvetage adoptées en faveur de WestLB. L'exposition aux risques restants est liée à la participation indirecte de la Sparkasse au capital de WestLB et à la participation

indirecte restante à l'égard de la structure de défaillance (*bad bank*) de WestLB en tant que membre du RSGV.

- (45) Bien que la Sparkasse n'ait pas directement investi dans WestLB, elle est néanmoins exposée à un risque du fait de la participation (19 %) qu'elle détient dans le RSGV. Selon les informations communiquées par l'Allemagne, le risque qu'une détérioration éventuelle de la valeur comptable du RSGV en ce qui concerne WestLB ait un impact négatif sur la Sparkasse est réduit. Premièrement, WestLB a récemment été évaluée par un tiers indépendant et sa valeur comptable inscrite au bilan du RSGV à la date du 31 décembre 2009 a été corrigée, passant du niveau historique de [...] milliards d'euros à [...] millions d'euros à la date du 31 décembre 2009. La participation indirecte de la Sparkasse au capital de WestLB s'élève par conséquent actuellement à environ [...] euros. La Sparkasse n'étant également exposée à un risque en ce qui concerne WestLB qu'en raison de la participation qu'elle

détient dans le RSGV, seule la valeur intrinsèque de ce dernier est pertinente pour la Sparkasse. Cette valeur est toutefois influencée non seulement par la valeur de WestLB, mais aussi par celle d'autres filiales et investissements du RSGV. L'évaluation des autres filiales du RSGV effectuée à la fin de 2009 a laissé apparaître l'existence de réserves latentes considérables qui suffiraient pour couvrir même une dépréciation de WestLB à 0 à effectuer dans le scénario le moins favorable.

- (46) La contribution obligatoire de la Sparkasse [à ...], destinée à couvrir d'éventuelles pertes de la structure de défaisance de WestLB créée récemment, s'élève à [...] millions d'euros sur une période de 25 ans. Cette contribution n'a toutefois pas d'impact négatif sur la capacité de la Sparkasse à respecter à l'avenir les ratios de fonds propres réglementaires puisque le paiement de la contribution [à ...] ne doit être financé que par les bénéfices futurs.

4.7. Sortie anticipée partielle

- (47) L'Allemagne a donné l'assurance que la Sparkasse rembourserait une partie des capitaux obtenus plus tôt que ce que prévoyaient les dispositions contractuelles pour les instruments de capital (voir annexe I, point 27). Le remboursement débutera en 2011 et se déroulera en deux étapes.
- (48) Dans un premier temps, le Zweckverband [...] acquerra une première tranche d'un montant de 150 millions d'euros des titres participatifs de la Förderungsgesellschaft. Cette opération et, en particulier, le niveau du prix d'achat ne permettront pas à la Förderungsgesellschaft d'opérer un retour à meilleure fortune que si elle avait conservé cet instrument⁽¹⁷⁾. Le Zweckverband

⁽¹⁷⁾ L'Allemagne propose comme solution une clause dite de «bon de récupération» qui s'appliquerait pour la même période que la durée cumulée de l'instrument initial. C'est ainsi que le Zweckverband paierait à la Förderungsgesellschaft un prix d'achat basé, dans un premier temps, sur la valeur comptable de l'instrument (différence entre la valeur nominale et la participation aux pertes). Selon la clause «bon de récupération», la Förderungsgesellschaft recevrait ensuite du Zweckverband des compensations qui seraient comparables, dans leurs proportions, aux recettes qu'elle aurait perçues jusqu'au moment de la cession si elle n'avait pas vendu cet instrument. Le Zweckverband reçoit de la Sparkasse KölnBonn des paiements similaires (paiements d'intérêts sur le capital cédé), étant donné que les paiements de coupons suspendus liés à la période pendant laquelle la Förderungsgesellschaft détenait cet instrument seraient effectués en faveur de cette dernière avec un taux de décote pouvant aller jusqu'à 25 %. L'Allemagne considère qu'une telle réduction constitue un instrument approprié pour indemniser le Zweckverband, qui a accepté de reprendre le risque de taux d'intérêt et de refinancement et de tenir compte de l'avantage que représente pour la Förderungsgesellschaft le fait qu'elle reçoit son capital plus tôt que le prévoit le contrat conclu. À titre d'exemple, si la Förderungsgesellschaft vend au Zweckverband, en 2011, l'instrument d'une valeur nominale de 150 millions d'euros, mais réduit de 25 millions au titre de pertes, elle obtiendrait, dans un premier temps, une somme de 125 millions d'euros. Si la Sparkasse KölnBonn réalise des bénéfices en 2012 et est par conséquent tenue de reconstituer le capital de l'instrument (dans le cas où la Förderungsgesellschaft conserverait ce dernier), le Zweckverband paie le montant reconstitué correspondant à la Förderungsgesellschaft. Dans le cas où les bénéfices réalisés en 2012 suffiraient pour exécuter les paiements de coupons non effectués pendant la période 2009-2011, le Zweckverband devrait également payer un montant comparable à la Förderungsgesellschaft.

convertira alors les titres participatifs, qui constituent actuellement du capital Tier 2 (fonds propres complémentaires), en instruments de fonds propres de base (Tier 1). Le nouvel instrument, assorti de coupons non cumulatifs, consisterait en des engagements de rang inférieur d'une durée d'au moins 30 ans. Cette étape permettrait d'augmenter le ratio de fonds propres de catégorie 1 de [0,8-1,0] %.

- (49) L'amélioration du ratio de fonds propres de base conditionne elle-même la réalisation de la deuxième étape, qui consiste dans le rachat, en 2011, par la Sparkasse, de la deuxième tranche des titres participatifs (d'une valeur nominale de 150 millions d'euros) détenus par la Förderungsgesellschaft. Ces deux étapes auront pour effet de réduire les fonds propres complémentaires (Tier 2) de [0,5-1,0] %. De plus, le RSGV ou un autre membre du secteur des caisses d'épargne acquerra les participations de la Sparkasse au capital de deux [...] et [...] liées à cette dernière au prix du marché⁽¹⁸⁾. La vente de la participation indirecte au capital de ces deux entreprises entraînerait une nouvelle réduction du total de bilan de la Sparkasse de [0,2-0,5] %. La vente de ces deux entreprises est étroitement liée au rachat de la deuxième tranche de titres participatifs, étant donné que le RSGV financera l'achat des deux entreprises par le produit de la vente des titres participatifs.

5. MOTIFS D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'EXAMEN DE LA MESURE DE RECAPITALISATION

- (50) Il convient de rappeler qu'en l'espèce, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen le 4 novembre 2009, conformément à l'article 107, paragraphe 3, TFUE⁽¹⁹⁾, en vue d'examiner la compatibilité avec le marché intérieur des mesures de recapitalisation en cause en tant qu'aide à la restructuration.
- (51) En outre, la Commission a émis des doutes sur le fait qu'une répartition appropriée des charges était garantie et que la distorsion de la concurrence était limitée comme exigé par les dispositions relatives aux aides d'État (voir point 50 de la décision d'ouverture).
- (52) Comme il était impossible de déterminer si les difficultés de la Sparkasse étaient dues à des décisions d'investissement adoptées bien avant la crise ou s'expliquaient plutôt par la crise financière, la Commission n'avait pas encore décidé si les mesures de recapitalisation relèveraient de l'article 107, paragraphe 3, point b), TFUE ou de l'article 107, paragraphe 3, point c), TFUE. La Commission a décidé, afin de statuer sur la base juridique applicable, de procéder à un examen approfondi des faits et donc de se prononcer plus tard sur cette question.

⁽¹⁸⁾ La Sparkasse KölnBonn est tenue, en vertu de dispositions contractuelles relatives à sa participation indirecte au capital de ces entreprises, de vendre sa participation au RSGV ou à d'autres membres du secteur des caisses d'épargne.

⁽¹⁹⁾ À partir du 1^{er} décembre 2009, les articles 87 et 88 du traité CE sont remplacés par les articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Les articles 87 et 88 CE et les articles 107 et 108 TFUE sont en substance identiques. Dans le cadre de la présente décision, les références aux articles 107 et 108 du TFUE doivent être entendues, s'il y a lieu, comme des références aux articles 87 et 88 du traité CE.

6. OBSERVATIONS DES AUTRES PARTIES

- (53) La Commission constate qu'aucune autre partie n'a formulé d'observations au sujet de la décision d'ouverture concernant la mesure de recapitalisation en cause.

7. OBSERVATIONS DE L'ALLEMAGNE

- (54) L'Allemagne a examiné la décision de la Commission du 4 novembre 2009 relative à l'ouverture d'une procédure conformément à l'article 108, paragraphe 2, TFUE. L'Allemagne a informé la Commission qu'elle maintenait son point de vue selon lequel les mesures de recapitalisation en cause prises en faveur de la Sparkasse sous la forme d'un apport tacite et d'une émission de titres participatifs ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Selon l'Allemagne, les mesures, telles qu'elles sont présentées dans la décision d'ouverture (voir les points 24 à 28 de la décision d'ouverture), sont compatibles avec le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché.

- (55) L'Allemagne conteste l'appréciation de la Commission selon laquelle le marché des instruments hybrides était complètement tari au moment de la mise en œuvre des mesures de recapitalisation (fin 2008/début 2009) ⁽²⁰⁾, ainsi que sa conclusion selon laquelle aucun investisseur opérant dans une économie de marché ou propriétaire n'aurait effectué à l'époque — même à un prix plus élevé — un tel investissement (point 38 de la décision d'ouverture). L'Allemagne fait valoir que la Sparkasse n'était pas concernée par cette évolution du marché; elle a pu contracter des dettes de rang inférieur d'un montant d'environ [10-15] millions d'euros durant les quatre derniers mois de l'année 2008 et d'environ [35-40] millions d'euros durant le premier trimestre de 2009, et ce par tranches pouvant aller jusqu'à plusieurs centaines de milliers d'euros.

- (56) L'Allemagne fait en outre valoir que la recapitalisation de la Sparkasse KölnBonn par la *Förderungsgesellschaft* n'a pas été financée par des ressources publiques.

- (57) L'Allemagne exprime toutefois la conviction que, si la Commission devait malgré tout confirmer sa conclusion provisoire selon laquelle la recapitalisation de la Sparkasse contient des éléments d'aide d'État, cette mesure serait compatible avec le marché intérieur conformément à l'article 107, paragraphe 3, point b), TFUE.

- (58) L'Allemagne fait valoir que le plan de restructuration remplit toutes les conditions établies dans la communication de la Commission du 23 juillet 2009 sur le retour à la viabilité et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'État ⁽²¹⁾ (ci-après la «communication sur les mesures de restructuration»).

- (59) Selon l'Allemagne, le plan de restructuration garantit le retour à la viabilité à long terme pour la Sparkasse, l'apport, par cette dernière, d'une contribution propre suffisante aux coûts de restructuration et la limitation des éventuelles distorsions de concurrence engendrées par l'aide d'État par des mesures structurelles et comportementales décisives.

- (60) Les engagements de l'Allemagne figurent aux annexes I, II et III et font partie intégrante de la présente décision. Un mandataire chargé du suivi sera désigné pour garantir la mise en œuvre effective de ces engagements. La procédure de nomination et les missions de ce mandataire sont définies à l'annexe II. L'Allemagne s'est en outre engagée à respecter un calendrier établi pour les cessions (annexe I, points 10 et 13). Si ce calendrier n'est pas respecté, un mandataire chargé de la cession sera désigné. La procédure de nomination et les missions de ce mandataire sont définies à l'annexe III.

8. APPRÉCIATION DE L'AIDE

8.1. Existence d'une aide d'État et montant de l'aide

- (61) Il appartient à la Commission d'apprécier si les mesures en cause constituent des aides d'État. L'article 107, paragraphe 1, du TFUE dispose que «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».

- (62) Dans la décision d'ouverture (section 5.1), la Commission conclut à titre préliminaire que les deux mesures de recapitalisation en faveur de la Sparkasse constituent des aides d'État. La Commission ne peut accepter l'argument de l'Allemagne selon lequel les mesures ne constituaient pas une aide d'État du fait que les conditions régissant les deux instruments étaient telles qu'un investisseur opérant dans une économie de marché les aurait acceptées. Même si la rémunération accordée pour les deux instruments a correspondu, jusqu'au début de 2008, aux intérêts payés pour des instruments comparables, elle était trop basse, en l'espèce, en raison du risque élevé généré par l'absence de rentabilité de la Sparkasse. En outre, le marché des instruments hybrides était complètement tari au moment de la mise en œuvre des mesures de recapitalisation. Aussi la Commission ne pouvait-elle accepter, au vu des conditions cadres et en particulier de la situation sur le marché, l'argument de l'Allemagne selon lequel un investisseur opérant dans une économie de marché aurait effectué l'investissement même à des conditions identiques.

- (63) L'examen approfondi n'a fait apparaître aucune information susceptible de modifier ce constat. Les dettes de rang inférieur contractées par la Sparkasse à la fin de 2008 et au premier trimestre de 2009 ne constituent pas, en raison du faible montant des différentes tranches, une preuve fiable du fait que les marchés des instruments de capital hybrides ont réellement fonctionné. Le risque lié aux tranches de capital hybride d'un montant de

⁽²⁰⁾ À l'exception d'émissions internes au groupe et des cas dans lesquels les instruments ont été acquis par l'État.

⁽²¹⁾ JO C 195 du 19.8.2009, p. 9.

plusieurs centaines de milliers d'euros n'est pas comparable au risque que présente un instrument d'une valeur nominale de 150 millions d'euros et est beaucoup plus facile à absorber par les marchés privés. La Commission maintient donc son point de vue selon lequel aucun investisseur opérant dans une économie de marché n'aurait acquis, à l'époque en question, un instrument de capital hybride de taille et aux caractéristiques comparables à celles des mesures de recapitalisation en faveur de la Sparkasse.

- (64) En ce qui concerne la nature des moyens utilisés par la Förderungsgesellschaft pour la recapitalisation de la Sparkasse, la Commission rappelle qu'elle a déjà décidé dans d'autres cas que les moyens fournis par la Förderungsgesellschaft étaient des moyens contrôlés directement ou indirectement par des instances publiques⁽²²⁾. Selon la Commission, cela vaut aussi pour la Förderungsgesellschaft, qui est une filiale à 100 % du RSGV. Ces moyens doivent donc être considérés comme des ressources d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- (65) Compte tenu de ce qui précède, la Commission confirme la conclusion provisoire à laquelle elle est parvenue dans la décision d'ouverture et selon laquelle les mesures de recapitalisation en faveur de la Sparkasse constituent des aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- (66) Il est en outre à noter que les aides au sauvetage ont été converties en aides à la restructuration, qui restent un avantage pour la Sparkasse. Les mesures en question ont permis à la Sparkasse de se financer à un moment où elle n'était pas en mesure, en particulier dans le contexte de la crise économique et financière, de lever des capitaux sur le marché. Cette aide confère à la Sparkasse un avantage économique et renforce sa position par rapport à ses concurrents opérant en Allemagne et dans d'autres États membres, qui n'ont pas bénéficié du même soutien. Les mesures en cause sont donc susceptibles de fausser la concurrence et d'affecter les échanges entre États membres.
- (67) L'élément d'aide d'État contenu dans les injections de capitaux s'élève à 650 millions d'euros et représente 3,3 % des actifs à risques pondérés de la Sparkasse (situation à la fin 2008).

8.2. Compatibilité de l'aide avec le marché intérieur

8.2.1. Base juridique de l'examen de la compatibilité

- (68) Dans sa décision d'ouverture du 4 novembre 2009, la Commission n'avait pas encore statué sur la base juridique applicable à l'examen des mesures de recapitalisa-

tion. D'après les informations disponibles à l'époque, les difficultés de la Sparkasse semblent avoir été provoquées principalement par les décisions d'investir dans des projets de développement régionaux, prises bien avant l'éclatement de la crise financière. Cette dernière semblait n'avoir fait qu'aggraver les difficultés financières de la Sparkasse, l'application de l'article 107, paragraphe 3, point c), TFUE n'étant pas exclue. Les mesures de recapitalisation ayant été prises au plus fort de la crise financière, l'application de l'article 107, paragraphe 3, point b), TFUE peut toutefois aussi se concevoir, compte tenu, notamment, de la pratique décisionnelle de la Commission dans des affaires concernant des banques en difficulté.

- (69) Même si des décisions antérieures faisaient référence aux lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (ci-après les «lignes directrices relatives aux aides d'État au sauvetage et à la restructuration»)⁽²³⁾, la Commission a précisé, au point 49 de sa communication sur les mesures de restructuration, que toutes les aides qui lui sont notifiées au plus tard le 31 décembre 2010 seraient appréciées, en tant qu'aides à la restructuration en faveur d'établissements financiers, à la lumière de la communication sur les mesures de restructuration et non en application des lignes directrices relatives aux aides d'État au sauvetage et à la restructuration.
- (70) Compte tenu de la vulnérabilité persistante du secteur bancaire allemand, la Commission conclut qu'en raison de [...], la dissolution potentielle d'une des plus grandes caisses d'épargne allemandes aurait eu des effets systémiques et aurait par conséquent menacé la stabilité financière de l'Allemagne.
- (71) Par conséquent, c'est l'article 107, paragraphe 3, point b), qui est choisi comme base juridique pour examiner si l'aide financière accordée à la Sparkasse en tant qu'aide à la restructuration destinée à préserver la stabilité financière est compatible avec le marché intérieur.

8.2.2. Compatibilité de l'aide à la restructuration avec le marché intérieur

- (72) Conformément à la communication sur les mesures de restructuration, le plan de restructuration mis au point pour l'établissement financier bénéficiaire faisant l'objet d'une restructuration doit premièrement faire apparaître que ce dernier est en mesure de rétablir sa viabilité à long terme. Deuxièmement, l'aide doit être limitée au minimum nécessaire; par ailleurs, tant l'établissement financier bénéficiaire que ses actionnaires doivent contribuer à la restructuration autant que possible au moyen de ressources propres. Troisièmement, des mesures doivent être prévues pour limiter les distorsions de concurrence dues au fait que le pouvoir de marché de l'établissement financier bénéficiaire est artificiellement soutenu et pour garantir un secteur bancaire concurrentiel. Il faut également régler le suivi et les questions de procédure.

⁽²²⁾ Voir le point 29 de la décision de la Commission du 30 avril 2008 dans l'affaire NN 25/2008, WestLB Risikoabschirmung; décision de la Commission du 1^{er} octobre 2008 dans l'affaire C43/2008, WestLB Risikoabschirmung (JO C 322 du 17.12.2008, p.16) et décision de la Commission du 12 mai 2009 dans l'affaire C43/2008, WestLB Risikoabschirmung. Dans le cadre de la procédure judiciaire en cours concernant la protection des risques pour WestLB, l'Allemagne n'a pas contesté l'appréciation, au regard du droit de la concurrence, de l'aide fournie par les associations de caisses d'épargne et de virements RSGV et WLSGV en tant qu'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

⁽²³⁾ JO C 244 du 1.10.2004, p. 2. Une référence explicite figure au point 42 de la communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale (communication bancaire).

- (i) Rétablissement de la viabilité à long terme
- (73) L'Allemagne a présenté, comme le prévoient les points 9, 10 et 11 de la communication sur les mesures de restructuration, un plan de restructuration complet et détaillé donnant toutes les informations sur le modèle d'entreprise de la Sparkasse. Le plan de restructuration identifie aussi les causes des difficultés financières de la Sparkasse.
- (74) Le modèle d'entreprise prévoit une réorientation stratégique vers le métier de base d'une caisse d'épargne régionale traditionnelle. La Sparkasse se concentrera sur l'offre de services d'établissement financier de détail à sa clientèle traditionnelle dans la région économique de Cologne-Bonn, à savoir les particuliers, les PME, ainsi que les petites entreprises commerciales et les clients institutionnels. La Sparkasse se concentrera par conséquent sur ses domaines d'activité statutaires et sur ses compétences clés et se retirera des domaines qui ont été à l'origine de ses difficultés financières. Elle renoncera à l'avenir à toute opération pour compte propre, cédera des filiales non essentielles et n'effectuera plus d'investissements dans les portefeuilles ABS et SAA. La Commission estime que le nouveau modèle d'entreprise de la Sparkasse est cohérent et viable à long terme.
- (75) Les difficultés de la Sparkasse sont imputables, pour l'essentiel, à trois domaines d'activité: i) les projets de développement régional, ii) les investissements dans les portefeuilles ABS et SAA et iii) la participation de la Sparkasse au capital de WestLB.
- (76) La Sparkasse a commencé, dès 2008, à vendre ou à liquider des filiales non essentielles opérant dans le domaine du développement régional. La cessation complète de ces activités est nécessaire et appropriée pour répondre aux préoccupations de la Commission sur le plan de la concurrence, étant donné que les ventes permettent d'éviter de nouvelles pertes ou une exposition aux risques supplémentaire liées aux filiales. De plus, ces mesures permettent de libérer non seulement des ressources financières, mais aussi des capacités de gestion qui peuvent être réaffectées à l'activité principale de la Sparkasse. Les cessions réduiront en outre le bilan de la Sparkasse d'environ [180-230] millions d'euros ([0-2] %) ⁽²⁴⁾.
- (77) Les activités des filiales à vendre à la municipalité de Cologne étant principalement le développement immobilier et les services immobiliers, l'application de la communication de la Commission concernant le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de la Communauté (ci-après la «communication sur les actifs dépréciés») ⁽²⁵⁾, n'est, selon la Commission, ni nécessaire ni appropriée. La valeur comptable de ces filiales a déjà été revue nettement à la baisse au cours des dernières années afin de l'adapter à leur valeur de marché. Par conséquent, la cession des filiales ne devrait pas entraîner de pertes importantes pour la Sparkasse. Par ailleurs, l'engagement de l'Allemagne que la Sparkasse vendra les filiales à la valeur de marché, qui sera en outre fixée par un expert indépendant, garantit que les cessions ne contiendront pas de nouveaux éléments d'aide d'État.
- (78) Les portefeuilles ABS et SAA constituaient une autre cause des difficultés financières de la Sparkasse. Ces investissements ont déjà été considérablement réduits. La Sparkasse se retirera complètement de ces portefeuilles d'ici 2014. Ces investissements ne correspondant plus au nouveau modèle d'entreprise de la Sparkasse, la sortie de ce portefeuille constitue une étape nécessaire à la mise en œuvre de sa nouvelle stratégie. La valeur comptable actuelle des actifs restants constituant les portefeuilles ABS et SAA correspondant, dans l'ensemble, à leur valeur de marché, l'exposition restante aux risques générée par ces portefeuilles est limitée et n'affecte pas la viabilité de la Sparkasse.
- (79) Enfin, le risque résiduel de la Sparkasse lié à sa participation au capital de WestLB, qui a engendré des pertes de [...] millions d'euros, est limité et est compensé par les réserves latentes dans le portefeuille d'investissement du RSGV. Étant donné que la contribution de la Sparkasse [à...] ne proviendra que de bénéfices nets futurs, ce devoir de contribution ne menacera pas la rentabilité à long terme de la Sparkasse. En outre, la Commission juge positif le fait que les contributions [à ...] ne peuvent être versées qu'après que les capitaux publics ont été rémunérés conformément aux conditions de recapitalisation.
- (80) La Commission constate que la Sparkasse a déjà pris des mesures pour remédier aux lacunes dans sa gestion et en prendra encore à l'avenir. La modification de la structure de l'actionariat et l'introduction du vote à la majorité qualifiée réalisées en 2005 lors de l'achèvement de la concentration entre la Stadtsparkasse Köln et la Sparkasse Bonn garantissent que les intérêts politiques des propriétaires ne primeront pas les intérêts économiques de la Sparkasse. Par ailleurs, les modifications de la composition et du nombre de membres des organes de la Sparkasse ainsi que du processus décisionnel permettront d'améliorer la responsabilisation des dirigeants. Une prise de responsabilité davantage concentrée et une proportion plus élevée de [...] externes [...] et non issus du monde politique permettent d'accroître la transparence et l'efficacité du processus décisionnel. Associées à la modification de la structure de l'actionariat, ces mesures s'attaquent aux causes des difficultés de la Sparkasse, de sorte que le risque que cette dernière participe encore à des projets à motivation politique entrant en conflit avec les intérêts économiques de la Sparkasse est minimal. En outre, la loi existante sur les caisses d'épargne semble garantir suffisamment l'indépendance de la gestion de la Sparkasse. Les preuves présentées par la Sparkasse à propos du fait qu'elle n'a plus participé à de nouveaux projets à motivation politique depuis 2004 montrent clairement que les mesures mises en œuvre portent des fruits. De manière générale, le nouveau code de gouvernance est conforme aux résultats

⁽²⁴⁾ La réduction du total du bilan par le biais des cessions ne fait que refléter la valeur comptable des sociétés.

⁽²⁵⁾ JO C 72 du 26.3.2009, p. 1.

qui ont été obtenus dans des affaires comparables⁽²⁶⁾. Les modifications de la gouvernance d'entreprise de la Sparkasse mises en œuvre et garanties peuvent par conséquent être considérées comme une contribution appropriée et suffisante au rétablissement de la viabilité à long terme de la Sparkasse.

- (81) Selon la Commission, le plan de restructuration de la Sparkasse remplit les conditions fixées aux points 9 et 12 à 15 de la communication sur les mesures de restructuration: le plan doit démontrer comment l'établissement financier recouvrera sa viabilité à long terme sans aide d'État dans les plus brefs délais. En outre, l'établissement financier doit être en mesure d'obtenir un rendement approprié de ses fonds propres tout en supportant le coût de son activité normale et satisfaire aux exigences réglementaires applicables.
- (82) La Sparkasse a communiqué des projections financières pour la période 2008-2014, relatives aux recettes, aux coûts, aux réductions de valeur, aux bénéfices et à ses comptes de capital. Selon la Commission, les projections établies dans le scénario de base se fondent sur des hypothèses macroéconomiques réalistes. La Sparkasse s'attend à réaliser des bénéfices à partir de 2010 et à améliorer de manière continue ses résultats annuels tout au long de la période de restructuration. Selon les prévisions, le rendement des fonds propres s'élèvera à [9-10] % en 2014, ce qui, dans les conditions normales du marché, constitue un résultat satisfaisant pour un établissement financier de détail. Par ailleurs, la Sparkasse rémunérera intégralement les mesures d'aide à partir de 2013. Les ratios de fonds propres de la Sparkasse resteront nettement supérieurs aux exigences réglementaires minimales; en 2014, le ratio de fonds propres de base devrait s'élever à [8-9] %, contre 6,1 % en 2009.
- (83) La Sparkasse a en outre prouvé qu'elle serait à même de faire face à une crise éventuelle. Les hypothèses formulées à l'appui du scénario le moins favorable étaient raisonnables. Le test de résistance ayant démontré que les ratios de fonds propres de la Sparkasse excéderaient les exigences réglementaires, elle remplit par conséquent aussi les conditions fixées au point 13 de la communication sur les mesures de restructuration. L'analyse de sensibilité a en outre révélé que la Sparkasse serait en mesure de faire face à une éventuelle modification substantielle des taux d'intérêt dans le futur.
- (84) La Sparkasse a par ailleurs présenté une stratégie de remboursement partiel anticipé des capitaux injectés par l'État. Ce remboursement partiel devrait être possible sans toucher à la base de fonds propres de la Sparkasse puisque le ratio de fonds propres de base de cette dernière devrait, selon les prévisions, atteindre [6-7] % en 2010 et sera ensuite supérieur à ce niveau dans le scénario de base. Dans le scénario le moins favorable aussi, ce ratio devrait être supérieur aux exigences réglementaires minimales. Le remboursement partiel anticipé ne nécessite une aide supplémentaire ni pour la Sparkasse ni pour d'autres entreprises participant à l'opération.

Premièrement, la Förderungsgesellschaft ne serait pas mieux placée en raison de la formation du prix d'achat pour la première tranche de 150 millions d'euros des titres participatifs, qui correspond globalement à la marge brute d'autofinancement qu'elle obtiendrait si elle avait conservé l'instrument de capital. Deuxièmement, le transfert s'effectue entre deux organismes publics. Étant donné que l'instrument à convertir en fonds propres de catégorie 1 (Tier 1) a déjà été qualifié d'aide d'État et que la Sparkasse paiera, après la conversion, une rémunération de même montant au Zweckverband, cette conversion ne contient pas, selon la Commission, d'autre élément d'aide d'État. Enfin, le rachat de la deuxième tranche de 150 millions d'euros par la Sparkasse correspond également, pour l'essentiel, à la marge brute d'autofinancement de la Förderungsgesellschaft qu'elle obtiendrait si elle avait conservé l'instrument.

- (85) La Commission conclut par conséquent que le plan de restructuration présenté par la Sparkasse remplit les critères de la communication sur les mesures de restructuration concernant le rétablissement de la viabilité à long terme et répond ainsi aux préoccupations de la Commission sur le plan de la concurrence formulées dans la décision d'ouverture.

(ii) Contribution propre/répartition des charges

- (86) Selon la communication sur les mesures de restructuration, les établissements financiers et leurs actionnaires doivent contribuer à la restructuration autant que possible au moyen de ressources propres de manière à garantir la limitation de l'aide au minimum nécessaire. Pour ce faire, l'établissement financier peut par exemple vendre des actifs. En outre, les actionnaires doivent, si possible, absorber les pertes de l'établissement financier. Les engagements pris par la Sparkasse garantissent l'utilisation de ressources propres et la contribution d'investisseurs privés détenant du capital hybride de la Sparkasse à la restructuration.
- (87) Le plan de restructuration ne permet pas de conclure que l'aide excède les coûts liés au rétablissement de la viabilité. L'aide accordée vise à garantir que la Sparkasse dispose d'un tampon de fonds propres raisonnable dans le scénario de base et respecte les exigences de fonds propres réglementaires dans le scénario le moins favorable.
- (88) Il convient de noter que la Sparkasse met en œuvre des mesures de réduction des coûts et apporte ainsi une contribution propre aux coûts de restructuration au moyen de ressources internes dégagées par elle-même. Ces mesures généreront, d'ici la fin de la période de restructuration, une diminution des coûts annuels de [25-35] millions d'euros (environ [5-8] % des coûts totaux de 2009).
- (89) En outre, la vente de filiales non essentielles mais rentables générera des revenus qui serviront à financer les coûts de restructuration.
- (90) La Sparkasse ne peut suspendre ou différer le service des coupons des instruments de capital hybride si elle réalise

⁽²⁶⁾ Décision de la Commission du 15 décembre 2009 dans l'affaire C 17/09, Restructuration de la Landesbank Baden-Württemberg (JO L 188 du 21.7.2010, p. 1).

- des bénéficiaires une année déterminée. Toutefois, les détenteurs d'instruments de capital hybride absorbent, eux aussi, dans la mesure du possible, les pertes de la Sparkasse, étant donné que le paiement des coupons pour le capital hybride a été suspendu ou que le montant nominal du capital hybride a été réduit par la participation aux pertes de la Sparkasse. Aussi la Commission estime-t-elle d'avis qu'un partage optimal de la charge est demandé aux investisseurs en capital hybride et donc que les exigences de la communication sur les mesures de restructuration concernant la contribution des investisseurs privés aux coûts de restructuration sont respectées.
- (91) Conformément au point 24 de la communication sur les mesures de restructuration, une répartition des charges adéquate peut aussi être garantie par une rémunération adéquate de l'aide publique. Selon la Commission, la rémunération fixée dans le cadre des mesures de restructuration, en combinaison avec les autres mesures de répartition des charges déjà décrites, est appropriée. Les bénéficiaires escomptés permettront à la Sparkasse de rémunérer les capitaux apportés par l'État et de payer les coupons dont le paiement a été suspendu conformément aux dispositions régissant la recapitalisation, et ce à partir de 2011 pour les titres participatifs et de 2013 pour l'apport tacite après que le capital nominal des instruments aura été complété. Les intérêts des titres participatifs détenus par l'État sont cumulés pendant [2-6] ans et les capitaux réduits par la participation aux pertes sont reconstitués pour les deux instruments de recapitalisation. Selon les prévisions financières établies dans le scénario de base, l'État recouvrera ultérieurement les intérêts impayés sur les titres participatifs et le montant nominal réduit des deux instruments.
- (92) Il y a donc lieu de considérer que le plan de restructuration présenté par l'Allemagne prévoit une contribution propre suffisante à la restructuration et lève donc les doutes sur le plan de la concurrence exposés dans la décision d'ouverture.
- (iii) Mesures limitant les distorsions de concurrence
- (93) Conformément à la communication sur les mesures de restructuration, le plan de restructuration doit proposer des mesures limitant les distorsions de concurrence et garantissant un secteur financier concurrentiel. Ces mesures doivent aussi remédier aux aléas moraux et veiller à ce que les aides d'État ne servent pas à financer des comportements anticoncurrentiels.
- (94) Le paquet de mesures apporte une réponse satisfaisante au problème des aléas moraux. La Sparkasse s'est engagée à vendre un grand nombre d'entreprises non essentielles mais rentables. Il s'agit notamment des participations dans les grandes [...] suivantes de la Sparkasse: [...], [...], RW Holding AG, S ProFinanz Versicherungsmakler GmbH, Schufa Holding AG et Neue Leben Pensionsverwaltung AG.
- (95) L'Allemagne a présenté un calendrier détaillé des cessions prévues et s'est engagée à nommer un mandataire chargé du suivi qui doit garantir l'exécution des engagements dans les délais. En cas de non-respect du calendrier que la Sparkasse s'est engagée à suivre, un mandataire chargé de la cession sera désigné pour contrôler les ventes.
- (96) Dans le cadre de la restructuration de la Sparkasse, la présence de cette dernière dans certains segments de clientèle doit être réduite. Les mesures prévues permettront aux concurrents d'accéder à une partie de la clientèle de grandes entreprises et de clients institutionnels de la Sparkasse. Comme il s'agit principalement de grandes entreprises qui ont généralement accès aux marchés des capitaux, la Commission estime que le risque que la mesure ait un impact négatif sur l'économie réelle est négligeable.
- (97) En outre, à la suite de la mise en œuvre des mesures de restructuration, la Sparkasse réduira, en termes nominaux, son total de bilan de [15-20] % des actifs à risques pondérés ([15-20] % du total de bilan) et de [10-15] % compte tenu de la croissance future (5 % du total de bilan). Cette réduction sera principalement réalisée par la sortie des investissements ASS et ABS, la cessation des opérations pour compte propre ([6-8] % des actifs à risques pondérés, [6-8] % du total de bilan), ainsi que par la réduction des grands risques et la réduction des lignes de crédit pour les clients institutionnels ([5-7] % des actifs à risques pondérés, [5-7] % du total de bilan).
- (98) Compte tenu du montant de l'aide accordée à la Sparkasse (3,3 % des actifs à risques pondérés), ces mesures peuvent être considérées comme suffisantes en termes de réduction de la taille et du volume d'affaires de la Sparkasse. Cette dernière n'exerce ses activités que dans la région économique de Cologne-Bonn, où elle occupe une position certes importante ([18-23] - [30-35] % selon le produit), mais pas dominante sur le marché. En outre, la Sparkasse n'exerce pas d'influence dominante sur les prix dans ses segments d'activité de base. Par conséquent, les mesures supplémentaires visant à réduire davantage la part de marché de la Sparkasse dans son segment de base que constitue la clientèle privée ne semblent pas appropriées pour les motifs exposés ci-après. Ce n'est pas cette activité de base qui a conduit aux difficultés de la Sparkasse. En outre, l'Allemagne a suffisamment démontré que la mise en œuvre de ces mesures supplémentaires serait compliquée et exagérément coûteuse, de sorte qu'elle influencerait négativement la productivité de la Sparkasse qui sous-tend ses mesures et menacerait sa rentabilité à long terme. Par ailleurs, de telles mesures auraient un impact négatif sur les segments d'activité principale que constituent la clientèle des petites et moyennes entreprises et la clientèle privée, qui n'étaient toutefois pas à l'origine des difficultés de la Sparkasse. Compte tenu des possibilités de financement alternatif limitées pour ces groupes de clientèle et de la pratique décisionnelle de la Commission visant à maintenir les flux de crédit en faveur de l'économie réelle, la Commission estime que de nouvelles restrictions du domaine d'activité de la Sparkasse auraient un impact négatif sur son activité de base et porteraient préjudice tant à la Sparkasse qu'aux marchés qu'elle dessert.
- (99) La Commission prend en outre connaissance des engagements de nature comportementale présentés par la Sparkasse et l'Allemagne. Ces engagements comportent une interdiction d'exercer une influence dominante sur

les prix et une interdiction de faire de la publicité au moyen de l'aide d'État, de sorte que la Sparkasse ne peut utiliser l'aide pour financer un comportement anti-concurrentiel sur le marché. Conformément au point 40 de la communication sur les mesures de restructuration, l'interdiction d'acquisition garantit en outre que l'aide d'État ne servira pas à racheter des concurrents.

- (100) Sur la base de ce qui précède, la Commission conclut que la nature et l'ampleur des mesures proposées par la Sparkasse sont suffisantes et appropriées pour remédier aux éventuelles distorsions de concurrence. Par conséquent, le plan de restructuration de la Sparkasse remplit les conditions fixées par la communication sur les mesures de restructuration en ce qui concerne la rentabilité, la répartition des charges et les mesures visant à atténuer la distorsion de la concurrence et répond aux préoccupations sur le plan de la concurrence formulées dans la décision d'ouverture.

8.2.3. Suivi

- (101) Selon la section 5 de la communication sur les mesures de restructuration, des rapports périodiques doivent être présentés à la Commission pour qu'elle puisse s'assurer de la bonne mise en œuvre du plan de restructuration. L'Allemagne nommera un mandataire chargé du suivi qui présentera un rapport de suivi tous les six mois. Le premier rapport doit être présenté en février 2011. La Commission estime par conséquent que le bon suivi de la mise en œuvre du plan de restructuration est garanti.

Conclusion relative au plan de restructuration

- (102) Le plan de restructuration décrit à la section 4 de la présente décision est conforme aux dispositions de l'article 107, paragraphe 3, point b), TFUE.

9. CONCLUSION

- (103) Les mesures de restructuration sont de nature à permettre à la Sparkasse de rétablir sa viabilité à long terme, sont

suffisantes en termes de répartition des charges et contre-carrément, de manière appropriée et proportionnelle, les effets de distorsion de concurrence des mesures d'aide en cause. La Commission estime par conséquent que le plan de restructuration présenté remplit les critères de la communication sur les mesures de restructuration, de sorte que les mesures de restructuration peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 3, point b), TFUE. Les injections de capitaux peuvent donc être approuvées conformément au plan de restructuration.

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'aide à la restructuration accordée à la Sparkasse KölnBonn par ses actionnaires publics est une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Sous réserve de la mise en œuvre du plan de restructuration et du respect des obligations fixées par les annexes I, II et III, l'aide est compatible avec le marché intérieur.

Article 2

La République fédérale d'Allemagne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 29 septembre 2010.

Par la Commission
Joaquín ALMUNIA
Vice-président

ANNEXES

Commission européenne — Task force sur la crise financière
DG Concurrence
Rue Joseph II 70
1000 Bruxelles
Belgium

Affaire C 32/09 — Sparkasse KölnBonn

ENGAGEMENTS AUPRÈS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

Conformément à l'article 7, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 659/99 du Conseil ⁽¹⁾, dans sa version modifiée, l'Allemagne se propose de prendre les engagements suivants concernant la Sparkasse KölnBonn (ci-après la «Sparkasse») afin que la Commission européenne (ci-après la «Commission») puisse constater, par une décision prise en application de l'article 107, paragraphe 3, point b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, que la recapitalisation de la Sparkasse est compatible avec le marché intérieur.

Ces engagements prennent effet le jour de l'adoption de la décision.

Le présent texte doit être interprété dans le cadre général du droit de l'Union, en tenant compte du règlement (CE) n° 659/99, ainsi que de la décision à laquelle sont joints les engagements.

⁽¹⁾ JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

ANNEXE I

Section A — Engagements

1. **Gouvernement d'entreprise:** le gouvernement fédéral et la Sparkasse garantissent que la Sparkasse aménagera les règles de son gouvernement d'entreprise de la façon suivante:
 - a) À partir du 1.1.2011, le nombre de personnalités extérieures au sein du conseil d'administration passera de deux actuellement à quatre à l'avenir. Le nombre total des membres du conseil d'administration sera limité à un maximum de 18.
 - b) À l'avenir, le conseil d'administration de la Sparkasse ne pourra constituer que les commissions listées ci-après et dont le nombre de membres sera limité de la façon suivante au plus tard au 1.1.2011:
 - Comité d'analyse du bilan (7 membres)
 - Comité des risques (6 membres)
 - Comité principal (3 membres)
 - c) Le comité stratégique devra être dissous au plus tard le 31.12.2010 et le comité d'association au plus tard le 31.12.2011.
 - d) Tous les membres du conseil d'administration devront disposer des qualifications prévues à l'article 36, paragraphe 3, 1^{er} alinéa, de la loi allemande sur le crédit (KWG).
 - e) La direction de la Sparkasse renforcera, avec effet au 1.1.2011, les directives relatives aux décisions de participation de la façon suivante: à l'avenir, les décisions de participation ne pourront être prises au niveau des directoires qu'à l'unanimité et — pour les participations à partir d'une valeur nominale de [2-5] millions d'euros — qu'après avoir effectué les vérifications nécessaires et, le cas échéant, fait appel à un expert-comptable.
2. **Négociation pour compte propre:** la Sparkasse met fin à la négociation pour compte propre. Cela signifie que la Sparkasse ne peut plus mener que des activités commerciales qui
 - a) sont nécessaires à la prise en compte, la transmission et le traitement des ordres d'achat ou de vente de ses clients, ou
 - b) ont pour but la gestion globale des liquidités ou des risques de la Sparkasse.

En aucun cas, la Sparkasse ne prendra position pour son propre compte, sauf si ces opérations résultent par exemple du fait que certains ordres de clients ne sont pas réalisés simultanément. De telles opérations, de même que celles concernant la gestion globale des liquidités ou des risques ne sont autorisées que lorsqu'elles ne mettent pas en danger la viabilité et/ou la situation de la trésorerie de l'établissement financier. La Sparkasse limite dès lors le risque au prix du marché de son portefeuille de négociation à [3-5] millions d'euros (perte potentielle pour un degré de confiance de 99 %).

3. **Financement de l'économie:** dans le cadre de son activité de crédit et de placement de capitaux, la Sparkasse tiendra compte des besoins de financement de l'économie, notamment des petites et moyennes entreprises, en appliquant des conditions conformes au marché et appropriées du point de vue prudentiel et bancaire.

4. Abandon des grands risques et des avances

Dans le cadre de sa réorientation, la Sparkasse abandonnera progressivement ses grands engagements auprès de la clientèle commerciale afin de supprimer les risques résultant de ce type d'engagements. La Sparkasse réduira notamment ses lignes de crédit, acquerra des sûretés supplémentaires ou procédera à des transactions de risque de crédit avec d'autres établissements financiers.

D'ici fin 2013, les grands engagements seront réduits de [0,9-1,1] milliard d'euros, dont [400-550] millions d'euros dès la fin 2010. D'ici fin 2013, les avances consenties à des clients institutionnels nationaux seront réduites de [0,8-0,9] milliard d'euros.

5. **Interdiction d'exercer une influence dominante sur les prix:** sauf autorisation préalable de la Commission, la Sparkasse ne proposera pas, d'ici le 31.12.2014, sur les marchés en cause dans le domaine des dépôts [...] et du financement immobilier à long terme [...], de prix inférieurs à ceux du concurrent, parmi les dix plus grands ⁽¹⁾, pratiquant les meilleurs prix sur le marché en cause.

(1) [...].

6. Dès que la Sparkasse constate qu'elle propose des prix inférieurs à ceux du concurrent pratiquant les meilleurs prix, elle adaptera immédiatement ses prix en conséquence.
7. **Interdiction de verser des dividendes et des coupons:** l'Allemagne garantit que, concernant le versement de coupons et les options d'achat pour les instruments de fonds propres,
- a) la Sparkasse ou les entreprises de la Sparkasse n'utiliseront ni le capital, ni les réserves de la Sparkasse en vue du paiement de coupons pour les instruments de fonds propres, sauf si a) il existe une obligation juridique dans ce sens, ou si b) le paiement du coupon concerné est couvert par le bénéfice courant de la Sparkasse. S'il existe des doutes concernant l'existence d'une obligation juridique aux fins de cet engagement ou sur le fait que le bénéfice courant soit suffisant aux fins de cet engagement, la Sparkasse demande l'autorisation de la Commission en vue du paiement de ce coupon;
- b) aucune entreprise de la Sparkasse n'exercera une option d'achat pour ces instruments de capitaux hybrides, si cela a pour conséquence de diminuer le total des capitaux propres de la Sparkasse.

Au cours de la mise en œuvre du plan de restructuration, et jusqu'au 31.12.2014 au plus tard, la Sparkasse ne rémunérera les capitaux de second rang et n'évitera une participation aux pertes des capitaux de second rang que pour autant qu'elle y soit tenue, même si cela n'entraîne pas de dissolution des réserves ou de la réserve exceptionnelle, en vertu de l'article 340, points f) et g), du code du commerce allemand (HGB).

8. **Interdiction d'acquisition:** dès l'entrée en vigueur de la décision, la Sparkasse aura interdiction, pour une durée de trois ans, de prendre des participations de plus de 20 % dans d'autres établissements financiers. D'autres activités de participation ne relevant pas de l'activité initiale des opérations pour le compte de clients dans le cadre du modèle commercial de la Sparkasse, restent possibles si elles n'affectent pas la viabilité de la Sparkasse et si elles ont été autorisées par la Commission européenne. Par ailleurs, la Sparkasse s'abstiendra de prendre des participations qui ne sont pas nécessaires à son activité de base ou qui impliquent des profils de risque excessifs.
9. **Interdiction de faire état du soutien de l'État dans la publicité:** la Sparkasse n'exploitera pas à des fins publicitaires le fait que les mesures dont elle a bénéficié ont été considérées par la Commission européenne comme une aide d'État compatible avec le marché intérieur, ni tout autre avantage concurrentiel découlant de ces mesures.

Section B — Activités à céder

10. Pour autant qu'elles n'aient pas déjà été vendues, la Sparkasse cédera au mieux les participations suivantes (ci-après les «activités à céder»), au plus tard aux dates indiquées. Dans ce but, les éléments essentiels et constitutifs de la valeur de l'activité actuelle des participations sont maintenus jusqu'à la vente et sont proposés à la vente.

Participation	Délai de vente maximal
Golfclub Gut Lärchenhof GmbH	déjà vendu en 2009
TA Triumph Adler AG	déjà vendu en 2009
RW Holding AG	déjà vendu en 2009
S ProFinanz Versicherungsmakler GmbH	déjà vendu en 2009
Schufa Holding AG	déjà vendu en 2009
Sparkassen Servicegesellschaft für Zahlungssysteme und elektronische Vertriebskanäle mbH & Co KG	Actifs vendus / Liquidation d'ici la fin 2010
[...]	[...]
Campus Grundstückentwicklungs GmbH	Actifs déjà vendus / Liquidation en 2011
[...]	[...]
[...]	[...]
[...]	[...]
neue leben Pensionsverwaltung AG	vendu en août 2010
[...]	[...]
[...] ⁽²⁾	[...]
[...] ⁽³⁾	[...]

⁽²⁾ [...].

⁽³⁾ [...].

11. Afin d'éviter les distorsions indues de la concurrence, la Sparkasse s'engage à vendre lesdites activités à céder, aux conditions de vente approuvées par la Commission conformément à la procédure décrite au point 26 de la présente annexe, comme des entreprises viables ou de s'employer à leur cession. La Sparkasse s'engage, au cours de la première période de cession ⁽⁴⁾, à conclure un contrat de vente ferme et définitif pour les activités à céder. Si la Sparkasse n'a pas encore conclu un tel contrat à l'expiration de la première période de cession,
- le délai est prolongé de [...] supplémentaires, dès lors que la Sparkasse prouve que [...]. La Sparkasse s'engage, [...] au cours de la prolongation de la période de cession, à conclure un contrat de vente ferme et définitif pour les activités à céder;
 - elle donne au mandataire chargé de la cession le mandat exclusif de vendre les activités à céder au cours de la période de cession prévue pour ce mandataire ⁽⁵⁾. La procédure de nomination et les missions de ce mandataire sont définies à l'annexe III.
12. L'obligation de cession est considérée comme remplie si, à l'expiration du délai prévu au point 10 ou du délai supplémentaire prévu au point 11 de la présente annexe, la Sparkasse a conclu, avec un acheteur remplissant les conditions fixées aux points 25 et 26 de la présente annexe, un contrat de vente ferme et définitif et que le transfert des activités à céder est réalisé au plus tard six mois après la conclusion du contrat de vente.
13. Au plus tard le 31.3.2011, la Sparkasse vendra les participations suivantes à la municipalité de Cologne, à une société liée à celle-ci ou à un tiers:
- [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
 - [...]
14. Chaque transaction avec la municipalité de Cologne devra être réalisée aux conditions du marché. Dans ce but, au moment de la cession, la valeur actuelle sur le marché de l'objet de la vente sera déterminée par un expert indépendant. Chaque transaction sera contrôlée par le mandataire chargé du suivi.
- Dans le cadre de la transaction, il est également permis de céder, au lieu des entreprises concernées, les actifs ou les activités y rattachées, si l'objectif économique recherché peut être atteint par ce biais.
15. La valorisation ainsi que les données-cadres économiques à convenir contractuellement sont vérifiées par une société d'audit à la demande de l'acquéreur.
16. Le mandataire chargé du suivi doit être informé des modalités de la transaction avant sa réalisation.
17. Afin de garantir l'effet structurel des engagements, la Sparkasse ne peut acquérir, pendant une période de [...] après la prise d'effet de ceux-ci, une influence directe ou indirecte sur toute ou partie des activités à céder, à moins que la Commission n'ait préalablement estimé que la structure du marché a évolué entre-temps de telle manière que la protection des activités à céder contre l'exercice d'une influence n'est plus nécessaire pour rendre les aides à la restructuration projetées compatibles avec le marché intérieur.
18. À l'avenir, la Sparkasse assurera au maximum [30-60] % du financement de ses filiales destinées à être vendues. Les financements existants sont exclus de cette exigence jusqu'à l'échéance du contrat de prêt.

⁽⁴⁾ Période allant de l'entrée en vigueur de la présente décision jusqu'aux dates indiquées au point 10 de la présente annexe.

⁽⁵⁾ [...].

19. Le produit des ventes des participations de la Sparkasse doit être entièrement utilisé pour le financement du plan de restructuration.

Section C — Engagements en vue de la cession

Maintien de la viabilité, de la valeur marchande et de la compétitivité des activités à céder

20. Depuis le jour de la prise d'effet des engagements jusqu'à celui du transfert, la Sparkasse maintient, conformément aux bonnes pratiques commerciales, la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité des activités à céder et fait en sorte de réduire au minimum le risque de perte de compétitivité des activités à céder. La Sparkasse s'engage en particulier,
- à ne rien entreprendre qui pourrait avoir un effet négatif sur la valeur, la gestion des affaires ou la compétitivité des activités à céder ou qui pourrait modifier le type et le volume d'activité, la stratégie technique ou commerciale ou la politique d'investissement des activités à céder;
 - en s'appuyant sur les plans d'entreprise existants et en les poursuivant, à fournir des ressources suffisantes au développement des activités à céder;
 - à prendre toute mesure raisonnable, en créant notamment des incitations appropriées (conformes à la pratique du secteur), afin que les salariés essentiels ne quittent pas les activités à céder.

Gestion séparée (Hold-separate) des activités à céder par la Sparkasse

21. La Sparkasse s'engage, depuis le jour de la prise d'effet des engagements jusqu'à celui du transfert, à gérer séparément les activités à céder des activités qu'elle conserve et de veiller à ce que les directeurs des filiales, exerçant les activités à céder, ne participent pas à la gestion des activités qu'elle conserve et inversement.
22. Jusqu'au jour du transfert, la Sparkasse aide le mandataire chargé du suivi à garantir que les activités à céder sont effectivement gérées comme des activités totalement distinctes et cessibles.

Clause de non-sollicitation

23. La Sparkasse s'engage, sous réserve des limitations habituelles, à ne pas débaucher les salariés essentiels transférés avec les activités à céder pendant une période de 12 mois après le transfert et à veiller à ce que les entreprises qui lui sont liées en fassent de même.

Obligations de vigilance (Due Diligence)

24. Afin de permettre aux acquéreurs potentiels d'effectuer les vérifications nécessaires et appropriées des activités à céder, la Sparkasse s'engage, sous réserve des précautions d'usage en matière de confidentialité et en fonction de l'avancement du processus de cession, à
- fournir aux acquéreurs potentiels des informations suffisantes concernant les activités à céder;
 - fournir aux acquéreurs potentiels des informations suffisantes sur le personnel et à leur offrir un accès adéquat audit personnel.

Section D — L'acquéreur

25. Afin de garantir le rétablissement immédiat de la concurrence,
- l'acquéreur de la Sparkasse doit être indépendant et ne doit pas être lié avec elle — sont exclues de cette obligation la vente des [...], [...] et des participations listées au point 13 de la présente annexe aux communes qui participent à ces entreprises liées ou à des membres du groupe financier de la Sparkasse;
 - l'acquéreur doit posséder les ressources financières, les compétences techniques et la motivation nécessaires pour pouvoir préserver et développer la capacité des activités à céder à concurrencer activement et efficacement la Sparkasse et les autres acteurs du secteur concerné;
 - selon les informations dont dispose la Commission sur l'acquéreur, celui-ci ne doit pas soulever, de prime abord, de préoccupations en matière de concurrence, ni présenter un risque de vouloir différer l'exécution des engagements. On peut notamment attendre de l'acquéreur qu'il obtienne toutes les autorisations nécessaires de l'autorité de régulation compétente pour la reprise des activités à céder.
26. Dès que la Sparkasse aura conclu un accord avec un acquéreur, elle soumettra à la Commission et au mandataire chargé du suivi une proposition parfaitement documentée et motivée, comprenant notamment une copie du contrat définitif. La Sparkasse doit démontrer à la Commission que l'acquéreur satisfait aux exigences qui lui sont imposées et que la vente des activités à céder se fait dans le respect des engagements. La Commission vérifie si ces deux conditions sont respectées.

Section E — Autres obligations

27. **Remboursement partiel anticipé et transformation partielle des titres participatifs:** le gouvernement fédéral et la Sparkasse garantissent la mise en œuvre des mesures suivantes, qui forment un tout et se complètent, en vue de l'amélioration du ratio de fonds propres de base de la Sparkasse:
- Le Zweckverband Sparkasse KölnBonn acquerra d'ici le 31.12.2011, avec effet au 1.1.2011, une première tranche d'un montant de 150 millions d'euros des titres participatifs de la Rheinischen Sparkassen-Förderungsgesellschaft en vue de les transformer en un instrument reconnu comme fonds propres de base en vertu des règles prudentielles («Capital Tier 1»).
 - La Sparkasse rachètera par anticipation, d'ici le 31.12.2011, une deuxième tranche d'un montant de 150 millions d'euros des titres participatifs de la Rheinischen Sparkassen-Förderungsgesellschaft, pour autant que cela soit compatible avec la résistance aux risques de la Sparkasse et autorisé par l'Office fédéral de surveillance des services financiers (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht — «BaFin»).
28. L'Allemagne garantit que les conditions de transformation partielle et de remboursement partiel des titres participatifs sont conçues de telle manière qu'elles n'engendrent pas une aide d'État supplémentaire.

29. Réduction du total du bilan

En complément des mesures déjà mises en œuvre en vue de la réduction du total du bilan, la Sparkasse s'engage à ramener ses autres actifs (grands risques, avances, placements pour compte propre) à un ordre de grandeur de [2,5-4] milliards d'euros d'ici la fin de l'année 2014. En contrepartie, la Sparkasse étendra les activités relevant de son cœur de métier (notamment le secteur des prêts aux particuliers et aux entreprises au niveau régional), de sorte que le total du bilan en termes nets ne dépasse pas [25-30] milliards d'euros à la fin de l'année 2014. En conséquence, les actifs à risques de la Sparkasse ne dépasseront pas [16-19] milliards d'euros à la fin de l'année 2014.

30. La mise en œuvre adéquate et intégrale de toutes les conditions résumées dans le présent document sera contrôlée en détail et vérifiée en permanence et dans son intégralité par un mandataire chargé du suivi suffisamment qualifié et indépendant (*monitoring trustee*). La procédure de nomination et les missions de ce mandataire sont définies à l'annexe II.

.....
Représentant autorisé, au nom de

[Indiquer le nom de l'État membre]

ANNEXE II

NOMINATION ET MISSION DU MANDATAIRE CHARGÉ DU SUIVI**I. Le mandataire chargé du suivi**

1. La République fédérale d'Allemagne nomme un mandataire chargé du suivi (*Monitoring Trustee*).
2. Le mandataire chargé du suivi consiste en une ou plusieurs personne(s) physique(s) ou morale(s) indépendante(s) de la Sparkasse, qui sont agréées par la Commission et nommées par la République fédérale d'Allemagne et ont pour mission de s'assurer du respect des engagements offerts par la Sparkasse à la Commission et de la mise en œuvre du plan de restructuration.
3. Le mandataire chargé du suivi doit être indépendant de la Sparkasse. Il doit disposer, par exemple en sa qualité de banque d'investissement, de consultant ou de réviseur, des aptitudes professionnelles requises pour l'exercice de son mandat et ne peut à aucun moment se trouver dans une situation de conflit d'intérêts. Le mandataire reçoit de la Sparkasse une rémunération qui ne peut avoir pour effet d'entraver son indépendance et son efficacité dans l'exercice de son mandat.

II. Nomination du mandataire chargé du suivi*Proposition de la République fédérale d'Allemagne*

4. Dans les quatre semaines au plus tard à compter de la notification de la décision, la République fédérale d'Allemagne soumet pour approbation à la Commission les noms de deux ou plusieurs personnes susceptibles d'exercer la fonction de mandataire chargé du suivi et indique la ou les personne(s) qui ont sa préférence. La proposition doit comporter des renseignements suffisants sur ces personnes pour permettre à la Commission de vérifier si le mandataire satisfait aux conditions fixées au point 3 de la présente annexe, et notamment aux conditions suivantes:
 - a) l'ensemble des termes du mandat proposé, comprenant toutes les dispositions nécessaires pour permettre au mandataire de s'acquitter de sa mission au regard des engagements offerts;
 - b) l'ébauche d'un plan de travail décrivant la manière dont le mandataire compte accomplir la mission qui lui est confiée;

Approbation ou rejet par la Commission

5. La Commission a tout pouvoir pour approuver ou rejeter les noms des mandataires proposés et pour approuver le mandat proposé avec les modifications qu'elle juge nécessaires pour permettre au mandataire de remplir ses obligations. Le mandataire chargé du suivi est nommé dans un délai d'une semaine suivant l'approbation de la Commission, selon les termes du mandat approuvé par la Commission.

Nouvelle proposition de la République fédérale d'Allemagne

6. Si la Commission rejette les noms de tous les mandataires proposés, la République fédérale d'Allemagne soumet, dans un délai d'une semaine, après notification du rejet et selon les conditions et procédures prévues aux points 1 et 5 de la présente annexe, les noms d'au moins deux autres personnes ou organisations.

Désignation du mandataire chargé du suivi par la Commission

7. Si la Commission rejette également les noms de tous les autres mandataires proposés, elle désigne un mandataire qui est nommé par la République fédérale d'Allemagne conformément à un mandat approuvé par la Commission ou dont la nomination est effectuée par la République fédérale d'Allemagne.

III. Mission du mandataire chargé du suivi

8. Le mandataire chargé du suivi a pour mission de garantir le respect des conditions et obligations jointes à la décision et la mise en œuvre du plan de restructuration.

Missions et obligations du mandataire chargé du suivi

9. Le mandataire chargé du suivi:
 - i) soumet à la Commission, dans un délai de quatre semaines à compter de sa nomination, un plan de travail détaillé décrivant comment il entend garantir le respect des engagements offerts à la Commission et la mise en œuvre du plan de restructuration;
 - ii) surveille la conduite des opérations courantes de l'activité à céder, de manière à en garantir la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité;

- iii) s'assure du respect de tous les engagements offerts à la Commission ainsi que de la mise en œuvre du plan de restructuration;
 - iv) propose les mesures qu'il juge nécessaires pour garantir le respect de tous les engagements offerts par la République fédérale d'Allemagne à la Commission, notamment le maintien de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité à céder, la gestion séparée de cette dernière et la préservation de la confidentialité des informations sensibles sur le plan de la concurrence;
 - v) soumet à la Commission, à la Sparkasse et à la République fédérale d'Allemagne, dans les 30 jours suivant la fin de chaque semestre, un projet de rapport écrit en langue allemande ou anglaise. Ce rapport porte sur l'exécution des obligations du mandataire dans l'exercice de son mandat, le respect de toutes les conditions et obligations fixées et la mise en œuvre du plan de restructuration. Tous les destinataires du projet de rapport peuvent formuler des observations sur celui-ci dans un délai de cinq jours ouvrables. Dans un délai de cinq jours ouvrables suivant la réception des observations, le mandataire rédige un rapport final prenant en considération, dans la mesure du possible et à sa seule discrétion, les observations reçues et le soumet à la Commission. Le mandataire en transmet par ailleurs une copie à la République fédérale d'Allemagne et à la Sparkasse. Dans le cas où le projet de rapport ou le rapport final contiendrait des informations qui ne peuvent être divulguées à la Sparkasse ou à la République fédérale d'Allemagne, ces dernières recevront uniquement une version non confidentielle du projet de rapport ou du rapport final. En aucun cas le mandataire ne soumettra une version du rapport à la République fédérale d'Allemagne et/ou à la Sparkasse sans l'avoir soumise préalablement à la Commission.
10. La Commission peut donner au mandataire chargé du suivi tout ordre ou toute instruction visant à assurer le respect des engagements qui lui ont été offerts ainsi que la mise en œuvre du plan de restructuration.
11. Les municipalités de Cologne et de Bonn ainsi que la Sparkasse s'engagent à ne donner des instructions au mandataire pendant la durée de son mandat qu'après avoir obtenu l'approbation de la Commission.
12. La République fédérale d'Allemagne s'assure que le mandataire chargé du suivi bénéficie de la collaboration, du soutien et de l'information dont il peut raisonnablement avoir besoin pour accomplir sa mission. Le mandataire dispose d'un accès illimité à tout ouvrage, rapport, document, responsable ou autre membre du personnel, installation, site et information technique de la Sparkasse ou de l'activité à céder qui lui est nécessaire pour accomplir sa mission au regard des engagements offerts.
-

ANNEXE III

NOMINATION ET MISSION DU MANDATAIRE CHARGÉ DE LA CESSION**LE MANDATAIRE CHARGÉ DE LA CESSION****I. Le mandataire chargé de la cession**

1. La République fédérale d'Allemagne nomme un mandataire chargé de la cession (*Divestiture Trustee*).
2. Le mandataire chargé de la cession consiste en une ou plusieurs personne(s) physique(s) ou morale(s) qui sont agréées par la Commission et nommées par la République fédérale d'Allemagne et ont pour mission de vendre l'activité à céder conformément aux engagements offerts à la Commission.
3. Le mandataire chargé de la cession doit être indépendant de la Sparkasse. Il doit disposer, par exemple en sa qualité de banque d'investissement, de consultant ou de réviseur, des aptitudes professionnelles requises pour l'exercice de son mandat et ne peut à aucun moment se trouver dans une situation de conflit d'intérêts. Le mandataire reçoit de la Sparkasse une rémunération conforme au marché qui ne peut avoir pour effet d'entraver son indépendance et son efficacité dans l'exercice de son mandat.

II. Nomination du mandataire chargé de la cession*Proposition de la République fédérale d'Allemagne*

4. Si, un mois avant l'expiration du délai de cession prolongé, la Sparkasse n'a toujours pas conclu de contrat de vente ferme, la République fédérale d'Allemagne soumet pour approbation à la Commission les noms de deux ou plusieurs personnes susceptibles d'exercer la fonction de mandataire chargé de la cession et indique la ou les personnes qui ont sa préférence. La proposition doit comporter des renseignements suffisants sur ces personnes pour permettre à la Commission de vérifier si le mandataire satisfait aux conditions fixées au point 3 de la présente annexe, et notamment aux conditions suivantes:
 - a) l'ensemble des termes du mandat proposé, comprenant les dispositions nécessaires pour permettre au mandataire de s'acquitter de sa mission au regard des engagements offerts;
 - b) l'ébauche d'un plan de travail décrivant la manière dont le mandataire compte accomplir la mission qui lui est confiée;

Approbation ou rejet par la Commission

5. La Commission a tout pouvoir pour approuver ou rejeter les noms des mandataires proposés et pour approuver le mandat proposé avec les modifications qu'elle juge nécessaires pour permettre au mandataire de remplir ses obligations. Le mandataire chargé de la cession est nommé dans un délai d'une semaine suivant l'approbation de la Commission, selon les termes du mandat approuvé par cette dernière.

Nouvelle proposition de la République fédérale d'Allemagne

6. Si la Commission rejette les noms de tous les mandataires proposés, la République fédérale d'Allemagne soumet, dans un délai d'une semaine, après notification du rejet et selon les conditions et procédures prévues aux points 1 et 5 de la présente annexe, les noms d'au moins deux autres personnes ou organisations.

Désignation du mandataire chargé de la cession par la Commission

7. Si la Commission rejette également les noms de tous les autres mandataires proposés, elle désigne un mandataire qui est nommé par la République fédérale d'Allemagne conformément à un mandat approuvé par la Commission ou dont la nomination est effectuée par la République fédérale d'Allemagne.

III. Mission du mandataire chargé de la cession

8. Le mandataire chargé de la cession a pour mission de satisfaire aux conditions et obligations fixées dans la décision en ce qui concerne l'activité à céder. Il est chargé de préparer et de conclure la vente, en vue de la signature d'un contrat de vente [...]. Il est habilité à vendre l'activité à céder pour le compte de la Sparkasse, sans recevoir aucune instruction de cette dernière [...].
9. Le mandataire chargé de la cession:
 - i) soumet à la Commission, dans un délai de quatre semaines à compter de sa nomination, un plan de travail détaillé décrivant la manière dont il entend faire respecter les conditions et obligations fixées dans la décision en ce qui concerne l'activité à céder. Il y présente notamment une approche de la cession à opérer et une évaluation de la stratégie de cession la plus prometteuse;

- ii) vend l'activité à céder [...] à un acheteur, pour autant que la Commission ne soulève pas d'objections, dans un délai de quatre semaines à compter de la notification, en ce qui concerne le vendeur et le contrat de vente ferme et définitif. Le mandataire inclut dans le contrat de vente les termes et conditions qu'il jugera nécessaires pour assurer une vente en bonne et due forme. Il peut y inclure les déclarations usuelles sur l'état de l'activité, les garanties et les indemnités dont on peut raisonnablement penser qu'elles sont nécessaires pour la conclusion de la vente.
 - iii) exécute les autres missions qui lui sont confiées dans la décision;
 - iv) propose les mesures qu'il juge nécessaires pour garantir le respect de tous les engagements offerts par la République fédérale d'Allemagne à la Commission, notamment le maintien de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité à céder, la gestion séparée de cette dernière et la préservation de la confidentialité des informations sensibles sur le plan de la concurrence;
 - v) soumet à la Commission des rapports écrits mensuels détaillés en langue anglaise ou allemande sur l'avancement du processus de cession. Ces rapports doivent être présentés dans les 15 jours suivant la fin de chaque mois. Une version non confidentielle du rapport est également transmise à la Sparkasse ou à la République fédérale d'Allemagne.
10. Aux fins de la préparation et de la conclusion de la cession, le mandataire fournit notamment les éléments suivants:
- i) un examen des diverses options de cession envisageables; une proposition détaillée tenant compte des conditions-cadres applicables à la structuration et à la finalisation de la procédure de vente;
 - ii) des projets de documents de présentation de l'opération de scission concernée de la Sparkasse (notamment des protocoles de vente, des accroches et d'autres présentations qui sont nécessaires au type de vente prévu ou favorisent celui-ci). Ces pièces sont censées fournir des informations préliminaires sur la vente en question aux candidats acquéreurs.
 - iii) en étroite coordination avec la Sparkasse, l'élaboration de fond et la coordination logistique de la procédure de due diligence;
 - iv) l'identification des candidats acquéreurs potentiels ainsi que l'établissement de contacts avec les dirigeants de ces candidats. Pour des motifs juridiquement contraignants relatifs à la préservation de la confidentialité et conformément à l'exigence relative à la conclusion d'une vente non discriminatoire, l'accès aux informations relevant de la procédure de due diligence peut être refusé à un candidat acquéreur sur demande de la Sparkasse (la charge de la preuve incombe dans ce cas à la Sparkasse). Ce droit doit être exercé dans les trois jours ouvrables suivant la réception de la liste des candidats acquéreurs;
 - v) la collecte et l'examen des offres d'acquisition soumises par les candidats, ainsi qu'un appui à l'évaluation de ces offres;
 - vi) la conduite des négociations de vente avec les candidats sélectionnés et la réalisation des préparatifs nécessaires à la conclusion du contrat.
11. La Sparkasse ou l'une des filiales sous son contrôle délègue les pleins pouvoirs au mandataire chargé de la cession pour lui permettre de réaliser l'opération. Ces pleins pouvoirs incluent le pouvoir d'accorder des sous-procurations pour parvenir à la cession et mettre en œuvre effectivement l'opération.
12. Les pleins pouvoirs sont accordés jusqu'à la mise en œuvre définitive de la cession. Ces pleins pouvoirs et toutes les sous-procurations expirent à la fin du contrat de mandat exercé par le mandataire chargé de la cession.
13. Le mandataire chargé de la cession est habilité à charger des conseillers de l'assister dans la procédure de vente. Dans le cas où les frais de conseil dépassent un montant total de [...] EUR, la sollicitation de ce type de service doit être soumise à l'approbation de la Sparkasse. Si la Sparkasse refuse de donner son approbation, la Commission peut approuver l'appel aux services du conseiller après avoir entendu la Sparkasse. Seul le mandataire est habilité à donner tout ordre ou instruction aux conseillers.
14. Le mandataire chargé de la cession doit associer la Commission européenne à tout échange avec la Sparkasse, l'autorité de tutelle ou l'État allemand ou l'informer sans délai de cet échange.
15. L'autorité de tutelle et la Sparkasse s'engagent à fournir au mandataire chargé de la cession toute la coopération, toute l'assistance et toutes les informations que ce dernier demande ou dont il a besoin pour accomplir correctement sa mission. Dans ce contexte, le mandataire dispose, dans les limites autorisées par la loi et pendant les heures de bureau habituelles, d'un accès à tous les documents et ouvrages, ainsi qu'aux responsables de la Sparkasse et à d'autres membres de son personnel.
16. Dans la mesure où la Sparkasse et l'autorité de tutelle le jugent nécessaire à la bonne mise en œuvre de la cession, elles donnent accès au mandataire chargé de la cession, à sa demande, à toute information ou document qu'elles sont seules à détenir. Cet accès concerne notamment la version du plan de restructuration définie de commun accord avec la Commission européenne.
17. La Sparkasse s'engage à dégager le mandataire chargé de la cession de toute responsabilité en cas d'action en réparation intentée par un tiers dans le cadre de la mission du mandataire. Sont exclus les préjudices qui résultent d'un manquement du mandataire à ses obligations. Dans le cas où le mandataire serait averti de l'existence d'une réclamation pouvant soumettre l'autorité de tutelle ou la Sparkasse à une obligation de paiement, il doit le signaler immédiatement.

18. Le mandataire s'engage à toujours fournir ses services avec la diligence d'un commerçant avisé. S'il devait néanmoins manquer à ses obligations, le mandataire ne serait tenu à réparation vis-à-vis de la Sparkasse, de l'autorité de tutelle ou de l'État allemand que dans le cas où le préjudice résulterait d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave commise par ses organes, ses collaborateurs, ses assistants ou lui-même, pour autant que cela ne concerne pas une obligation contractuelle essentielle. En cas de manquement à une telle obligation, le mandataire est également tenu à réparation s'il a commis une négligence simple, mais uniquement à hauteur d'un préjudice caractérisé et prévisible. Toute réparation résultant d'un manque à gagner est exclue.
 19. La Commission est habilitée à donner tout ordre ou instruction au mandataire chargé de la cession pour garantir le respect des conditions et obligations fixées dans la décision en ce qui concerne l'activité à céder.
 20. Les municipalités de Cologne et de Bonn ainsi que la Sparkasse s'engagent à ne pas donner d'instructions au mandataire pendant la durée de son mandat.
-

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 26 janvier 2011

concernant l'aide d'État de l'Allemagne C 7/10 (ex CP 250/09 et NN 5/10) au titre de la clause d'assainissement prévue par la loi relative à l'impôt sur les sociétés («KStG, Sanierungsklausel»)

[notifiée sous le numéro C(2011) 275]

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

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

(2011/527/UE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

2. DESCRIPTION DE LA MESURE

2.1. Contexte

vu le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»), et notamment son article 108, paragraphe 2, premier alinéa ⁽¹⁾,

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

après avoir invité les intéressés à présenter leurs observations conformément aux dispositions précitées ⁽²⁾,

considérant ce qui suit:

1. PROCÉDURE

- (1) Par lettres du 5 août et du 30 septembre 2009, la Commission a demandé à l'Allemagne des renseignements sur l'article 8c de la loi relative à l'impôt sur les sociétés (*Körperschaftsteuergesetz*; ci-après la «KStG»). Les autorités allemandes ont répondu à cette demande par lettres du 20 août et du 5 novembre 2009. Par décision du 24 février 2010, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE concernant l'aide susmentionnée.
- (2) La décision de la Commission quant à l'ouverture de la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ⁽³⁾. Dans le même temps, les parties intéressées ont été invitées à présenter leurs observations.
- (3) Les autorités allemandes ont répondu à cette invitation par lettre du 9 avril 2010.
- (4) Le 9 avril et le 3 juin 2010, deux réunions ont eu lieu à Bruxelles avec des représentants de l'Allemagne. Le 2 juillet 2010, l'Allemagne a transmis des renseignements supplémentaires. La Commission n'a reçu aucune observation de la part de tiers intéressés.

- (5) En Allemagne, la fiscalité des entreprises est régie pour l'essentiel par la loi sur l'impôt sur le revenu [*Einkommensteuergesetz*; ci-après l'«EStG»] et par la KStG. En vertu de l'article 10d, paragraphe 2, de l'EStG, des pertes réalisées au cours d'un exercice fiscal peuvent être reportées à nouveau, c'est-à-dire que les revenus imposables des exercices fiscaux ultérieurs peuvent être diminués suivant le principe de la capacité contributive par soustraction des pertes subies jusqu'à concurrence d'un montant total maximal de 1 million d'EUR par an. En vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la KStG, cette possibilité de report des pertes s'applique également aux entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés.

- (6) La possibilité de reporter des pertes avait par le passé conduit à l'acquisition d'entreprises (appelées «sociétés coquilles» ou *empty-shell companies*) qui, depuis longtemps déjà, avaient cessé toutes activités commerciales, mais qui avaient encore des reports de pertes.

- (7) Pour empêcher de tels achats de coquilles vides (ci-après désignés par «opérations de *Mantelkauf*»), le législateur allemand a limité, en 1997, la possibilité du report de pertes, en introduisant à l'article 8, paragraphe 4, de la KStG la disposition appelée «*Mantelkaufregelung*» (règle applicable à l'acquisition de sociétés déficitaires). Cette disposition limitait la possibilité du report de pertes aux entreprises qui, juridiquement et économiquement, étaient identiques à celles ayant réalisé des pertes. Cette disposition ne contient certes aucune définition de l'expression «économiquement identique», mais elle illustre néanmoins cette notion par un exemple négatif et deux positifs.

- a) Une identité économique n'existe pas dès lors que plus de la moitié des parts d'une société de capitaux est transférée et que la société de capitaux continue ou reprend ses activités sur la base d'un capital d'exploitation principalement nouveau.

- b) En revanche, il y a identité économique, dès lors que le nouveau capital d'exploitation investi sert uniquement au redressement de l'entreprise à l'origine de la déduction résiduelle des pertes et que l'entité poursuit les activités de l'entreprise pendant cinq ans à une échelle comparable à celle caractérisant l'image globale de la situation économique.

⁽¹⁾ Le 1^{er} décembre 2009, les articles 87 et 88 du traité CE sont devenus les articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»). L'article 87 du traité CE et l'article 107 du TFUE sont en substance similaires, tout comme le sont l'article 88 du traité CE et l'article 108 du TFUE. Aux fins de la présente décision, les références aux articles 107 et 108 du TFUE s'entendent, le cas échéant, comme des références aux articles 87 et 88 du traité CE, respectivement.

⁽²⁾ JO C 90 du 8.4.2010, p. 8.

⁽³⁾ Voir note 2 de bas de page.

- c) Une identité économique est également réputée donnée lorsqu'au lieu d'effectuer un investissement dans le capital d'exploitation, l'acquéreur compense les pertes enregistrées par l'entreprise déficitaire.
- (8) Les deux derniers exemples ont été désignés d'une manière générale sous l'appellation de «clause d'assainissement».
- (9) L'article 8, paragraphe 4, de la KStG a été abrogé avec effet au 1^{er} janvier 2008 par la loi portant réforme de la fiscalité des entreprises de 2008 (*Unternehmenssteuerreformgesetz*).
- (10) Cette loi de 2008 a également inséré dans la KStG le nouvel article 8c, paragraphe 1, qui, par rapport à l'ancien paragraphe 4 de l'article 8, limite encore beaucoup plus la possibilité de report de pertes dans le cas d'une acquisition de parts. La nouvelle disposition prévoit ce qui suit:
- a) Les pertes non utilisées ne sont plus intégralement déductibles en cas de transfert à un acquéreur de plus de 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote détenus dans une société.
- b) En cas de transfert de plus de 25 %, mais au maximum de 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote détenus dans une société dans les cinq ans qui suivent le transfert, les pertes non utilisées tombent en non-valeur proportionnellement à la modification opérée, exprimée en pourcentage.
- (11) À l'origine, la nouvelle règle ne prévoyait aucune exception pour les entreprises soumises à une restructuration accompagnée d'un changement substantiel de l'actionnariat.
- (12) Selon l'exposé des motifs de la loi de 2008 portant réforme de la fiscalité des entreprises publié avec ladite loi par le Bundestag allemand, l'article 8, paragraphe 4, de la KStG a été remplacé par l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG pour simplifier la réglementation (il ressort de l'exposé des motifs précité que l'application de l'article 8, paragraphe 4, de la KStG avait en pratique soulevé un grand nombre de questions juridiques complexes) et dans le but de lutter de manière ciblée contre les abus⁽⁴⁾. Le législateur allemand était conscient que cette modification signifiait qu'un report de pertes ne serait plus possible dans le cadre de mesures visant au redressement d'entreprises en difficulté accompagnées d'une acquisition de participations. Cette conséquence avait toutefois été considérée comme acceptable étant donné que dans de telles situations, les autorités fiscales pouvaient toujours renoncer «en équité» à des créances d'impôts sans s'appuyer sur une disposition légale expresse⁽⁵⁾.

2.2. La mesure

- (13) En juin 2009, à la suite d'une modification de l'article 8c de la KStG, une disposition a été insérée à l'article 8c sous la forme du paragraphe 1a, selon lequel un report de pertes continue à être possible lorsque l'acquisition d'une entreprise en difficulté a lieu à des fins d'assainissement. Cette modification faisait partie intégrante de la loi sur l'assurance maladie relative à l'allègement fiscal au profit des citoyens (*Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung*)⁽⁶⁾. La nouvelle disposition, qui est également désignée sous l'appellation de «clause d'assainissement» ou (pour la distinguer de la règle antérieure contenue dans l'article 8, paragraphe 4, de la KStG) de «nouvelle clause d'assainissement», crée ainsi une dérogation à la limitation du report de pertes instaurée à partir du 1^{er} janvier 2008 par l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG.
- (14) En vertu de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG, une entité peut procéder à un report de pertes également dans le cas d'une acquisition de participations relevant du paragraphe 1 de l'article 8c, dans les conditions suivantes:
- a) l'acquisition des parts vise à l'assainissement de la société⁽⁷⁾;
- b) au moment de l'acquisition, l'entreprise est insolvable ou surendettée ou menacée de le devenir⁽⁸⁾;
- c) les structures essentielles de l'entreprise sont conservées, ce qui présuppose que
- l'entité respecte une convention interne comportant une règle relative au maintien des emplois, ou que
 - 80 % des emplois (mesurés sur la base de la somme des salaires annuels moyens) soient conservés au cours des cinq premières années suivant l'acquisition de la participation, ou que

⁽⁶⁾ *Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen* (loi pour une meilleure prise en compte fiscale des charges de prévoyance; en abrégé «*Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung*») du 16 juillet 2009, BGBl. I, n° 43, p. 1959.

⁽⁷⁾ Par «assainissement», on entend une mesure visant à empêcher ou à éliminer l'insolvabilité ou le surendettement. Par conséquent, seules les sociétés qui, au moment de l'acquisition des parts, étaient déjà insolvable ou surendettées ou qui étaient menacées de le devenir entrent en ligne de compte.

⁽⁸⁾ Les notions d'«insolvabilité», de «menace d'insolvabilité» et de «surendettement» sont définies dans le code d'insolvabilité [*Insolvenzordnung* (ci-après l'«InsO»)]: Insolvabilité (article 17 de l'InsO): «Un débiteur est insolvable, lorsqu'il n'est pas en mesure de faire face aux créances exigibles. L'insolvabilité doit être présumée, en particulier, lorsque le débiteur suspend ses paiements.» Menace d'insolvabilité (article 18 de l'InsO): «Le débiteur est menacé de devenir insolvable lorsqu'il est probable qu'il ne sera pas en mesure d'honorer à échéance ses obligations de paiement actuelles.» Surendettement (article 19 de l'InsO): «Il y a surendettement lorsque les actifs du débiteur ne couvrent plus les dettes existantes, à moins que la continuité de l'exploitation ne paraisse assez vraisemblable dans les circonstances données.»

⁽⁴⁾ Document du Bundestag n° 16/4841, p. 74.

⁽⁵⁾ Document du Bundestag n° 16/4841, p. 76; référence à une lettre du *Bundesminister der Finanzen* (ministère fédéral des finances) du 27 mars 2003; BStBl. I, p. 240.

- dans les douze mois suivant l'acquisition, un apport substantiel soit effectué dans le capital exploitation ou que des dettes encore recouvrables soient remises; un apport substantiel est réputé effectué lorsque le nouveau capital d'exploitation correspond au moins à 25 % de l'actif de l'exercice économique précédent; toute prestation effectuée par la société de capitaux dans les trois ans suivant l'apport en nouveau capital d'exploitation diminue la valeur du nouveau capital d'exploitation;
- d) aucun changement de secteur économique n'a lieu dans les cinq années qui suivent l'acquisition de la participation;
- e) au moment de l'acquisition de la participation, l'entreprise n'avait pas cessé ses activités.
- (15) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est entré en vigueur le 10 juillet 2009 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2008.
- (16) À l'origine, cette nouvelle disposition devait rester applicable jusqu'au 31 décembre 2009, mais, dans le cadre de la loi pour l'accélération de la croissance économique (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*), le Bundestag allemand a adopté, le 22 décembre 2009 ⁽⁹⁾, une disposition qui a supprimé la clause de déchéance contenue dans la KStG.
- (17) Dans ce contexte, il a été souligné que les pertes reportables ne pouvaient être déduites que des bénéfices de l'entreprise à assainir, l'acquéreur d'une telle entreprise ne pouvant pas les défalquer de ses propres bénéfices.
- (18) Cela s'applique même au cas où l'acquéreur consolide ses dettes fiscales au niveau d'un groupe, étant donné que l'article 15, première phrase, point 1, de la KStG interdit tout report de pertes dès qu'une société fait partie d'un groupe d'entreprises (*Organschaft*) ⁽¹⁰⁾.
- (19) Le droit allemand en matière de fiscalité des sociétés ne conduit cependant pas à une déchéance de ces pertes; elles sont seulement «gelées» au niveau du groupe, et ne peuvent être réutilisées que lorsque l'entreprise n'est plus consolidée. Le report de ces pertes «gelées» n'est subordonné à aucune limite dans le temps.
- (20) L'acquéreur d'une entreprise à assainir est indirectement favorisé par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG étant donné que la charge fiscale de l'entreprise assainie diminue une fois l'assainissement accompli. En outre, l'acquéreur peut naturellement transférer tout ou partie de ses activités dans l'entreprise achetée et, de cette façon, faire valoir un report de pertes.

⁽⁹⁾ *Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz)* du 22 décembre 2009 (BGBl. I, p. 3950), article 2, paragraphe 3, point b).

⁽¹⁰⁾ Pertes avant intégration fiscale (*Vororganschaft*), voir article 15, point 1, de la KStG.

2.3. Comparaison entre les articles 8c, paragraphe 1a, et 8, paragraphe 4, de la KStG

- (21) La nouvelle règle introduite par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG se distingue de la règle antérieure que prévoyait l'article 8, paragraphe 4, abrogé entre-temps, de ladite loi, en un point important qui est décisif pour l'appréciation de la mesure sous l'angle du droit relatif aux aides d'État.
- (22) En vertu de l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG, il est interdit à une entreprise de procéder à un report de pertes, dès lors que plus de 50 % des parts ont été transférés, à moins que la clause d'assainissement ne soit applicable. La règle générale impose ainsi l'exclusion de tout report de pertes en cas de changement important de l'actionnariat. La clause d'assainissement actuelle constitue donc l'exception à la règle générale.
- (23) Selon la disposition antérieure contenue à l'article 8, paragraphe 4, de la KStG, la règle générale prévoyait que des reports de pertes continuent à être possibles en cas de changement important de l'actionnariat, dans la mesure où une identité économique existait avec la société. Cette exception visait à empêcher les abus (sous la forme de «*Mantelkauf*», par exemple).

3. LA DÉCISION D'OUVERTURE

- (24) Par lettre du 24 février 2010, la Commission a fait part à l'Allemagne de sa décision d'engager la procédure prévue par l'article 108, paragraphe 2, du TFUE au sujet de l'aide.
- (25) Dans sa décision d'ouverture, la Commission a considéré que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG opère une distinction entre les entreprises saines qui réalisent des pertes et les entreprises (éventuellement) insolvable ou surendettées, en ce sens qu'il ne profite qu'à ces dernières. L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG semble donc déroger au cadre de référence en vertu duquel un report de pertes serait exclu pour ces deux catégories d'entreprises. Comme les conditions prévues par l'article 107, paragraphe 1, du TFUE étaient manifestement satisfaites, la Commission a tout d'abord estimé que la mesure était sélective et qu'elle comportait une aide d'État, et pour finir, elle a déclaré douter de la compatibilité de la mesure avec l'article 107, paragraphe 3, du TFUE, d'une part au regard du point b) de cette disposition, tel qu'interprété dans le cadre communautaire temporaire pour les aides d'État (ci-après le «cadre temporaire» ⁽¹¹⁾), et d'autre part, au regard de son point c), au sens des lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté ⁽¹²⁾ et des lignes directrices sur les aides d'État à finalité régionale ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Communication de la Commission «Cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle» (JO C 83 du 7.4.2009, p. 1).

⁽¹²⁾ Lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (JO C 244 du 1.10.2004, p. 2).

⁽¹³⁾ Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 (JO C 54 du 4.3.2006, p. 13).

(26) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ⁽¹⁴⁾. La Commission a invité l'Allemagne et tous les intéressés à présenter leurs observations sur l'aide en cause.

(27) À la suite de l'ouverture de la procédure formelle d'examen, le *Bundesfinanzministerium* a ordonné aux autorités compétentes chargées de la perception des impôts de ne plus appliquer l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG jusqu'à ce que la Commission ait adopté une décision définitive à ce sujet, et d'informer les entreprises concernées que les subventions accordées devraient être restituées dans le cas où la décision de la Commission serait négative ⁽¹⁵⁾.

4. OBSERVATIONS DE L'ALLEMAGNE

(28) L'Allemagne estime que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne constitue pas une aide d'État pour les trois raisons suivantes:

- a) la mesure tient compte du principe du créancier privé (voir le point 4.1);
- b) elle n'est pas sélective (voir point 4.2);
- c) elle est justifiée par la nature et l'économie du système fiscal allemand (voir point 4.3).

(29) L'Allemagne fait en outre valoir que la nouvelle clause d'assainissement prévue par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG correspond pour l'essentiel à la clause d'assainissement antérieure de l'article 8, paragraphe 4, de ladite loi, à l'égard de laquelle la Commission n'a jamais émis d'objection (voir point 4.4), et que, de plus, il existerait des dispositions fiscales similaires dans plusieurs autres États membres (voir point 4.5).

4.1. Respect du principe du créancier privé

(30) C'est par lettre du 2 juillet 2010 que l'Allemagne a avancé cet argument pour la première fois. Dans cette lettre, les autorités allemandes expliquaient que le principe du créancier privé peut également être invoqué dans le cadre de la perception de créances fiscales ou parafiscales ⁽¹⁶⁾. Le rapport entre l'État allemand et ses contribuables est à leur avis comparable à une relation contractuelle durable entre un créancier privé et un débiteur sur le fondement d'un contrat de location ou de travail, par exemple. Selon l'Allemagne, un créancier privé lié par une relation contractuelle durable renoncerait également à une partie de ses créances futures si cela permettait la reprise du débiteur par une autre entreprise et, partant, la continuité de la relation contractuelle.

⁽¹⁴⁾ Voir note 2 de bas de page.

⁽¹⁵⁾ Lettre du BMF du 30 avril 2010 aux autorités fiscales des Länder (chargées de la perception des impôts): http://www.bundesfinanzministerium.de/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/BMF_Schreiben/Veroeffentlichungen_zu_Steuerarten/koerperschaftsteuer_umwandlungsteuerrecht/009.html

⁽¹⁶⁾ L'Allemagne cite à cet égard les arrêts suivants de la Cour: du 14 septembre 2004 dans l'affaire C-276/02, Espagne/Commission, Rec. 2004, p. I-8091, points 15 et 26; et du 29 juin 1999 dans l'affaire C-256/97, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), Rec. 1999, p. I-3913, points 22 et 25.

4.2. Absence de sélectivité

(31) L'Allemagne considère que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est une mesure générale, étant donné que toutes les entreprises peuvent l'utiliser indépendamment de la région où elles sont établies et du secteur de production auquel elles appartiennent, et sans aucune distinction quant à la taille de l'entreprise. L'Allemagne fait valoir que toutes les entreprises peuvent connaître des difficultés financières sans en être responsables et que l'application de la mesure peut ainsi entrer en ligne de compte pour chacune d'entre elles.

(32) L'Allemagne souligne que dans sa communication de 1998 sur la fiscalité des entreprises, la Commission elle-même a considéré que les mesures de pure technique fiscale comme les dispositions législatives et réglementaires concernant le report de pertes ne sont pas sélectives, «(s)ous réserve qu'elles s'appliquent indifféremment à toutes les entreprises et à toutes les productions», et que «(l)e fait que certaines entreprises ou certains secteurs bénéficient plus que d'autres de certaines de ces mesures fiscales n'a pas nécessairement pour conséquence de les faire entrer dans le champ d'application des règles de concurrence en matière d'aides d'État» ⁽¹⁷⁾.

(33) L'Allemagne estime que ces réflexions sont particulièrement importantes dans le cadre de l'incitation fiscale à prévoir non seulement dans le domaine de la recherche et du développement, mais également dans ceux de la protection de l'environnement, de l'éducation ou de l'emploi. À son avis, les mesures fiscales en faveur d'entreprises qui, dans ces domaines, déploient des efforts particuliers ne sont pas sélectives, étant donné que toutes les entreprises y ont accès, même si, de facto, celles qui exercent leurs activités dans certains secteurs précis en profitent plus que d'autres. Or, selon l'Allemagne, cela devrait également s'appliquer aux instruments fiscaux dont bénéficient les entreprises en difficulté qui ont été acquises à des fins d'assainissement.

(34) L'Allemagne fait valoir que la Cour et le Tribunal de l'Union européenne ont admis qu'une mesure qui profite exclusivement à des entreprises en difficulté peut en principe être une mesure générale qui n'est pas sélective. Dans ce contexte, l'Allemagne renvoie tout d'abord à l'affaire DMT, dans laquelle, en ce qui concerne une facilité de paiement accordée en Belgique aux entreprises en difficulté, la Cour a jugé ce qui suit ⁽¹⁸⁾:

«Le gouvernement français relève que des facilités de paiement de cotisations de sécurité sociale ne constituent pas une aide d'État lorsqu'elles sont accordées, dans des conditions identiques, à toute entreprise qui connaît des difficultés de trésorerie. Tel semblerait être le cas du régime instauré par la législation belge. La Commission prétend, au contraire, que l'ONSS dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'octroi de facilités de paiement.

⁽¹⁷⁾ 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), points 13 et 14.

⁽¹⁸⁾ Arrêt de la Cour du 29 juin 1999 dans l'affaire C-256/97, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), Rec. 1999, p. I-3913, points 26 à 28.

Il résulte du libellé de l'article 92, paragraphe 1, du traité que des mesures à caractère général ne favorisant pas uniquement certaines entreprises ou certaines productions ne relèvent pas de cette disposition. En revanche, lorsque l'organisme qui octroie des avantages financiers dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de déterminer les bénéficiaires ou les conditions de la mesure accordée, celle-ci ne saurait être considérée comme présentant un caractère général (voir, en ce sens, arrêt du 26 septembre 1996, France/Commission, C-241/94, Rec. 1996, p. I-4551, points 23 et 24).

Il appartient à la juridiction nationale, dans l'affaire au principal, de déterminer si le pouvoir de l'ONSS d'accorder des facilités de paiement est ou non discrétionnaire et, s'il ne l'est pas, d'établir si les facilités de paiement accordées par l'ONSS ont un caractère général ou si elles favorisent certaines entreprises.»

- (35) En outre, l'Allemagne renvoie à l'affaire HAMSA, dans laquelle les autorités espagnoles avaient soutenu qu'une mesure, qui s'applique à toutes les entreprises en difficulté, n'est pas sélective. À ce sujet, le Tribunal a déclaré ⁽¹⁹⁾:

«En l'espèce, l'argument que la requérante et le royaume d'Espagne tirent du fait que la loi espagnole du 26 juillet 1922 relative à la cessation de paiements instituée une procédure de caractère général, applicable à toute entreprise en difficulté, doit être écarté. S'il est vrai que cette loi n'a pas vocation à s'appliquer de manière sélective en faveur de certaines catégories d'entreprises ou de secteurs d'activité, il y a lieu de constater, toutefois, que les remises de dettes condamnées par la Commission ne découlent pas automatiquement de l'application de ladite loi mais du choix discrétionnaire des organismes publics en cause. Or, il est de jurisprudence que, lorsque l'organisme qui octroie des avantages financiers dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de déterminer les bénéficiaires ou les conditions de la mesure accordée, celle-ci ne saurait être considérée comme présentant un caractère général (arrêt de la Cour du 29 juin 1999, DM Transport, C-256/97, Rec.1999., p. I-3913, point 27).»

- (36) L'Allemagne argue qu'à l'inverse des dispositions en cause dans les affaires DMT et HAMSA, l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne prévoit aucun pouvoir discrétionnaire des services publics; l'application de la mesure découlant directement de la loi, elle en déduit, a contrario, que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'est pas sélectif.
- (37) L'Allemagne considère par ailleurs que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est une disposition relevant du droit relatif aux procédures d'insolvabilité. L'éligibilité des entreprises repose sur les notions d'insolvabilité, de menace d'insolvabilité et de surendettement qui sont définies dans l'InsO et qui constituent des motifs pour l'introduction de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

- (38) S'agissant de la sélectivité de la mesure, l'Allemagne conclut que la position de la Commission conduirait à inférer que toute réduction fiscale est une aide d'État même si elle est applicable d'une manière générale, et qu'une telle conception serait contraire au TFUE.

4.3. Justification par la nature ou l'économie du système fiscal

- (39) L'Allemagne considère que l'exception instaurée par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est justifiée par la nature et l'économie du système fiscal allemand applicable aux sociétés. Elle avance qu'il existe une différence objective entre les entreprises en difficulté, qui doivent être assainies, et les autres, et que cette différence objective justifie un traitement distinct des premières lorsqu'elles ont été acquises dans le but de procéder à leur assainissement. À l'appui de cet argument, l'Allemagne invoque trois motifs.
- (40) Premièrement, à l'inverse des entreprises financièrement saines qui peuvent choisir entre un financement obtenu sur le marché des capitaux et la recherche d'un acquéreur, les entreprises en difficulté ont seulement la possibilité de chercher un acheteur étant donné qu'elles ne peuvent ni lever des capitaux extérieurs sur le marché des capitaux ni obtenir un crédit bancaire. Il s'ensuit que les entreprises en difficulté perdent systématiquement la possibilité de reporter leurs pertes tandis que les entreprises saines peuvent toujours choisir entre deux solutions: se procurer des capitaux extérieurs ou chercher un acquéreur.
- (41) En second lieu, l'Allemagne fait valoir que l'objet et le but de l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG, à savoir empêcher les opérations de «*Mantelkauf*», n'impose aucune exclusion de la possibilité d'un report de pertes dans les cas où l'acquisition est effectuée dans le but d'un assainissement et qu'elle ne repose pas sur des motifs purement fiscaux. En l'absence de la limitation à l'acquisition d'entreprises en difficulté à des fins d'assainissement, telle que prévue à l'article 8c, paragraphe 1a, de ladite loi, c'est-à-dire si le régime intégrait d'autres cas d'acquisition, la finalité de la disposition ne pourrait pas être assurée.
- (42) En tant que troisième moyen, l'Allemagne argue que l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG vise à assurer que le prix de vente des participations repose uniquement sur la valeur économique de l'entreprise en évitant toute incorporation dans ce prix, à des fins d'optimisation fiscale, de la valeur de pertes cumulées. Lors de l'acquisition d'une société en difficulté dans le but de son assainissement, la valeur possible des pertes cumulées ne joue par contre aucun rôle. Pour étayer cet argument, l'Allemagne rappelle que les auditeurs n'attribuent, dans les bilans commerciaux, de groupes consolidés aucune valeur aux pertes éventuellement reportées d'une société en situation économique précaire.

⁽¹⁹⁾ Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2002 dans l'affaire T-152/99, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAMSA)/Commission, Rec. 2002, p. II-3049, point 157.

(43) Sur la base d'une combinaison de ces éléments, l'Allemagne affirme qu'en tout état de cause, même dans l'hypothèse où l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG serait de nature a priori sélective, il serait justifié par l'économie et la nature du système fiscal allemand en ce qui concerne les impôts sur les sociétés.

4.4. Lien entre la nouvelle et l'ancienne clause d'assainissement

(44) L'Allemagne fait remarquer qu'au 1^{er} janvier 2008, l'article 8c de la KStG a remplacé en l'abrogeant une disposition similaire, à savoir l'article 8, paragraphe 4, de ladite loi, et que les deux dispositions poursuivent le même but, à savoir éviter les opérations de *Mantelkauf*.

(45) Dans ce contexte, l'Allemagne souligne que la Commission n'a jamais émis d'objections en ce qui concerne la mesure abrogée et que cette dernière ne saurait donc avoir été une aide d'État.

(46) Pour cette raison, l'Allemagne considère que la position de la Commission à cet égard est dénuée de toute cohérence.

4.5. Similarité de la mesure avec celles appliquées dans d'autres systèmes fiscaux

(47) Selon l'Allemagne, des mesures similaires à celle prévue par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG seraient appliquées dans un grand nombre d'autres États membres. À titre d'exemple, elle nomme la Belgique, la Finlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche. Or, en dépit de la grande similitude des régimes, la Commission n'a appliqué envers ces États membres aucun des moyens d'action dont elle dispose en raison de sa compétence dans le domaine des aides d'État.

(48) Au sujet du point 34 de la décision d'ouverture où sont exposées les mesures de la Commission en liaison avec le système fiscal français, l'Allemagne déclare que le système allemand se distingue de celui appliqué par la France en ce sens que ce dernier se limite à certains secteurs économiques et prévoit une exemption totale de l'impôt sur les sociétés.

5. APPRÉCIATION DE LA MESURE

(49) En application de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, 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 menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

5.1. Ressources d'État et imputabilité aux ressources étatiques

(50) L'aide doit être accordée au moyen de ressources d'État et l'utilisation de ces ressources doit être imputable à l'État. Une perte de recette fiscale équivaut à la consommation de ressources d'État sous la forme de dépenses fiscales. La possibilité accordée par le gouvernement allemand à certaines entreprises de réduire leur charge fiscale par un report de pertes conduit à une perte de recettes publiques et constitue une aide d'État. L'Allemagne a communiqué à la Commission que la mise en œuvre

de la mesure était susceptible d'entraîner une diminution de ses recettes fiscales s'élevant à un montant de 900 millions d'EUR par an. Or, comme la mesure est liée à une perte de recettes publiques, elle est donc accordée à partir de ressources d'État. L'aide est accordée sur la base d'une loi et est donc imputable à l'État.

5.2. Existence d'un avantage sélectif

(51) La mesure doit en outre conférer un avantage sélectif au bénéficiaire. À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'il ressort d'une jurisprudence constante que la notion d'aide comprend non seulement des prestations positives, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise⁽²⁰⁾.

(52) En vertu de l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG, certaines modifications de la structure de l'actionariat d'une entreprise conduisent au retrait partiel ou complet de la possibilité du report de pertes antérieures à des fins fiscales.

(53) L'article 8c, paragraphe 1a, de la loi instaure une exception à cette règle dans le cas où l'acquisition de parts concerne une entreprise en difficulté et est effectuée aux fins de son assainissement.

(54) Cette disposition est par conséquent susceptible de conférer un avantage sélectif aux entreprises qui réunissent ces conditions, étant donné que, lors du calcul de leur revenu imposable, elle leur offre la possibilité de déduire de leurs futurs bénéfices des pertes réalisées par le passé lors du calcul de leur revenu imposable.

(55) Comme exposé au considérant 28, l'Allemagne fait valoir que la disposition en cause n'entraîne pas un tel avantage sélectif. À l'appui de cet argument, elle invoque les trois motifs suivants:

a) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG tient compte du principe du créancier privé (voir point 5.2.1).

b) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'est pas sélectif a priori (5.2.2).

c) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est justifié par la nature et l'économie du système fiscal (5.2.3).

(56) L'Allemagne renvoie en outre à des similitudes entre cette disposition et la mesure précédente qui était prévue à l'article 8, paragraphe 4, de la KStG (voir point 5.2.4), ainsi qu'au fait que des mesures similaires existent dans d'autres États membres (voir point 5.2.5).

⁽²⁰⁾ Arrêt de la Cour du 22 juin 2006 dans les affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Belgique/Commission, Rec. 2006, p. I-5479, points 86 et 87.

5.2.1. Application possible du principe du créancier privé en économie de marché

- (57) L'Allemagne fait valoir que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est compatible avec le principe du créancier privé étant donné qu'il correspond au comportement d'un tel créancier en économie de marché avec lequel le débiteur entretient une relation contractuelle durable.
- (58) La Commission estime que ce point de vue ne saurait être accepté pour plusieurs raisons. Selon la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, le principe du créancier privé en économie de marché ne trouve à s'appliquer que si l'État agit comme un opérateur économique; l'application dudit principe doit être exclue dans l'hypothèse où celui-ci agit en exerçant ses prérogatives en tant que puissance publique⁽²¹⁾. Or, en l'espèce, l'État, en tant que puissance publique, dispose du monopole fiscal.
- (59) La Commission considère que la jurisprudence citée par l'Allemagne ne change rien à cette appréciation. En effet, la mesure prévue par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG concerne la naissance d'une dette fiscale, tandis que les faits à l'origine des arrêts dans les affaires Espagne/Commission⁽²²⁾ et DMT⁽²³⁾ se rapportaient à des situations dans lesquelles l'administration avait la possibilité de renoncer à des créances fiscales. Par conséquent, l'application du principe du créancier privé en économie de marché n'entre pas en ligne de compte en l'espèce.
- (60) En second lieu, la Commission retient que, même si ce principe était applicable, ce qu'elle conteste, l'avantage fiscal serait automatiquement octroyé sans examen préalable permettant de savoir à combien s'élève le montant total des pertes (déterminant le plafond de la réduction fiscale future), dans quelle mesure le bénéficiaire sera capable d'exercer ses activités d'une manière à nouveau rentable et si le débiteur joue un rôle stratégiquement important. Or, aucun créancier privé en économie de marché ne prévoirait dans ses conditions générales une renonciation automatique à des dettes futures sans s'être auparavant informé sur l'étendue de la renonciation à sa créance, des perspectives financières du débiteur et de l'importance stratégique de ce dernier.
- (61) En troisième lieu, la Commission relève qu'à l'inverse d'une relation contractuelle à long terme, la mesure visée à l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne se rapporte pas à une renonciation de créance pour des dettes existantes, mais à une diminution de dettes futures possibles, après redressement financier du débiteur. En d'autres termes, il n'existe même pas de dette latente au moment où l'État accorde le report de perte.
- (62) En quatrième lieu, la Commission souligne qu'en cas d'insolvabilité, les activités du débiteur sont normalement reprises par une autre entreprise auprès de laquelle l'État

peut percevoir des impôts en raison de son monopole en la matière. Le débiteur qui se retire du marché est ainsi remplacé par un autre. À la différence de ce qui se passe lorsque le principe du créancier privé en économie de marché est applicable, la fidélité d'un client existant ne joue aucun rôle en ce qui concerne la décision de l'État.

- (63) La Commission conclut que le principe du créancier privé en économie de marché n'est pas applicable en l'espèce, étant donné que l'État exerce ses prérogatives en qualité de puissance publique et qu'il n'agit pas en tant qu'opérateur économique. Même si le principe précité était applicable en l'espèce, il convient de souligner que la Commission a de plus prouvé que, dans le cas d'une relation contractuelle à long terme, un créancier privé qui se trouve dans la même situation que l'État n'aurait pas adopté de mesure similaire à celle prévue par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG.

5.2.2. Sélectivité a priori

- (64) Conformément à la jurisprudence de la Cour au sujet de l'appréciation de la sélectivité d'une mesure fiscale, il convient, en vertu de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, 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⁽²⁴⁾.
- (65) Il s'ensuit que la Commission doit tout d'abord déterminer, lors de son appréciation du caractère sélectif d'une mesure fiscale sous l'angle de la législation en matière d'aide d'État, quelle est la réglementation générale ou «ordinaire» à laquelle le domaine fiscal concerné est assujéti au titre du système fiscal en vigueur (ci-après le «cadre de référence»). Ensuite, dans une seconde étape, il lui faut examiner et constater si la mesure constitue une dérogation par rapport au cadre de référence pour autant qu'elle effectue une distinction entre les opérateurs économiques qui se trouvent, au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal de l'État membre concerné, dans une situation factuelle et juridique comparable.

5.2.2.1. Cadre de référence

- (66) La Commission considère qu'en l'espèce, le cadre de référence est constitué par le système fiscal allemand relatif à l'impôt sur les sociétés dans sa version actuellement applicable, et en particulier par les dispositions prévues à l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG sur le report des pertes pour des sociétés dont l'actionnariat a été modifié. Comme exposé au considérant 10, ce régime prévoit que les pertes non utilisées ne sont plus déductibles dès lors que plus de 50 % des titres de participation dans une société ont été cédés à un acquéreur; ces

⁽²¹⁾ Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2008 dans l'affaire T-196/04, Ryanair/Commission, Rec. 2008, p. II-3643, points 84 et 85; et arrêt de la Cour du 29 avril 2004 dans l'affaire C-334/99, Allemagne/Commission, Rec. 2003, p. I-1139, points 133 et 134.

⁽²²⁾ Voir la note 16 de bas de page.

⁽²³⁾ Voir la note 16 de bas de page.

⁽²⁴⁾ Arrêts de la Cour du 8 novembre 2001 dans l'affaire C-143/99, Adria-Wien Pipeline, Rec. 2001, p. I-8365, point 41; du 29 avril 2004 dans l'affaire C-308/01, GIL Insurance e.a., Rec. 2004, p. I-4777, point 68; du 3 mars 2005 dans l'affaire C-172/03, Heiser, Rec. 2005, p. I-1627, point 40; et voir aussi la communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises.

pertes tombent proportionnellement en déchéance, lorsqu'un transfert de plus 25 %, et au maximum toutefois de 50 %, intervient dans une période de cinq ans. La Commission en conclut que la mise en non-valeur des pertes constitue la règle générale, c'est-à-dire le cadre de référence applicable en cas de modification de l'actionnariat.

- (67) La Commission souligne que dans une affaire précédente, elle a déjà considéré que l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG constituait le cadre de référence applicable⁽²⁵⁾. À l'époque, la Commission avait jugé qu'une exception à l'article précité au titre de laquelle, en dépit d'une modification de l'actionnariat, un report de pertes était autorisé pour les entreprises reprises par des sociétés de capital-risque était incompatible avec le marché intérieur. Les motifs de cette décision s'appliquent également à l'affaire en cause en l'espèce.

5.2.2.2. Distinction entre les entreprises qui, au regard de l'objectif poursuivi par le système fiscal de l'État membre concerné, se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable

- (68) À la différence du scénario de référence, les entreprises qui, au moment de l'acquisition de parts effectuée à des fins de restructuration sont insolvables ou surendettées ou menacées de le devenir, peuvent reporter leurs pertes au titre l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG, dès lors que certaines conditions sont satisfaites (voir le point 14).

- (69) L'Allemagne fait valoir que ladite disposition a pour vocation de supprimer une entrave fiscale à la restructuration des entreprises en difficulté. Par conséquent, au regard de l'objectif poursuivi par le système fiscal, seules les entreprises en difficulté se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable et, compte tenu de l'applicabilité de la disposition en cause à toutes les entreprises en difficulté, cette disposition n'est donc pas sélective.

- (70) Aux yeux de l'Allemagne, ce point de vue est étayé par les arrêts dans les affaires DMT⁽²⁶⁾ et HAMSA⁽²⁷⁾. Dans ces affaires, la Cour et le Tribunal étaient parvenus à la conclusion que les mesures en cause étaient sélectives étant donné qu'il s'agissait de décisions discrétionnaires des autorités. À contrario, il serait donc possible de déduire de ces arrêts qu'une mesure qui vaut pour toutes les entreprises en difficulté et qui ne laisse aucune marge discrétionnaire aux autorités n'est pas sélective.

- (71) La Commission souligne tout d'abord que la finalité du système fiscal ne doit pas être définie sur la base de

l'exception, mais au contraire sur celle du cadre de référence⁽²⁸⁾. Le sens et la finalité du système d'imposition sur les sociétés étant de générer des recettes pour le budget, la question se pose de savoir s'il est répondu à cet objectif lorsque des entreprises réduisent de manière excessive leur assiette fiscale en utilisant des reports de pertes réalisées par des sociétés coquilles. L'article 8c, paragraphe 1, de la KStG vise à empêcher que les entreprises dont l'actionnariat a été modifié reportent leurs pertes. Cela ressort clairement de l'exposé des motifs de la nouvelle version de la KStG qui a introduit l'article 8c, paragraphe 1, en abrogeant l'article 8, paragraphe 4 de la version antérieure⁽²⁹⁾. Il s'ensuit que toutes les entreprises dont l'actionnariat a subi une modification se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif du système fiscal.

- (72) La Commission relève que seules les entreprises en difficulté peuvent bénéficier de l'exception prévue par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG. Or, les entreprises qui, au moment de leur acquisition ne sont pas insolvables ou surendettées ou qui ne sont pas menacées de le devenir peuvent aussi réaliser des pertes, sans toutefois pouvoir procéder à un report de ces pertes.

- (73) La Commission conclut pour cette raison que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG opère une distinction entre les entreprises qui, bien que réalisant des pertes, restent saines et les entreprises insolvables ou surendettées ou sur le point de le devenir, en favorisant ces dernières. L'article en cause de la KStG distingue ainsi entre des entreprises qui, au regard de l'objectif poursuivi par le système fiscal, se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.

- (74) En second lieu, la Commission met en exergue, et ce contrairement au point de vue allemand, que la jurisprudence de la Cour et du Tribunal n'a jamais considéré que, par définition, une mesure n'était pas sélective, lorsque toutes les entreprises en difficulté peuvent en bénéficier et que les autorités ne disposent d'aucune marge discrétionnaire.

- (75) S'agissant de l'affaire DMT, il convient de relever qu'au point 28 de l'arrêt correspondant, la Cour a conclu au sujet du point de vue du gouvernement français qui correspondait à celui de l'Allemagne en l'espèce, que même dans le cas où les autorités étatiques ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire, il appartient à la juridiction de l'État d'examiner si la mesure nationale concernée a un caractère général ou si elle est sélective. La Cour reconnaît ainsi implicitement qu'une mesure nationale qui est ouverte à toutes les entreprises en difficulté et dans le cadre de laquelle aucun pouvoir discrétionnaire n'est accordé aux autorités est néanmoins susceptible d'être sélective.

⁽²⁵⁾ Affaire C 2/2009, MoRaKG, conditions régissant les sociétés de capitaux (JO L 6 du 9.1.2010, p. 32).

⁽²⁶⁾ Voir la note 18 de bas de page.

⁽²⁷⁾ Voir la note 19 de bas de page.

⁽²⁸⁾ Arrêt du Tribunal du 29 septembre 2000 dans l'affaire T-55/1999, CETM, point 53.

⁽²⁹⁾ Voir le document du Bundestag n° 16/4841, p. 75 et suivante.

- (76) Au sujet de l'affaire HAMSA, la Commission relève que l'*obiter dictum* prononcé par le Tribunal au point 157 de son arrêt se rapporte au droit général espagnol en matière de faillites. Dans cette affaire, toutefois, il ne s'agissait pas d'une mesure relevant de ce droit mais d'une renonciation volontaire des autorités espagnoles à des créances, à laquelle elles n'étaient pas tenues par la loi, et dont la portée dépassait de loin les renoncements d'un investisseur privé. Cette affaire est donc dénuée de pertinence pour l'appréciation de la mesure en cause en l'espèce.
- (77) Dans ses conclusions au sujet de l'affaire Ecotrade, l'avocat général Fennelly a du reste confirmé que les dispositions qui s'appliquent à toutes les entreprises en difficulté peuvent être sélectives et constituer une aide d'État ⁽³⁰⁾.
- (78) Ainsi, à l'inverse du point de vue de l'Allemagne, celui exprimé par la Commission lors de son appréciation de la mesure en cause concorde avec la jurisprudence de la Cour et du Tribunal.
- (79) Par conséquent, la Commission estime que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est *a priori* sélectif.
- 5.2.3. *Justification de la mesure sur la base de la nature et de l'économie du système fiscal dans lequel elle s'inscrit*
- (80) Conformément à la jurisprudence de la Cour, une mesure qui, quoique constitutive d'un avantage pour son bénéficiaire, se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit, ne remplit cependant pas cette condition de sélectivité ⁽³¹⁾.
- (81) Lorsque la Commission conclut, comme en l'espèce, que la mesure semble *a priori* être sélective, elle est tenue d'examiner si la nature et l'économie du système fiscal dans lequel cette mesure s'inscrit, justifient une telle différenciation.
- (82) La Commission retient que, selon la jurisprudence constante de la Cour, c'est à l'État membre concerné qu'il appartient d'apporter la preuve de cette justification ⁽³²⁾.
- (83) Selon le raisonnement de la Cour, il convient à cet égard d'établir une distinction entre, d'une part, les objectifs assignés à un régime fiscal particulier et qui lui sont extérieurs et, d'autre part, les mécanismes inhérents au système fiscal lui-même qui sont nécessaires à la réalisation de tels objectifs. Seuls ces derniers mécanismes entrent en ligne de compte en tant que motivation en liaison avec la nature et l'économie générale du système fiscal dans lequel la mesure s'inscrit.
- (84) La Commission considère que, dans la présente affaire, il est nécessaire de distinguer entre l'objectif de l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG et celui poursuivi par l'article 8c, paragraphe 1a, de ladite loi.
- (85) Selon l'exposé de l'Allemagne, le sens et la finalité de l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG consistent à exclure, par des opérations de *Mantelkauf*, les montages abusifs visant à exploiter les reports de pertes prévus par le système fiscal allemand.
- (86) À cet égard, la Commission prend acte du fait que l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG a un champ d'application beaucoup plus large que celui de la disposition antérieure de ladite loi (article 8, paragraphe 4). En effet, tandis que l'exclusion de report de pertes était, selon l'article 8, paragraphe 4, de la KStG, uniquement subordonnée au respect de deux conditions (acquisition de parts par une autre société et nouveau domaine d'activités), la seconde condition n'existe plus dans la nouvelle clause d'assainissement, de sorte que la possibilité d'un report de pertes est déjà déchu dès que l'entreprise déficitaire est achetée par une autre société. Le législateur était conscient de cette modification du champ d'application de la disposition étant donné que la modification de la loi poursuivait expressément l'objectif de financer la réduction du taux des impôts sur les sociétés de 25 % à 15 % ⁽³³⁾.
- (87) En revanche, l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'a pas pour vocation d'empêcher les montages abusifs. Cela ressort de l'exposé des motifs du Bundestag allemand au sujet de la *nouvelle clause d'assainissement*, où l'on peut lire que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est inséré pour lutter contre les problèmes dus à la crise économique et financière ⁽³⁴⁾. Pendant la crise, les restrictions applicables en matière de report de pertes étaient considérées comme constituant une entrave spécifique à la restructuration d'entreprises.
- (88) La Commission retient que l'Allemagne, elle-même, a expressément souligné dans ses observations faisant suite à la décision d'ouverture que la clause d'assainissement prévue à l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'est pas une mesure visant à empêcher une utilisation abusive du système fiscal, mais qu'elle a été introduite pour aider les entreprises en difficulté dans le contexte de la crise économique et financière.
- (89) La Commission en conclut que l'objectif poursuivi par cette mesure fiscale spécifique est extérieur au système fiscal. Or, selon la jurisprudence de la Cour en la matière, la poursuite d'un tel objectif extrinsèque ne saurait servir à justifier une mesure en raison de la nature et de l'économie globale du système fiscal ⁽³⁵⁾. Cela ne peut être analysé que dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur.

⁽³⁰⁾ Affaire C-200/97; conclusions du 16 juillet 1998, points 26-32.

⁽³¹⁾ Arrêts de la Cour du 2 juillet 1974 dans l'affaire 173/73, Italie/Commission, Rec. 1974, p. 709, point 33; du 17 juin 1999 dans l'affaire C-75/97, Belgique/Commission, Rec. 1999, p. I-3671, point 33; et dans les affaires *Adria-Wien Pipeline* et *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, citée à la note 24 de bas de page, point 42; *GIL Insurance*, citée à la note 24 de bas de page, point 72; *Heiser*, citée à la note 24 de bas de page, point 43; ainsi que les arrêts de la Cour du 15 décembre 2005 dans l'affaire C-148/04 *Unicredito Italiano*, Rec. 2005, p. I-11137, point 51; et du 6 septembre 2006 dans l'affaire C-88/03, Portugal/Commission, Rec. 2006, p. I-7145, point 52.

⁽³²⁾ Portugal/Commission, cité à la note 31 de bas de page, point 81.

⁽³³⁾ Document du Bundestag n° 16/4841, p. 30 et suivante.

⁽³⁴⁾ Voir les documents du Bundestag n° 16/13429, p. 50, et n° 16/12674, p. 10.

⁽³⁵⁾ Portugal/Commission, cité à la note 31 de bas de page, point 82, qui se réfère à la «cohésion sociale» et au «développement régional» en tant qu'objectifs politiques extrinsèques.

- (90) Les trois arguments invoqués par l'Allemagne ne changent rien à cette appréciation.
- (91) S'agissant de l'argument de l'Allemagne selon lequel une entreprise en difficulté ne peut obtenir des fonds que par l'intermédiaire d'un investisseur, tandis qu'une entreprise saine qui subit temporairement des pertes peut choisir la possibilité de se procurer des ressources de financement sur le marché des capitaux ou opter pour une reprise par un investisseur avec apport consécutif de nouveaux capitaux, la Commission estime qu'au regard de l'objectif poursuivi par le droit fiscal, il importe peu de savoir comment une entreprise finance ses activités commerciales. Tout système de fiscalité des entreprises repose sur l'imposition des bénéfices et la déclaration des pertes. Comme constaté au cours de la crise économique et financière, certaines entreprises, bien que financièrement saines, ont néanmoins temporairement réalisé des pertes. Toutefois, selon la clause d'assainissement, de telles entreprises financièrement saines ne peuvent pas bénéficier d'un report de pertes et sont par conséquent, par rapport aux entreprises en situation critique qui encourent des pertes, désavantagées en cas de modification de l'actionnariat suivie d'une nouvelle levée de capitaux. Par ailleurs, la Commission note que durant la crise économique et financière, l'accès aux marchés des capitaux était également difficile aux entreprises saines qui subissaient temporairement des pertes. Il s'ensuit que les hypothèses factuelles qui sous-tendent le premier argument sont déjà dénuées de pertinence. La Commission rejette par conséquent ce premier argument de l'Allemagne.
- (92) S'agissant du deuxième argument selon lequel l'exception prévue à l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG par rapport à l'interdiction générale d'un report de pertes en cas de changement d'actionnariat, telle que fixée à l'article 8c, paragraphe 1, serait justifiée par sa ratio legis, étant donné que, dans le cas de la restructuration d'une entreprise en difficulté, il n'y aurait aucun risque d'abus, la Commission constate que ce raisonnement ne justifie pas la limitation aux entreprises en difficulté imposée par l'article 8c, paragraphe 1a, de ladite loi. La Commission souligne en outre qu'un risque d'abus est également absent dans le cas de l'acquisition d'une entreprise financièrement saine. Un tel risque n'existe qu'en liaison avec des entreprises coquilles. La ratio legis de l'article 8c, paragraphe 1, de la loi va au-delà de la lutte contre les abus. Elle vise également à augmenter l'assiette des impôts allemands sur les sociétés en compensant la réduction du taux d'imposition de 25 % à 15 %. C'est ce qui explique pourquoi la KStG inclut également, en son article 8c, paragraphe 1, toute une série d'achats de participations qui ne présentent aucun risque d'abus. La Commission réfute par conséquent l'argument de l'Allemagne selon lequel l'exception instaurée par la nouvelle clause d'assainissement de la KStG répond à la ratio legis de l'article 8c, paragraphe 1, de ladite loi.
- (93) Quant au troisième argument de l'Allemagne, selon lequel les auditeurs n'accordent en général, dans les bilans consolidés de groupe, aucune importance aux pertes d'une entreprise financièrement en difficulté dans le cadre de la détermination d'éventuelles charges fiscales latentes, et que, par conséquent, la possibilité d'un report de pertes n'a aucune influence sur le prix de vente d'une telle entreprise, la Commission remarque en premier lieu que cet argument se fonde sur des critères comptables et qu'il n'est donc pas pertinent dans le cadre de considérations fiscales. Par ailleurs, la Commission note que cet argument est en contradiction avec le constat de l'Allemagne selon lequel l'absence de la possibilité d'un report de pertes entraverait la restructuration des entreprises. Une telle entrave ne peut en effet exister que si l'acquéreur accorde une certaine valeur pécuniaire à la possibilité d'un report de pertes. En conséquence, la Commission rejette également le troisième argument de l'Allemagne.
- (94) L'Allemagne soutient en outre qu'un allègement fiscal dans le cadre de l'assainissement d'entreprises est également prévu dans d'autres États membres et renvoie dans ce contexte, à titre d'exemple, au régime français applicable pour la reprise d'entreprises en difficulté. La Commission ne saurait accepter cet argument fondé sur une comparaison. En premier lieu, en effet, pour justifier une mesure, les États membres ne peuvent se servir que des principes inhérents à leur système fiscal respectif, en tant que cadre de référence sur la base duquel il est examiné si une entreprise a bénéficié ou non d'un avantage au sens de la législation en matière d'aides d'État. En outre, il importe peu que des mesures fiscales similaires existent éventuellement dans d'autres États membres, étant donné que de telles mesures peuvent également relever des dispositions prévues dans le traité. En second lieu, les conditions auxquelles sont subordonnées les mesures prévues par le régime français sont différentes de celles applicables au titre de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG. La mesure française prévoit une exonération fiscale en faveur d'entreprises nouvellement créées qui reprennent une entreprise en difficulté. Comme la Commission avait déclaré en 2004 que le régime était incompatible avec le marché commun⁽³⁶⁾, la France l'avait modifié pour qu'il soit conforme à la législation en matière d'aides d'État, de sorte qu'un certain nombre des avantages découlant du régime concerné sont désormais négligeables, tandis que les autres sont conformes à la législation en matière d'aides d'État, en tant qu'aides régionales ou aides aux petites et moyennes entreprises (PME)⁽³⁷⁾.
- (95) La Commission conclut par conséquent des considérations précédentes que la mesure en cause ne résulte pas directement des principes fondateurs du système fiscal allemand et qu'elle n'est pas justifiée par la nature et l'économie globale de ce dernier.
- 5.2.4. *Le lien entre l'ancienne et la nouvelle clause d'assainissement*
- (96) L'Allemagne avance que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG équivaut en substance à l'ancien article 8, paragraphe 4, de ladite loi et que la Commission n'a jamais suggéré que cette disposition antérieure constituait une aide d'État.

⁽³⁶⁾ Affaire C-57/2002, Exonérations fiscales liées à la reprise d'entreprises en difficulté (JO L 108 du 16.4.2004, p. 38).

⁽³⁷⁾ Affaire C-553/2004, Exonérations fiscales liées à la reprise d'entreprises en difficulté (JO C 242 du 1.10.2005, p. 5).

- (97) À cet égard, la Commission souligne que l'Allemagne ne lui a jamais notifié la mesure prévue à l'article 8, paragraphe 4, de la KStG, de sorte que, jusqu'à présent, la Commission n'a émis aucun avis quant à son caractère d'aide d'État.
- (98) La présente procédure concerne uniquement l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG, étant donné que la procédure formelle d'examen qui a été ouverte ne couvre que cette disposition. Comme l'Allemagne n'a jamais notifié la mesure qui était prévue à l'article 8, paragraphe 4, de la KStG, elle ne peut pas, pour justifier l'article 8c, paragraphe 1a, de ladite loi, s'appuyer sur l'argument que la Commission n'a jamais soulevé d'objection formelle contre cette clause.
- (99) La Commission se réserve du reste le droit d'examiner l'article 8, paragraphe 4, de la KStG sur la base des dispositions applicables aux aides d'état, dans le cas où il apparaîtrait que ladite clause a procuré un avantage sélectif à des entreprises.

5.2.5. Systèmes fiscaux similaires dans d'autres États membres

- (100) Le fait qu'il existe des systèmes fiscaux similaires ou identiques dans d'autres États membres et que ces régimes n'ont pas été notifiés à la Commission n'a aucune influence sur l'examen de la question de savoir si une mesure précise constitue ou non une aide d'État.
- (101) La Commission examinera les informations transmises par l'Allemagne conformément à l'article 10 du règlement de procédure⁽³⁸⁾.

5.2.6. Conclusion relative à l'existence d'un avantage sélectif

- (102) La Commission conclut que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG procure un avantage sélectif aux entreprises qui tombent dans son champ d'application.

5.3. Effets sur les échanges à l'intérieur de l'Union

- (103) La mesure doit être susceptible d'affecter les échanges entre les États membres et de fausser ou menacer de fausser la concurrence sur le marché intérieur. L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne s'applique pas à un secteur en particulier, c'est-à-dire que toutes les branches économiques peuvent profiter de la mesure. Presque toutes les branches de l'économie allemande sont représentées sur les marchés où règne la concurrence et où des échanges ont lieu entre les États membres. Par conséquent, la mesure pourrait être propre à affecter les échanges entre les États membres ou à fausser ou menacer de fausser la concurrence.
- (104) La Commission constate que, selon les informations transmises par l'Allemagne, une procédure d'insolvabilité pourrait être introduite pour toutes les entreprises éligi-

bles (voir le point 14 et la note 7 de bas de page). Par conséquent, toutes les entreprises bénéficiaires potentielles sont des entreprises en difficulté au sens du point 10, sous c), des lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (ci-après les «lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration»). Il s'ensuit qu'aucune des bénéficiaires n'entre en ligne de compte pour des aides d'État de minimis conformément au règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis⁽³⁹⁾, étant donné qu'en vertu de l'article 1^{er}, sous h), dudit règlement, les entreprises en difficulté sont exclues de son champ d'application.

5.4. Conclusion

- (105) Toutes les conditions visées à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE étant réunies, la Commission estime que les dispositions de la KStG relatives au report fiscal de pertes (clause d'assainissement) constituent une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE.

6. EXAMEN DE LA COMPATIBILITÉ DE LA MESURE AVEC LE MARCHÉ INTÉRIEUR

- (106) La Commission peut considérer que des aides sont compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE. Selon la jurisprudence constante de la Cour, c'est l'État membre concerné qui est tenu d'apporter la preuve que la mesure est compatible avec le marché intérieur⁽⁴⁰⁾. Or, à cet égard, la Commission constate qu'en dépit d'une demande expresse de sa part dans la décision d'ouverture, l'Allemagne ne lui a transmis aucune information à ce sujet. Pour cette simple raison, la Commission ne saurait déclarer que la mesure en cause est compatible avec le marché intérieur.
- (107) La Commission a néanmoins examiné si la mesure pouvait être considérée comme étant compatible avec le marché intérieur. En ce qui concerne les aides d'État qui relèvent de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE, la Commission dispose d'une large marge d'appréciation⁽⁴¹⁾. Dans l'exercice de ce pouvoir, elle a publié des lignes directrices et des communications qui fixent les critères selon lesquels certaines aides d'État peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur sur la base de la disposition précitée du TFUE. Conformément à la jurisprudence constante, la Commission est tenue de

⁽³⁹⁾ JO L 379 du 28.12.2006, p. 5.

⁽⁴⁰⁾ Arrêt de la Cour du 28 avril 1993 dans l'affaire C-364/90, Italie/Commission, Rec. p. I-2097, point 20; arrêt du Tribunal du 15 décembre 1999 dans les affaires jointes T-132/96 et T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG und Volkswagen Sachsen GmbH/Commission, Rec. p. II-3663, point 140; et arrêt de la Cour du 29 avril 2004 dans l'affaire C-372/97, Italie/Commission, Rec. p. I-3679, point 81.

⁽⁴¹⁾ Arrêts de la Cour du 21 mars 1990 dans l'affaire C-142/87, Belgique/Commission, Rec. 1990, p. I-959, point 56; du 11 juillet 1996, dans l'affaire C-39/94, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a., Rec. 1996, p. I-3547, point 36.

⁽³⁸⁾ Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 83 du 27.3.1999, p. 1).

respecter les lignes directrices et les communications qu'elle a publiées dans le cadre du contrôle des aides dans la mesure où elles ne dérogent pas aux dispositions du TFUE et où elles sont reconnues par les États membres ⁽⁴²⁾.

- (108) Il convient par conséquent d'examiner tout d'abord si l'aide notifiée relève du champ d'application de l'une ou de plusieurs lignes directrices ou communications et si, parce qu'elle satisfait aux critères de compatibilité qui y sont fixés, elle peut être déclarée compatible avec le marché intérieur.

6.1. Compatibilité éventuelle avec le cadre communautaire temporaire ⁽⁴³⁾

- (109) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ayant été introduit dans le but de surmonter la crise économique et financière, la Commission a examiné si la réglementation pouvait être considérée comme étant compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE, tel qu'il est interprété dans le cadre communautaire temporaire.
- (110) Eu égard à la crise économique et financière actuelle et à son incidence sur l'économie globale des États membres, la Commission considère que certaines catégories d'aides d'État se justifient, pendant une période limitée, pour pallier les difficultés de la crise et qu'elles peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE. Le cadre communautaire temporaire fixe les conditions dans lesquelles la Commission peut considérer que de telles aides d'État sont compatibles avec le marché intérieur.
- (111) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne peut toutefois être imputé à aucune des mesures indiquées dans le cadre communautaire temporaire, étant donné que la disposition concerne des avantages fiscaux accordés aux entreprises en difficulté. Or, ledit cadre ne prévoit aucune aide d'État sous la forme d'avantages fiscaux.
- (112) Par conséquent, la Commission estime que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne satisfait pas aux conditions requises pour pouvoir être considéré comme étant compatible avec le marché intérieur au titre de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE, tel qu'il est interprété dans le cadre communautaire temporaire.

⁽⁴²⁾ Arrêts de la Cour du 24 mars 1993 dans l'affaire C-313/90, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques/Commission*, Rec. p. I-1125, point 36; du 15 octobre 1996 dans l'affaire C-311/94, *IJssel-Vliet Combinatie BV/Minister van Economische Zaken*, Rec. 1996, p. I-5023, point 43; et du 26 septembre 2002 dans l'affaire C-351/98, *Espagne/Commission*, Rec. 2002, p. I-8031, point 53.

⁽⁴³⁾ Communication de la Commission «Cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle» (JO C 83 du 7.4.2009, p. 1). Avec effet au 1^{er} janvier 2011, cette communication a été remplacée par une nouvelle version (JO C 6 du 11.1.2011, p. 5). Qui, en vertu de son chapitre 5, ne s'applique toutefois qu'aux aides illégales ayant été octroyées après le 1^{er} janvier 2011. Comme l'Allemagne a suspendu l'application de la mesure, aucune aide n'a été accordée après cette date butoir.

- (113) La Commission note toutefois que des aides en faveur de certains bénéficiaires peuvent, au titre du point 4.2 du cadre communautaire temporaire, être autorisées sous la forme d'un montant d'aide limité compatible avec le marché intérieur, dans la mesure où elles remplissent toutes les conditions d'un régime d'aide allemand que la Commission a approuvé sur cette base juridique. Pour pouvoir être éligible à une aide de cette catégorie, le bénéficiaire doit notamment prouver, d'une part, qu'au 1^{er} juillet 2008, il n'était pas une entreprise en difficulté au sens des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration (dans le cas des grandes entreprises) et, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 7, du règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (règlement général d'exemption par catégorie) ⁽⁴⁴⁾ (dans le cas des PME) et, d'autre part, que l'équivalent-subvention brut (ESB) de l'aide ne dépasse pas un montant de 500 000 EUR. En outre, les autres conditions prévues à l'article 4.2.2 du cadre communautaire temporaire et dans la décision d'autorisation du régime d'aide allemand doivent être réunies.

6.2. Compatibilité éventuelle sur la base des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration ⁽⁴⁵⁾

- (114) Comme l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG concerne des avantages fiscaux pour des entreprises en situation précaire, la Commission a également effectué un examen de la compatibilité de la mesure avec les lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration. Selon ces lignes directrices, seules les entreprises en difficulté sont éligibles. Des entreprises insolvables ou surendettées peuvent certes être considérées comme des entreprises en difficulté au sens de ces lignes directrices, mais les sociétés qui font partie d'un groupe ou qui sont reprises par un groupe ne peuvent, en règle générale, pas bénéficier d'aides au sauvetage ou à la restructuration (point 13 des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration). L'application de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est, entre autres conditions, subordonnée à une acquisition de parts. Or, il est vraisemblable qu'après une telle acquisition, l'entreprise cible fasse partie d'un groupe. Dans un tel cas, c'est le groupe qui devrait normalement s'occuper de l'entreprise en difficulté, de sorte que celle-ci ne serait pas admise au bénéfice d'une aide selon les lignes directrices précitées.
- (115) En outre, force est de constater que d'autres conditions desdites lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration ne sont pas satisfaites même en ce qui concerne les bénéficiaires qui, au titre de ces lignes directrices, pourraient être éligibles.
- (116) En vertu du point 25, sous a), des lignes directrices précitées, des aides au sauvetage ne peuvent être accordées que sous forme de crédits et de garanties de crédits. L'avantage fiscal en cause en l'espèce ne saurait donc être considéré comme une aide au sauvetage.

⁽⁴⁴⁾ JO L 214 du 9.8.2008, p. 3.

⁽⁴⁵⁾ Lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (JO C 244 du 1.10.2004, p. 2).

- (117) S'il s'agit d'aides à la restructuration, l'État membre doit présenter un plan de restructuration viable qui doit permettre de rétablir la viabilité de l'entreprise. L'aide doit être limitée au minimum requis. Selon les lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration, le bénéficiaire doit, de plus, fournir une contribution personnelle aux coûts de restructuration. En outre, selon lesdites lignes directrices, des mesures compensatoires doivent être prises pour éviter toute distorsion excessive de la concurrence.
- (118) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne satisfait à aucune de ces conditions. L'exposé des motifs de la loi indique certes que l'entreprise cible doit présenter un plan d'assainissement permettant d'envisager une évolution positive des affaires, mais il n'apparaît pas qu'un tel plan répondrait aux exigences des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration et que le montant de l'aide serait limité au minimum requis. Le montant de l'aide dépend en effet des pertes qu'une entreprise a enregistrées par le passé. En outre, l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne prévoit ni contribution propre ni mesures compensatoires.
- (119) Enfin, les aides au sauvetage et à la restructuration en faveur des grandes entreprises sont soumises à notification individuelle. Elles ne peuvent pas être octroyées au titre d'un régime. Or, l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne fait aucune distinction entre les grandes entreprises et les PME.
- (120) De surcroît, même au regard des PME, à qui, en principe, des aides au sauvetage et à la restructuration peuvent être octroyées sous la forme d'un régime, la Commission constate que les exigences particulières concernant un tel régime, telles que fixées au point 82 des lignes directrices correspondantes, ne sont pas non plus satisfaites pour les raisons indiquées au considérant 117 de la présente décision.
- (121) Par conséquent, la Commission estime que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'est pas compatible avec le marché intérieur en tant qu'aide à la restructuration.

6.3. Compatibilité éventuelle sur la base des lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale ⁽⁴⁶⁾

- (122) Il convient également d'examiner l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG sur la base des lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale.
- (123) Les bénéficiaires potentiels d'une aide à finalité régionale doivent être établis dans une région de l'Allemagne pouvant bénéficier d'aides régionales. Or, cette condition n'est pas forcément remplie dans le cas de l'application de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG, étant donné que la clause vaut pour toutes les parties de l'Allemagne.
- (124) En outre, les entreprises en difficulté au sens des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration ne relèvent pas du champ d'application des lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale (voir le

point 9 de ces lignes directrices). Il s'ensuit que des aides en faveur d'entreprises en difficulté établies dans des régions assistées ne peuvent pas non plus être déclarées compatibles avec le marché intérieur sur le fondement des lignes directrices à finalité régionale.

- (125) Par conséquent, la Commission estime que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'est pas compatible avec le marché intérieur en tant qu'aide à finalité régionale.

6.4. Compatibilité éventuelle sur la base des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement ⁽⁴⁷⁾

- (126) Il convient par ailleurs d'examiner l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG sur la base des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.
- (127) L'objectif premier des aides d'État dans le domaine de la protection de l'environnement est de garantir, d'une part, que les mesures d'aide d'État entraîneront un niveau de protection de l'environnement supérieur qui n'existerait pas sans l'intervention d'une aide, et, d'autre part, que les effets positifs de l'aide contrebalanceront ses effets négatifs en termes de distorsion de la concurrence, compte tenu du principe du pollueur-payeur visé à l'article 191 du TFUE.
- (128) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne répond pas à cet objectif. L'exposé des motifs de la loi n'indique aucun objectif au sens des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.
- (129) Comme précisé au point 20 des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration, une entreprise en difficulté, étant donné qu'elle est menacée dans son existence même, ne saurait être considérée comme un instrument approprié pour promouvoir des objectifs relevant d'autres politiques publiques tant que sa viabilité n'est pas assurée. Or, comme tous les bénéficiaires potentiels au titre de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG, sont des entreprises en difficulté au sens du point 10, sous c), des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration, la Commission considère que l'article précité de la KStG n'est pas compatible avec le marché intérieur en tant que mesure d'aide à la protection de l'environnement.

6.5. Compatibilité éventuelle avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE

- (130) La Commission constate que la mesure notifiée relève tant du champ d'application du cadre communautaire temporaire que de celui des lignes directrices relatives au sauvetage et à la restructuration. Pour les motifs exposés aux considérants 109 et suivants de la présente décision, la Commission doit donc respecter la teneur de chacun de ces deux documents dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 107, paragraphe 3, points b) et c), du TFUE.

⁽⁴⁶⁾ Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 (JO C 54 du 4.3.2006, p. 13).

⁽⁴⁷⁾ Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (JO C 82 du 1.4.2008, p. 1).

(131) Si des raisons impérieuses sont présentées à la Commission, celle-ci peut toutefois de nouveau exercer son pouvoir discrétionnaire à la condition qu'elle agisse dans le cadre prescrit par le TFUE et les principes généraux du droit, et en particulier conformément au principe de l'égalité de traitement tel qu'il est interprété dans la jurisprudence de la Cour⁽⁴⁸⁾. Dans ce contexte, la Commission peut, conformément à la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, considérer des aides d'État comme compatibles avec le marché intérieur lorsqu'elles sont destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre [article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE]⁽⁴⁹⁾, ou nécessaires pour atteindre cet objectif⁽⁵⁰⁾ et n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

(132) En l'espèce, l'Allemagne n'a invoqué aucun argument indiquant que l'aide serait indirectement compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b) ou c), du TFUE.

(133) La Commission constate qu'en raison des modalités de la mesure, le montant de l'aide dépend des pertes que le bénéficiaire a subies par le passé. Il n'existe donc aucun lien entre le montant de l'aide qu'une entreprise reçoit et l'objectif poursuivi par le régime d'aide, à savoir la suppression d'obstacles à un assainissement et le soutien aux entreprises en difficulté dans le cadre de la crise économique et financière. La Commission en déduit par conséquent que le régime d'aide n'est pas limité à ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Elle fausse ainsi la concurrence sur le marché intérieur dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

(134) La Commission en conclut que la mesure ne peut pas être considérée comme étant compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b) ou c), du TFUE.

7. RÉCUPÉRATION DE L'AIDE

(135) Comme la mesure n'a pas été notifiée, elle constitue une aide d'État illégale.

(136) Compte tenu de la pratique décisionnelle constante de la Commission, toutes les aides d'État qui ont été octroyées illégalement et qui ne sont pas compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107 du TFUE doivent être récupérées auprès de leurs bénéficiaires. Cette pratique décisionnelle est confirmée par 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⁽⁵¹⁾ où l'on peut lire: «En cas de décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'État membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire.»

(137) La mesure en cause constituant une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur, elle doit être récupérée dans l'optique du rétablissement de la situation antérieure du marché, c'est-à-dire de celle qui prévalait avant l'octroi de l'aide. Le remboursement doit donc prendre effet à la date à laquelle l'avantage a été conféré, c'est-à-dire à la date à laquelle l'aide a été mise à la disposition du bénéficiaire. Des intérêts sont exigibles jusqu'à la date du remboursement effectif de l'aide.

(138) La Commission considère que l'échéance annuelle pour l'acquittement de l'impôt sur les sociétés constitue la date pertinente à laquelle l'aide concernée a été mise à la disposition des bénéficiaires.

(139) L'Allemagne est tenue de prendre toutes mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès des bénéficiaires. Pour pouvoir déterminer le nombre des cas exigeant une récupération, l'Allemagne doit établir une liste des entreprises qui ont bénéficié de la mesure depuis le 1^{er} janvier 2008. À cet égard, la Commission note que l'Allemagne n'a plus appliqué cette mesure depuis le 30 avril 2010, le ministère fédéral des finances ayant ordonné aux autorités compétentes chargées de la perception des impôts de ne plus appliquer la clause d'assainissement jusqu'à ce que la Commission ait pris une décision définitive en la matière⁽⁵²⁾.

(140) Le montant de l'aide d'État à récupérer doit être calculé sur la base des déclarations d'impôt des entreprises concernées, c'est-à-dire des bénéficiaires de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG. Le montant de l'aide correspond à la différence entre le montant de l'impôt qui aurait dû être payé si l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'avait pas été appliqué, et celui qui a été effectivement versé en application de ce même article.

(141) Cela ne fait pas obstacle à la possibilité que l'aide puisse être considérée comme étant compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE, tel qu'interprété dans le cadre communautaire temporaire, et au titre d'un régime d'aide allemand autorisé par la Commission dès lors que le montant total de l'aide ainsi accordée ne dépasse pas un équivalent-subvention brut de 500 000 EUR et que toutes les autres conditions prévues au point 4.2.2 du cadre communautaire temporaire et dans la décision de la Commission autorisant un régime d'aide allemand sont réunies, et notamment celle fixant que l'entreprise bénéficiaire ne se trouvait pas en difficulté au 1^{er} juillet 2008. Si le montant total de l'aide accordée dépasse le plafond de 500 000 EUR, la différence doit être récupérée.

⁽⁴⁸⁾ Voir notamment l'arrêt de la Cour du 24 mars 1993 dans l'affaire C-313/90, Comité International de la Rayonne et des Fibres Synthétiques (CIRFS)/Commission, Rec. 1993, p. I-1125.

⁽⁴⁹⁾ Arrêt du Tribunal du 14 janvier 2009 dans l'affaire T-162/06, Kronoply/Commission, Rec. 2009, p. II-1, et notamment les points 65, 66, 74 et 75.

⁽⁵⁰⁾ Arrêts du Tribunal du 7 juin 2001 dans l'affaire T-187/1999, Agrana Zucker und Stärke/Commission, Rec. 2001, p. II-1587, point 74; du 14 mai 2002 dans l'affaire T-126/1999, Graphischer Maschinenbau/Commission, Rec. 2002, p. II-2427, points 41 à 43; ainsi que l'arrêt de la Cour du 15 avril 2008 dans l'affaire C-390/06, Nuova Agricast Srl/Ministero delle Attività Produttive, Rec. 2008, p. I-2577, points 68 et 69.

⁽⁵¹⁾ JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

⁽⁵²⁾ Voir la note 15 de bas de page.

(142) La Commission informe l'Allemagne que l'aide concernée ne peut être considérée comme étant compatible avec le marché intérieur, ni en vertu des règles «de minimis»⁽⁵³⁾ ni au titre d'un régime relevant du règlement général d'exemption par catégorie⁽⁵⁴⁾ ni en vertu de l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation⁽⁵⁵⁾, étant donné que tous ces textes juridiques excluent l'octroi d'aides d'État à des entreprises en difficulté⁽⁵⁶⁾. Dans le cas de tous les autres régimes d'aide autorisés, il appartient à l'Allemagne de vérifier si la décision d'autorisation du régime d'aide concerné exclut les entreprises en difficulté du champ d'application admis. Si tel n'est pas le cas, l'aide pourrait être considérée comme compatible avec le marché intérieur sur la base de ces régimes, pour autant que l'Allemagne prouve que toutes les conditions relatives au régime concerné étaient réunies à la date de l'octroi de l'aide.

8. CONCLUSIONS

(143) Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission est parvenue à la conclusion que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG (clause d'assainissement) constituait une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, qui a été illégalement mise à exécution, en violation de l'article 108, paragraphe 3, dudit traité. Le régime n'est pas compatible avec le marché intérieur.

(144) La Commission considère que l'Allemagne doit prendre toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès des bénéficiaires de la clause d'assainissement,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'aide d'État que l'Allemagne a octroyée illégalement sur le fondement de l'article 8c, paragraphe 1a, de la loi relative à l'impôt sur les sociétés (KStG) en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE n'est pas compatible avec le marché intérieur.

Article 2

Les aides individuelles octroyées dans le cadre de la réglementation précitée à l'article 1^{er} sont compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE, tel qu'il est interprété dans le cadre communautaire temporaire, à condition que le montant de l'aide ne dépasse pas 500 000 EUR, qu'au 1^{er} juillet 2008, le bénéficiaire ne fût pas une entreprise en difficulté et pour autant que toutes les

autres conditions prévues au point 4.2.2 du cadre communautaire temporaire et dans la décision d'autorisation du régime d'aide allemand soient réunies.

Article 3

Les aides individuelles octroyées dans le cadre de la réglementation précitée à l'article 1^{er} qui, à la date à laquelle elles ont été octroyées, satisfaisaient aux conditions d'un régime d'aide ayant été autorisé par la Commission sur une base juridique autre que celle constituée par le règlement général d'exemption par catégorie, les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale, ou l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation et qui n'exclut pas les entreprises en difficulté en tant que bénéficiaires potentiels, sont compatibles avec le marché intérieur jusqu'à concurrence des intensités d'aide maximales applicables à ce genre d'aide.

Article 4

1. L'Allemagne est tenue d'annuler l'aide visée à l'article 1^{er}.
2. L'Allemagne récupère auprès des bénéficiaires les aides incompatibles qui ont été octroyées dans le cadre de la réglementation visée à l'article 1^{er}.
3. La somme à récupérer inclut des intérêts à partir de la date à laquelle l'aide a été mise à la disposition des bénéficiaires jusqu'à la date de sa récupération.
4. Les intérêts sont calculés sur une base composée conformément au chapitre V du règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission⁽⁵⁷⁾.
5. L'Allemagne annule tous les paiements en suspens de l'aide visée à l'article 1^{er} à compter de la date de la notification de la présente décision.

Article 5

1. La récupération des aides qui ont été octroyées dans le cadre de la réglementation visée à l'article 1^{er} est immédiate et effective.
2. L'Allemagne veille à ce que la présente décision soit mise en œuvre dans un délai de quatre mois à compter de sa notification.

Article 6

1. Dans les deux mois suivant la notification de la présente décision, l'Allemagne communique à la Commission les informations suivantes:

- a) la liste des bénéficiaires qui ont reçu une aide en vertu de la réglementation visée à l'article 1^{er}, ainsi que le montant total reçu par chaque bénéficiaire en vertu de cette réglementation;

⁽⁵³⁾ Règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis (JO L 379 du 28.12.2006, p. 5).

⁽⁵⁴⁾ Voir la note 44 de bas de page.

⁽⁵⁵⁾ Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (JO C 323 du 30.12.2006, p. 1).

⁽⁵⁶⁾ Voir l'article 1^{er}, paragraphe 6, point c), du règlement général d'exemption par catégorie; le point 9 des lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale; ainsi que le chapitre 2.1 (dernier alinéa) de l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation.

⁽⁵⁷⁾ JO L 140 du 30.4.2004, p. 1.

- b) le montant total (créance principale 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'Allemagne 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

La République fédérale d'Allemagne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 26 janvier 2011.

Par la Commission

Joaquín ALMUNIA

Vice-président

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 8 mars 2011

concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09 (ex N 446/08) — Aide d'État en faveur des entreprises à forte intensité énergétique, loi autrichienne sur l'électricité verte

[notifiée sous le numéro C(2011) 1363]

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

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

(2011/528/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 intéressés à présenter leurs observations conformément auxdits articles ⁽¹⁾, et compte tenu de ces observations,

considérant ce qui suit:

1. PROCÉDURE

- (1) Le 27 juin 2008, l'Autriche a fait part, au moyen d'une notification préalable, de son intention de modifier la loi autrichienne sur l'électricité verte alors en vigueur (ci-après la «loi sur l'électricité verte»), que la Commission avait approuvée, dans sa version de l'époque, en 2006, en tant qu'aide compatible avec le marché intérieur ⁽²⁾. Le 4 septembre 2008, l'Autriche a notifié une nouvelle version de sa loi sur l'électricité verte, qui fait l'objet de la présente décision de la Commission.
- (2) La Commission a demandé des renseignements complémentaires par lettre du 28 octobre 2008. Après avoir reçu une lettre de rappel, l'Autriche a transmis ces informations par lettre du 22 décembre 2008. À la suite d'une réunion avec des représentants de l'Autriche, le 11 février 2009, la Commission a demandé, par lettre du 19 février 2009, un supplément d'informations, que l'Autriche lui a communiqué par lettre du 17 mars 2009. Par lettre du 8 mai 2009, la Commission a demandé un complément d'informations, que l'Autriche lui a fourni par lettres des 9 et 19 juin 2009.
- (3) Par lettre du 9 juillet 2008, la Commission a reçu de la Chambre fédérale du travail autrichienne une plainte relative à la loi sur l'électricité verte qui concernait une mesure prévue par cette loi en faveur des entreprises à forte intensité énergétique.
- (4) Le 22 juillet 2009, la Commission a adopté une décision hybride approuvant les mesures en faveur des producteurs d'électricité verte; la Commission a déclaré ces mesures compatibles avec les lignes directrices communautaires concernant les aides d'État à la protection de

l'environnement (ci-après les «lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement») ⁽³⁾, mais a décidé d'ouvrir une procédure formelle d'examen du mécanisme d'exemption accordé par la loi sur l'électricité verte aux entreprises à forte intensité énergétique ⁽⁴⁾.

- (5) Par lettre du 23 juillet 2009, la Commission a informé l'Autriche de sa décision et l'a invitée à lui communiquer toutes les informations nécessaires à l'appréciation de la mesure.
- (6) La Commission a publié sa décision au *Journal officiel de l'Union européenne* ⁽⁵⁾ et a invité l'intéressée à formuler des observations au sujet de la mesure.
- (7) Par lettre du 19 août 2009, l'Autriche a sollicité une prorogation de délai, qui lui a été accordée par la Commission par lettre du 9 septembre 2009. L'Autriche a fini par communiquer ses observations le 8 octobre 2009.
- (8) Dans l'intervalle, la Chambre fédérale du travail autrichienne a communiqué, par lettre du 7 octobre 2009, des observations au sujet de la mesure en faveur des entreprises à forte intensité énergétique. Ces observations ont été communiquées à l'Autriche, qui a elle-même été invitée à présenter ses propres observations. L'Autriche a présenté ses observations le 23 décembre 2009 et a communiqué des informations complémentaires le 23 avril 2010.
- (9) Par lettres du 21 juin 2010 et du 19 juillet 2010, la Commission a invité l'Autriche à lui communiquer des informations complémentaires, ce qu'elle a fait le 13 septembre 2010. À la demande de l'Autriche, une réunion s'est tenue le 9 juillet 2010 entre la Commission et des représentants de l'Autriche.
- (10) Par lettre du 24 novembre 2010, l'Autriche a souligné l'importance de la loi sur l'électricité verte pour l'Autriche et a demandé qu'une décision soit adoptée dans cette affaire pour le début de décembre 2010. La Commission a répondu à cette lettre le 7 décembre 2010. Une autre réunion a eu lieu avec des représentants de l'Autriche le 9 décembre 2010.

⁽¹⁾ JO C 217 du 11.9.2009, p. 12.

⁽²⁾ Décision de la Commission du 4.7.2006 dans les affaires NN162/A/2003 et N 317/A/2003 relatives à des aides d'État — Promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans le cadre de la loi autrichienne sur l'électricité verte (tarifs de rachat) (JO C 221 du 14.9.2006, p. 8).

⁽³⁾ JO C 82 du 1.4.2008, p. 1.

⁽⁴⁾ JO C 217 du 11.9.2009, p. 12, affaire C 24/2009 (ex N 446/2008), C(2009) 3538 final.

⁽⁵⁾ Voir note 1 de bas de page.

- (11) Par lettre du 30 décembre 2010, l'Autriche a réitéré les arguments qu'elle avait avancés en faveur de la mesure pendant la procédure et a demandé à la Commission d'approuver le mécanisme d'exemption accordé aux entreprises à forte intensité énergétique. La Commission a répondu à cette lettre le 25 janvier 2011.

2. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE LA MESURE

- (12) La Commission a approuvé, par sa décision du 22 juillet 2009, la version modifiée de la loi sur l'électricité verte, à la seule exception de l'article 22 *quater* de la loi sur l'électricité verte, qui contient le mécanisme d'exemption en faveur des entreprises à forte intensité énergétique. Pour cette raison, la description se limite à ce mécanisme.

2.1. Description du mécanisme d'exemption en faveur des entreprises à forte intensité énergétique

- (13) Conformément à la troisième partie de la loi sur l'électricité verte, l'Autriche accorde à une ou plusieurs entreprises une concession pour l'exécution des missions incombant au centre de règlement de l'électricité verte (Ökostromabwicklungsstelle). Le concessionnaire est notamment tenu d'acheter de l'électricité verte à des producteurs à un prix fixe et de vendre cette électricité, à un prix fixe également, à des distributeurs d'électricité. Ces derniers sont tenus d'acheter au centre de règlement de l'électricité verte un pourcentage déterminé de son offre totale, qui correspond à la part moyenne d'électricité verte dans l'approvisionnement total en électricité en Autriche.

- (14) Actuellement, l'Abwicklungsstelle für Ökostrom AG (OeMAG) est le seul centre de règlement de l'électricité verte à bénéficier d'une concession de portée nationale accordée par les autorités autrichiennes. OeMAG est une société anonyme de droit privé contrôlée par un expert-comptable désigné. Le ministère fédéral autrichien de l'économie et de l'emploi et le régulateur autrichien de l'énergie E-Control GmbH exercent un contrôle sur OeMAG. Les éléments fondamentaux de la mise en œuvre de la mesure en faveur des entreprises à forte intensité énergétique (tels que les modalités de distribution de l'électricité aux distributeurs d'électricité, le prix à payer par les distributeurs et la contribution des consommateurs finals) sont fixés à l'avance par les autorités autrichiennes par voie de loi ou d'ordonnance. Les litiges entre les entreprises concernées sont réglés par une procédure judiciaire et non administrative.

- (15) La société anonyme OeMAG est la propriété de sociétés opérant comme gestionnaires de réseau de transport, de banques et d'entreprises industrielles. Verbund-APG en détient 24,4 % des actions et VKW Netz AG, TIWAG Netz AG, CISMO GmbH, Oesterreichische Kontrollbank AG (OeKB), Investkreditbank AG et Smart Technologies chacune 12,6 %. Verbund-APG est une filiale à 100 % de Verbund AG (Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft, Verbundgesellschaft), détenue à 51 % par la République d'Autriche. VKW Netz AG appartient à

Illwerke AG, qui est elle-même la propriété à 95,5 % du land du Vorarlberg. TIWAG-Netz AG appartient à TIWAG AG, qui est elle-même la propriété exclusive du land du Tyrol; CISMO GmbH est la propriété d'Oesterreichische Kontrollbank AG ainsi que de gestionnaires de réseau de transport et de sociétés d'électricité et de gaz; Oesterreichische Kontrollbank AG (OeKB) est la propriété de banques autrichiennes, Investkredit Bank AG est principalement détenue par des banques populaires et Smart Technologies est la propriété de Siemens. Ainsi, les actionnaires sous contrôle public détiennent 49,6 % des actions d'OeMAG et les actionnaires sous contrôle privé 50,4 %. La Commission ne dispose d'aucun élément indiquant que les actionnaires sous contrôle public peuvent exercer un contrôle ou du moins un contrôle conjoint sur OeMAG.

- (16) Un mécanisme prévu par l'article 22 *quater*, paragraphe 1, de la loi sur l'électricité verte permet aux entreprises à forte intensité énergétique de demander à leurs fournisseurs d'électricité de ne pas leur livrer d'électricité verte. Pour pouvoir bénéficier de cette exemption, ces entreprises doivent prouver:

- a) qu'il existe un droit au remboursement au sens de la loi sur le remboursement des taxes sur l'énergie et
- b) que les dépenses liées à l'électricité verte s'élèvent à au moins 0,5 % de la valeur nette de production.

L'exemption est accordée sur demande par le régulateur autrichien de l'énergie Energie-Control GmbH.

- (17) En cas d'octroi de l'exemption, la loi interdit aux distributeurs d'électricité de facturer aux grands consommateurs d'électricité les coûts supplémentaires liés à l'électricité verte.

- (18) L'article 22 *quater*, paragraphe 5, de la loi sur l'électricité verte indique à cet égard que «les contrats entre les distributeurs d'électricité et les [grands] consommateurs d'électricité doivent prévoir une clause obligatoire disposant que [...] les distributeurs ne fournissent pas à ces consommateurs d'électricité verte qui leur est allouée par le centre de règlement [...] et ne leur facturent pas de coûts supplémentaires pour l'électricité verte. Toute disposition contraire est frappée de nullité»⁽⁶⁾.

- (19) Si une entreprise à forte intensité énergétique s'est vu accorder l'exemption de l'obligation d'achat, elle est tenue, en vertu de l'article 22 *quater*, paragraphe 2, de la loi sur l'électricité verte, de payer à OeMAG un montant compensatoire correspondant à 0,5 % de la valeur nette de production de l'année civile précédente.

⁽⁶⁾ Article 22 *quater*, paragraphe 5, de la loi sur l'électricité verte: «Les contrats entre les distributeurs d'électricité et les consommateurs d'électricité doivent prévoir, en cas d'existence d'une décision conformément au paragraphe 1, une clause obligatoire disposant que les distributeurs ne fournissent pas à ces consommateurs d'électricité verte qui leur est allouée par le centre de règlement, à partir du moment de la fixation du quota pour les distributeurs d'électricité [article 15, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 1, point a)], et ne leur facturent pas de coûts supplémentaires pour l'électricité verte. Toute disposition contraire est frappée de nullité.»

2.2. Résumé du contenu de la décision d'ouverture

- (20) Dans la notification, l'Autriche a indiqué que le mécanisme d'exemption devait être examiné indépendamment du régime général d'aides en faveur des producteurs d'électricité verte puisqu'il ne concerne que des «relations contractuelles de droit privé» entre des entreprises à forte intensité énergétique et des distributeurs d'électricité. L'Autriche a fait valoir que l'exemption ne constituait pas une aide d'État et que, même si c'était le cas, cette aide serait compatible par analogie au chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.
- (21) Dans sa décision d'ouverture déjà, la Commission était toutefois arrivée à la conclusion qu'en ce qui concerne la question de l'existence d'une aide, l'«exemption» du mécanisme de financement ne pouvait pas être examinée indépendamment du mécanisme de financement lui-même. La Commission estimait qu'une «exception» (exemption) était, par définition, indissociablement liée à la «règle» et que le mécanisme d'exemption faisait partie intégrante du régime général et devait donc être apprécié en conséquence au regard des aides d'État. Conformément à la législation, les distributeurs d'électricité dont les entreprises bénéficiant d'une décision d'exemption représentent une part importante de la clientèle peuvent, en outre, demander une exemption du paiement du prix de rachat, de sorte que le régime pourrait aussi engendrer des pertes directes pour OeMAG, ce qui conforte la conclusion selon laquelle il constitue une aide d'État⁽⁷⁾.
- (22) La Commission a émis des doutes quant à la compatibilité du mécanisme d'exemption avec les règles régissant les aides d'État. Pour ces motifs, elle a décidé d'ouvrir la procédure formelle d'examen à propos de ce mécanisme.
- (23) Dans l'attente d'une décision finale de la Commission, l'Autriche a accordé le bénéfice du mécanisme d'exemption⁽⁸⁾ sur la base de l'encadrement communautaire temporaire permettant d'octroyer des aides à concurrence de 5 000 000 EUR entre le 1^{er} janvier 2008 et le 31 décembre 2010⁽⁹⁾. La Commission a autorisé le régime intitulé «Mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare

begrenzte Beihilfen nach dem Vorübergehenden Gemeinschaftsrahmen («Österreichregelung Kleinbeihilfen»)(N 47 a/09)⁽¹⁰⁾. Ce régime peut être appliqué aux entreprises qui n'étaient pas en difficultés au 1^{er} juillet 2008 et vaut pour tous les secteurs économiques à l'exception de la pêche et de la production primaire de produits agricoles. Plus de 2 000 entreprises ont bénéficié de la mesure.

3. OBSERVATIONS DE L'AUTRICHE

- (24) L'Autriche maintient l'avis qu'elle avait déjà exprimé dans sa notification préalable et lors de la procédure de notification, selon lequel la mesure en faveur des entreprises à forte intensité énergétique ne constitue pas une aide d'État car elle n'applique pas de ressources d'État et n'est pas sélective.
- (25) Selon les autorités autrichiennes, même si le mécanisme d'exemption constituait une aide d'État, il pourrait être considéré comme étant compatible avec le marché intérieur par analogie au chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, à l'article 25 du règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (règlement général d'exemption par catégorie; ci-après le «règlement général d'exemption par catégorie»)⁽¹¹⁾ et à l'article 17 de la directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité⁽¹²⁾ (ci-après la «directive sur la taxation de l'énergie»).

3.1. Ressources d'État et imputabilité

- (26) En ce qui concerne les ressources d'État, l'Autriche estime que la loi sur l'électricité verte est analogue à la loi allemande de promotion des énergies renouvelables (Erneuerbare-Energien-Gesetz, ci-après «l'EEG»), qui, selon l'Autriche, ne comporte pas de mesures accordées au moyen de ressources étatiques. À cet égard, l'Autriche renvoie à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *PreussenElektra*⁽¹³⁾.
- (27) Selon l'Autriche, les mécanismes d'exemption prévus dans le cadre de la loi autrichienne sur l'électricité verte et de l'EEG présentent les points communs suivants:
- les deux régimes prévoient que les coûts supplémentaires résultant du tarif de rachat garanti sont supportés par les distributeurs d'électricité, qui sont tenus d'acheter un certain quota d'énergies renouvelables à un prix fixe;
 - les deux régimes disposent que les distributeurs d'électricité ne sont pas tenus d'acheter de l'électricité verte pour certains de leurs clients dès lors que ceux-ci sont exemptés de l'obligation d'achat y afférente;

⁽⁷⁾ Article 15, paragraphe 1, point a), de la loi sur l'électricité verte. «Si les distributeurs d'électricité prouvent au centre de règlement de l'électricité verte qu'ils approvisionnent des consommateurs finals qui ont bénéficié d'une décision conformément à l'article 22 *quater*, paragraphe 1, ce fait doit être pris en compte sans retard par le centre de règlement de l'électricité verte lors de la fixation des quotas pour les distributeurs d'électricité (paragraphe 15, paragraphe 1, troisième alinéa). En ce qui concerne les quantités d'électricité qui ne peuvent être allouées, le quota de tous les distributeurs d'électricité est augmenté pour les autres livraisons d'électricité. Dans la mesure où une adaptation des quotas ne peut pas être effectuée directement sur la base des règles du marché en vigueur, le centre de règlement de l'électricité verte est autorisé à valoriser au mieux l'excédent énergétique au sens de l'article 15, paragraphe 4, découlant de la suppression des possibilités d'allocation.»

⁽⁸⁾ Lettre de l'Autriche du 9 septembre 2010, p. 5, en réponse aux questions de la Commission du 19 juillet 2010 (p. 5).

⁽⁹⁾ Règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission (JO L 379 du 28.12.2006, p. 5).

⁽¹⁰⁾ JO C 106 du 8.5.2009, p. 8.

⁽¹¹⁾ JO L 214 du 9.8.2008, p. 3.

⁽¹²⁾ JO L 283 du 31.10.2003, p. 51.

⁽¹³⁾ Arrêt de la Cour du 13 mars 2001 dans l'affaire C-379/98, *PreussenElektra/Schleswig-Holstein*, Rec. 2001, p. I-2099.

- c) sous les deux régimes, des opérateurs de marché qui n'agissent pas pour le compte de l'État sont tenus d'acheter de l'électricité verte aux producteurs d'électricité, et sont légalement habilités à transférer les coûts supplémentaires correspondants aux distributeurs d'électricité, les obligations d'achat et les prix respectifs étant fixés par la loi;
- d) sous les deux régimes, l'autorité de régulation contrôle l'absence de surcompensation pour les entreprises tenues d'acheter de l'électricité verte aux producteurs.
- (28) La Commission a exposé, aux points 42 à 48 de sa décision d'ouverture, pourquoi et en quoi la mesure évaluée est comparable à celle sur laquelle la Cour a statué dans l'affaire *Essent* ⁽¹⁴⁾. L'Autriche attaque cette conclusion en faisant valoir les motifs suivants:
- a) OeMAG n'est pas un service mandaté par l'État pour percevoir des droits. Dans ce contexte, l'Autriche renvoie à nouveau à l'Allemagne, où, à son avis, les gestionnaires de réseaux jouent exactement le même rôle que celui exercé par OeMaG;
- b) OeMAG est une entreprise privée et n'est pas une collectivité de droit public comme celles considérées dans les arrêts relatifs aux affaires *Air France* ⁽¹⁵⁾ et *Salvat Père* ⁽¹⁶⁾. À l'appui de cet argument, l'Autriche souligne que l'État ne dispose d'aucun pouvoir dans OeMAG en ce qui concerne la désignation des membres de la gérance ou du conseil de surveillance et qu'il n'a également aucun droit de veto ou pouvoir de contrôle sur les décisions de l'entreprise. L'État n'est pas non plus habilité à assumer les tâches d'OeMAG;
- c) les litiges concernant OeMAG relèvent de la compétence des juridictions ordinaires;
- d) l'audit effectué a posteriori par la Cour des comptes autrichienne (*Rechnungshof*) constitue le seul contrôle public auquel OeMAG est assujéti;
- e) le budget de l'État ne supporte aucune perte éventuelle subie par OeMAG; le rôle des autorités publiques se limite à la fixation des prix pour l'achat et la vente d'électricité verte. Par conséquent, à l'instar de ce qui avait été invoqué dans les affaires *Sloman Neptun* ⁽¹⁷⁾ et *Pearle* ⁽¹⁸⁾, la mesure ne comporte aucune charge pour le budget de l'État.
- f) Energie-Control GmbH ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la délivrance d'une exemption au titre de l'article 22 *quater* de la loi sur l'électricité verte;
- g) le montant total que les distributeurs d'électricité doivent verser à OeMAG n'est pas concerné par le mécanisme d'exemption. Le seul changement consiste en la ventilation de ce montant entre les différentes catégories de consommateurs finals.

3.2. Sélectivité

- (29) L'Autriche allègue que l'exemption des entreprises à forte intensité énergétique ne constitue pas une aide d'État étant donné que la mesure n'est pas sélective.
- (30) Elle rappelle que les entreprises à forte intensité énergétique ne sont que partiellement exemptées de financer l'aide en faveur des producteurs d'électricité verte, qu'elles restent tenues de verser directement à OeMAG un montant compensatoire de 0,5 % de la valeur nette de leur production et qu'elles continuent par conséquent à contribuer au financement de la promotion de la production d'électricité verte.
- (31) En s'appuyant sur l'affaire *Adria-Wien Pipeline* ⁽¹⁹⁾, l'Autriche argue en outre du fait que la mesure n'est ni limitée de jure à certains secteurs économiques ni sélective de facto et que, même si une sélectivité existait à première vue, cela était en tout état de cause justifié par la logique du système.
- (32) *Sélectivité de jure* La loi autrichienne sur l'électricité verte ne prévoit aucune éligibilité limitée à certains secteurs économiques ou à des entreprises d'une certaine taille, ni d'autres critères sélectifs. L'Autriche étaye son exposé en avançant que la jurisprudence ne contient aucun élément qui permettrait d'inférer que la simple fixation à une certaine valeur nette de la production serait suffisante pour remplir le critère de «sélectivité» auquel est subordonnée l'existence d'une aide d'État. L'Autriche relève en outre que la mesure ne prévoit aucune restriction à certains secteurs économiques, ou en fonction de la taille d'une entreprise, ni d'autres critères sélectifs, en soulignant que sur la base du régime actuellement limité dans le temps, ladite mesure concerne 19 secteurs économiques différents et quelque 2 300 entreprises, et que pour cette raison, elle n'est *de jure* pas sélective.
- (33) *Sélectivité de facto* L'Autriche considère que le nombre important de secteurs économiques et d'entreprises utilisant le mécanisme d'exemption ainsi que le fait que la mesure ne prévoit aucune restriction à certains secteurs économiques ou en fonction de la taille d'une entreprise ni d'autres critères sélectifs confirment qu'il s'agit de facto d'une mesure générale. À son avis, l'affaire *Adria-Wien Pipeline*, dans laquelle la Cour a examiné le remboursement partiel d'une taxe sur l'énergie qui avait été accordé à des entreprises dont les dépenses en énergie dépassaient 0,35 % de la valeur nette de leur production, permet, elle aussi, de conforter cette thèse; la Cour ayant en effet jugé que «(...) des mesures nationales qui prévoient un remboursement partiel des taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'énergie électrique ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 92 du traité (...) [devenu article 107 du TFUE] lorsqu'elles s'appliquent à toutes les entreprises situées sur le territoire national, indépendamment de l'objet de leur activité.» ⁽²⁰⁾

⁽¹⁴⁾ Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008 dans l'affaire C-206/06, *Essent*, Rec. 2008, p. I-5497.

⁽¹⁵⁾ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne (ci-après «le Tribunal») du 12 décembre 1996 dans l'affaire T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109.

⁽¹⁶⁾ Arrêt du Tribunal du 20 septembre 2007 dans l'affaire T-136/05, Rec. 2007, p. II-4063.

⁽¹⁷⁾ Arrêt de la Cour du 17 mars 1993 dans les affaires C-72/91 et C-73/91, Rec. 1993, p. I-887.

⁽¹⁸⁾ Arrêt de la Cour du 15 juillet 2004 dans l'affaire C-345/02, Rec. 2004, p. I-7139.

⁽¹⁹⁾ Arrêt de la Cour du 8 novembre 2001 dans l'affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, Rec. 2001, p. I-8365.

⁽²⁰⁾ Arrêt de la Cour du 8 novembre 2001 dans l'affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, Rec. 2001, p. I-8365, point 36.

- (34) *Justification fondée sur la logique du système* En ce qui concerne la structure du mécanisme de refinancement et d'exemption, l'Autriche note que la différenciation opérée du point de vue du financement a été établie par analogie à d'autres régimes financés par des impôts et taxes. Or, comme cette différenciation tient compte de la viabilité des entreprises, elle correspond à la logique du système et ne constitue donc pas une aide d'État. Selon l'Autriche, la Commission était du même avis dans le cadre de deux autres décisions antérieures relatives à des aides d'État ⁽²¹⁾.
- (35) Par ailleurs, l'Autriche souligne que le mécanisme d'exemption ne porte pas préjudice aux effets bénéfiques pour l'environnement engendrés par la loi sur l'électricité verte, étant donné que le volume de l'aide en faveur de la production d'électricité verte n'a pas été réduit. À son avis, un mécanisme de financement durable de la production d'électricité verte, qui est nécessaire pour garantir la promotion des sources d'énergie renouvelable, ne peut être assuré qu'en réduisant les charges environnementales pour certaines entreprises.

3.3. Compatibilité

- (36) En ce qui concerne la compatibilité de la mesure, l'Autriche avance qu'il est possible d'établir une analogie entre le mécanisme d'exemption et le chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.
- (37) Le chapitre 4 desdites lignes directrices (points 151 à 159) contient des dispositions pour les aides d'État qui sont accordées sous la forme de réductions ou d'exonérations de taxes environnementales, en prévoyant deux sortes de contrôle. Ainsi, les aides accordées sous forme de réductions ou d'exonérations de taxes environnementales harmonisées sont jugées compatibles avec le marché intérieur pour autant que les bénéficiaires s'acquittent au moins du niveau minimum communautaire de taxation fixé par la directive sur la taxation de l'énergie ⁽²²⁾. Si la mesure prévoit des réductions et exonérations de taxes environnementales harmonisées qui dépassent ce niveau minimum de taxation, ou des réductions et exonérations de taxes non harmonisées, les États membres doivent fournir des informations détaillées sur la nécessité et la proportionnalité de la mesure concernée.
- (38) Ceci posé, l'Autriche propose une application analogue du chapitre 4 des lignes directrices qui se rapporte aux mesures sous forme de réductions et d'exonérations des taxes environnementales. Selon les arguments de l'Autriche, la mesure peut notamment être évaluée en analogie aux dispositions relatives aux taxes environnementales harmonisées. Sur cette base juridique, le mécanisme d'exemption peut être déclaré compatible avec le marché intérieur dans la mesure où les entreprises concernées continuent, comme c'est déjà le cas, à verser la taxe minimum fixée par la directive sur la taxation de l'énergie, soit 0,5 EUR par MWh. Il s'ensuit que l'exonération additionnelle du système de tarifs de rachat sous la forme d'une exemption d'une partie du montant à verser pour son financement peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur étant donné que la contribution résiduelle destinée au financement de l'aide à la production d'électricité verte reste un complément à la taxe minimum sur l'énergie.
- (39) L'Autriche considère que le mécanisme d'exemption conduit pour le moins indirectement à une plus grande protection de l'environnement, et elle ajoute dans ce contexte que le mécanisme d'exemption est nécessaire, car il permet d'imposer une augmentation générale de la contribution que les consommateurs d'électricité doivent payer pour l'électricité verte.
- (40) L'Autriche appuie cet argument sur une comparaison entre les textes du point 152 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et de l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie ⁽²³⁾. Sur la base d'une comparaison entre plusieurs versions linguistiques du règlement général d'exemption par catégorie, l'Autriche déduit que l'article 25 dudit règlement a une portée beaucoup plus large que le point 152 des lignes directrices. Ainsi, tandis que les réductions des taxes environnementales selon le point 152 des lignes directrices sont intégralement subordonnées à la condition qu'il s'agisse de taxes harmonisées, il ressortirait de l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie que les réductions de taxes environnementales peuvent être exemptées de l'obligation de notification, comme les réductions accordées pour une taxe sur l'électricité conformément à la directive sur la taxation de l'énergie, dès lors qu'elles remplissent les conditions de cette directive (directive 2003/96/CE). Selon l'Autriche, il s'ensuit que les règles de réductions fiscales fixées dans la directive 2003/96/CE sont intégrées dans le mécanisme d'exemption pour les entreprises à forte intensité énergétique. Par conséquent, la logique, les appréciations et les éléments normatifs de ladite directive ainsi que les dispositions qui y font référence, comme l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie, sont applicables au mécanisme d'exemption proposé. Tant le mécanisme d'exemption que le régime autrichien de taxation de la consommation d'électricité remplissent donc les conditions de la directive sur la taxation de l'énergie et sont par conséquent justifiés au titre de l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie et, par analogie avec cet article, compatibles avec le marché intérieur ⁽²⁴⁾.
- (41) Dans ce contexte, l'Autriche rappelle les réactions critiques émises par des États membres lors de l'élaboration du chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement. Elle fait en outre référence au document intitulé «Joint paper on the revision of the Community guidelines on State aid for environmental protection and Energy Tax Directive» du

⁽²¹⁾ JO C 41 du 24.2.2007, p. 2, N 271/06, DK, exonération fiscale pour utilisation de chaleur excédentaire; JO C 80 du 13.4.2007, p. 4, N 820/06, DE, exonération fiscale pour certains procédés à forte intensité énergétique.

⁽²²⁾ Directive 2003/96/CE.

⁽²³⁾ Règlement (CE) n° 800/2008.

⁽²⁴⁾ Remarques transmises par l'Autriche le 9 septembre 2010 en réponse à la décision d'ouverture de la Commission du 22 juillet 2009.

7 décembre 2006 ⁽²⁵⁾, qui illustre clairement que les États membres avaient besoin de flexibilité pour pouvoir procéder à des différenciations judicieuses. Les exemptions ou taux différenciés relevant également de la nature et de la logique des systèmes fiscaux en matière de taxes environnementales, les États membres avaient plaidé en faveur d'une interprétation plus large des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et du règlement général d'exemption par catégorie.

- (42) Enfin, l'Autriche invoque de manière détaillée le fait que des régimes similaires seront applicables dans d'autres États membres en soulignant que la loi sur l'électricité verte est largement comparable aux dispositions de la loi allemande de promotion des énergies renouvelables (EEG). Comme les entreprises autrichiennes à forte intensité énergétique se trouvent en concurrence avec celles situées dans d'autres États membres (comme l'Allemagne, par exemple) et dans des pays tiers, le mécanisme d'exemption constitue à son avis un instrument essentiel pour éviter qu'elles soient désavantagées au regard de la concurrence internationale.

4. OBSERVATIONS DE TIERS

- (43) À la suite de l'ouverture de la procédure formelle d'examen, la Chambre fédérale du travail autrichienne (österreichische Bundesarbeitskammer, ci-après «la Chambre»), qui compte 3,2 millions de membres, a communiqué des observations à la Commission. Ladite Chambre estime que le système de financement prévu par la loi sur l'électricité verte constitue une aide d'État. Par ailleurs, elle ne partage pas l'avis de l'Autriche en ce qui concerne la compatibilité du mécanisme d'exemption en faveur des gros consommateurs d'électricité avec la législation relative aux aides d'État. À ce sujet, elle souligne que ledit mécanisme conduit à une charge supplémentaire pour les petites et moyennes entreprises (PME) et les ménages qui, bien qu'ils ne soient pas les principaux consommateurs, sont tenus de supporter les surcoûts associés à l'électricité verte. À son avis, cette situation conduit à fausser la concurrence au préjudice des PME.
- (44) Dans ses observations, la Chambre renvoie à la décision de la Commission du 4 juillet 2006 ⁽²⁶⁾ par laquelle celle-ci a déjà considéré que le système des tarifs de rachat constituait une aide d'État. Or, comme le cadre juridique dudit système n'a pas été modifié depuis, la mesure de soutien prévue dans la version de 2008 de la loi sur l'électricité verte continue à constituer une aide d'État. La Chambre se demande par conséquent, comment l'Autriche peut à présent émettre un avis différent de celui exposé lors de la notification de la version antérieure de la loi sur l'électricité verte.
- (45) La Chambre ne partage pas l'avis de l'Autriche selon lequel l'exemption de l'obligation d'achat d'électricité verte en faveur des gros consommateurs, telle que prévue dans la loi autrichienne sur l'électricité verte, devrait être assimilée à un plafonnement des taxes sur l'énergie. À son avis, en renvoyant à une décision antérieure de la Commission relative à l'autorisation du plafonnement de la taxation de l'énergie, l'Autriche solli-

citerait à présent illicitement l'autorisation du mécanisme d'exemption pour les gros consommateurs d'énergie. La Chambre estime qu'une telle analogie n'est pas permise.

- (46) En effet, alors que le plafonnement des taxes sur l'énergie constitue une aide fiscale visant, pour le moins indirectement, à une amélioration de la protection de l'environnement, faute d'objectifs environnementaux, l'exemption de l'obligation d'achat accordée aux entreprises à forte intensité énergétique ne saurait être couverte par les lignes directrices concernant les aides d'États à la protection de l'environnement.
- (47) Étant donné que c'est en particulier l'exemption des gros consommateurs d'énergie d'une telle obligation d'achat qui est régie par la loi sur l'électricité verte, on ne saurait considérer cette disposition comme une exonération ou une réduction de taxes environnementales au sens du chapitre 4 des lignes directrices.
- (48) Même s'il était possible d'appliquer le chapitre 4 par analogie, le mécanisme d'exemption serait incompatible avec les règles correspondantes, et ce pour les raisons suivantes: une limitation du régime à une période de dix ans n'est pas prévue. L'augmentation possible des coûts de production des secteurs économiques concernés (papier, acier, par exemple) peut en outre être répercutée sur les clients étant donné que l'élasticité des prix est suffisamment grande sur le marché actuel. Par conséquent, le mécanisme d'exemption ne satisfait pas à la condition prévue au point 158, sous c), des lignes directrices concernant les aides d'États à la protection de l'environnement.
- (49) Selon la Chambre fédérale du travail autrichienne, l'exemption n'est, par ailleurs, pas proportionnée, parce que les gros consommateurs d'énergie ne sont pas tenus d'acheter de l'électricité verte, ce qui retarde toute adaptation des coûts de l'énergie de substitution aux prix du marché. De plus, comme ce sont les PME et les ménages qui doivent supporter à eux seuls les surcoûts de production d'électricité verte, bien qu'ils ne consomment que peu d'énergie, la condition prévue au point 159, sous a), des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement n'est pas non plus satisfaite.
- (50) Il n'existe de surcroît aucun accord au sens du point 159, sous c), des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement par lequel les entreprises concernées en tant que grosses consommatrices d'énergie se seraient engagées à atteindre les objectifs poursuivis par la loi sur l'électricité verte. Enfin, le mécanisme d'exemption en faveur des gros consommateurs d'énergie ne sert pas à renforcer l'efficacité énergétique ou l'utilisation de l'énergie dans le respect de l'environnement, mais il exclut au contraire précisément toute participation de leur part à la réalisation des objectifs environnementaux qui sont également poursuivis à l'échelon de l'UE.
- (51) La Chambre estime par conséquent que l'article 22 en cause de la loi sur l'électricité verte équivaut à une aide au fonctionnement sui generis qui n'est pas couverte par les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement parce qu'elle n'a aucun effet

⁽²⁵⁾ Publié par l'Allemagne, le Danemark, les Pays-Bas, la Finlande, la Suède et l'Autriche.

⁽²⁶⁾ Voir note 2 de bas de page.

positif sur l'environnement. À son avis, comme l'aide n'est ni limitée dans le temps ni dégressive et qu'avec le temps, elle conduit à fausser la concurrence, au préjudice, principalement, des PME, elle ne devrait pas être autorisée.

5. APPRÉCIATION DE LA MESURE AU REGARD DE LA LÉGISLATION SUR LES AIDES D'ÉTAT

- (52) La Commission a examiné la mesure notifiée sur la base des articles 107 et suivants du TFUE et des articles 61 et suivants de l'accord EEE⁽²⁷⁾.
- (53) En premier lieu, la Commission souligne que la loi notifiée comporte deux mesures distinctes qui, toutes deux, ont déjà été examinées au regard de la législation en matière d'aides d'État dans le cadre de la décision du 22 juillet 2009⁽²⁸⁾. La loi sur l'électricité verte prévoit, d'une part, des aides sous la forme de tarifs de rachat en faveur des producteurs d'électricité verte. D'autre part, elle contient une clause selon laquelle les entreprises à forte intensité énergétique peuvent, dans certaines conditions, être (partiellement) exemptées de l'obligation de payer le prix de rachat. Dans sa décision du 22 juillet 2009, la Commission avait autorisé les tarifs de rachat en faveur des producteurs d'électricité verte en tant qu'aide d'État compatible avec le marché intérieur, mais dans le même temps, elle avait émis des doutes quant à la compatibilité du mécanisme d'exemption avec les dispositions relatives aux aides d'État et elle avait en conséquence introduit une procédure formelle d'examen en ce qui concerne cette partie de la loi. Dans la décision précitée, la Commission avait certes autorisé l'aide en faveur des producteurs d'électricité verte comme étant compatible avec le marché intérieur, mais elle ne s'était pas prononcée définitivement sur la question de savoir si l'exemption de l'obligation d'achat accordée aux entreprises à forte intensité énergétique constituait ou non une aide d'État et si, dans l'affirmative, le mécanisme d'exemption était ou non compatible avec la législation en la matière. Ces questions étaient à l'origine de la procédure formelle d'examen qui a précédé la présente décision. Par ailleurs, comme exposé ci-après, la qualification de ressources d'État, dans la décision du 22 juillet 2009, des fonds distribués par l'intermédiaire d'OeMAG aux producteurs d'électricité verte revêt aussi une importance pour le calcul du montant des ressources apportées par l'État dans le mécanisme qui exempt les entreprises à forte intensité énergétique d'une contribution à ces ressources.

5.1. Existence d'une aide d'État

- (54) Une mesure constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, dès lors qu'elle 1) procure un avantage à son bénéficiaire, 2) est financée par l'État ou à partir de ressources d'État, 3) favorise certaines entreprises ou certains secteurs économiques

et 4) affecte les échanges entre les États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence sur le marché intérieur.

5.1.1. Avantage

- (55) Si l'avantage présumé résulte d'une exonération complète ou partielle d'une taxe régulatrice, il convient uniquement de déterminer si, dans le cadre d'un régime légal donné, une mesure étatique est de nature à favoriser certaines entreprises ou certaines productions au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée⁽²⁹⁾.
- (56) La mesure en cause en l'espèce vise à la réalisation de recettes auprès des consommateurs d'électricité dans le but de financer la production d'électricité verte. Les entreprises à forte intensité énergétique sont de facto et de jure assimilées à tous les autres consommateurs, étant donné que tous consomment de l'électricité qu'ils se procurent auprès des distributeurs d'électricité, ces derniers étant de leur côté tenus d'acheter une certaine quantité d'électricité verte à un prix ferme fixé par la loi ou par voie d'ordonnance (prix de transfert). En l'absence du mécanisme d'exemption, les entreprises à forte intensité énergétique payent aux distributeurs d'électricité les coûts supplémentaires pour l'électricité verte, ces coûts figurant sur leur facture d'électricité. Les distributeurs d'électricité répercutent en effet sur leurs clients les surcoûts qui résultent de leur obligation d'acheter de l'électricité verte au centre de règlement. De leur côté, d'autres consommateurs, qui se trouvent dans la même situation factuelle et juridique, étant donné que tous achètent de l'électricité, n'ont pas cette possibilité. Pour cette raison, le mécanisme en cause favorise les entreprises à forte intensité énergétique par rapport à tous les autres consommateurs d'électricité.
- (57) Sur la base de l'exemption accordée par E-Control GmbH, les entreprises à forte intensité énergétique ont toutefois le droit de ne pas être approvisionnées en électricité verte, et la loi interdit aux distributeurs d'électricité de facturer aux entreprises exemptées les coûts résultant de leur propre obligation d'achat d'électricité verte vis-à-vis du centre de règlement. En compensation, les entreprises à forte intensité énergétique versent à ce centre 0,5 % de la valeur nette de leur production.
- (58) Le mécanisme d'exemption entraîne ainsi à partir d'un certain montant un plafonnement de la contribution des entreprises à forte intensité énergétique aux recettes d'OeMAG. En vertu des dispositions de la loi, ces entreprises sont donc exemptées d'une taxe qu'elles auraient dû normalement verser dans des conditions de marché ordinaires. Il s'ensuit que les entreprises qui ont la possibilité de bénéficier du mécanisme d'exemption sont avantagées.

⁽²⁷⁾ L'appréciation suivante s'appuie tant sur le TFUE que sur l'accord EEE. Toutefois, pour simplifier, elle ne fait référence qu'aux dispositions du TFUE.

⁽²⁸⁾ Décision de la Commission dans l'affaire relative à l'aide d'État C 24/09 (ex-N446/08) — Loi autrichienne sur l'électricité verte — aide potentielle aux grands consommateurs d'électricité.

⁽²⁹⁾ Arrêts de la Cour du 17 juin 1999 dans l'affaire C-75/97, Belgique/Commission, Rec. 1999, p. I-3671, points 28 à 31; dans l'affaire C-143/99, Adria-Wien Pipeline e.a./Finanzlandesdirektion für Kärnten, Rec. 2001, p. I-8365, point 41.

(59) Selon les informations fournies par l'Autriche, l'allègement accordé serait susceptible d'atteindre au total 44 millions d'EUR par an⁽³⁰⁾. La mesure constitue par conséquent un avantage pour les entreprises à forte intensité énergétique.

5.1.2. Ressources d'État et imputabilité

Selon la jurisprudence constante, pour qu'un avantage puisse être qualifié d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, il doit être accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et l'utilisation de ces fonds être imputable à l'État⁽³¹⁾.

(60) À ce sujet, l'Autriche invoque deux arguments. Premièrement, les ressources soumises au contrôle d'OeMAG ne sont pas imputables à l'État. Deuxièmement, dans l'hypothèse où elles le seraient, la réduction des recettes d'OeMAG en raison du mécanisme d'exemption n'entraîne aucune perte dans les ressources d'État, étant donné qu'au niveau inférieur à OeMAG, (c'est-à-dire au niveau des grands consommateurs d'énergie et des distributeurs d'électricité), l'État ne dispose d'aucune participation.

(61) La Commission note, pour sa part, que le mécanisme d'exemption applicable aux entreprises à forte intensité énergétique réduit les recettes d'OeMAG, étant donné que les distributeurs d'électricité ne sont pas tenus d'acheter de l'électricité verte pour les entreprises qui bénéficient d'une exemption et que les paiements directs de ces dernières à OeMAG sont plus faibles que ceux qu'OeMAG aurait perçus en l'absence d'une exemption.

(62) Par conséquent, la Commission doit établir si les fonds contrôlés par le centre de règlement, OeMAG, sur la base de la loi sur l'électricité verte constituent ou non des ressources d'État. Dans l'affirmative, la mesure à évaluer conduirait en effet à des pertes en terme de recettes étatiques et serait donc financée par des fonds de l'État.

(63) Dans l'affaire *Essent*⁽³²⁾ la société SEP, une entreprise détenue par les différentes entreprises néerlandaises productrices d'électricité, avait été chargée par l'État de gérer un service économique d'intérêt général consistant à percevoir les taxes imposées aux utilisateurs du réseau d'électricité. Conformément à la législation, la SEP pouvait utiliser les recettes issues de ces taxes uniquement à des fins fixées par la loi, c'est-à-dire seulement dans le but de compenser des coûts échoués que les entreprises d'électricité avaient encourus dans le cadre du processus de libéralisation du marché de l'électricité aux Pays-Bas.

(64) Suivant l'arrêt de la Cour, les taxes perçues par la SEP constituaient des ressources d'État étant donné que les conditions suivantes étaient réunies:

a) le supplément de prix était une taxe qui était imposée aux entreprises privées par un acte de la puissance publique (points 47 à 66 de l'arrêt).

b) SEP avait été chargée par l'État du service économique d'intérêt général consistant en la gestion de la perception des taxes (point 68).

c) la SEP ne disposait d'aucune possibilité d'utiliser le produit de la taxe pour des affectations autres que celles prévues par la loi et elle était, en outre, strictement contrôlée dans sa tâche (point 69).

(65) L'arrêt *Essent* a en outre clairement montré que la mesure en cause dans le cas d'espèce n'était pas comparable à celle dans l'affaire *PreussenElektra*, étant donné que sous le régime allemand, tel qu'évalué dans l'arrêt correspondant, «...les entreprises n'étaient pas mandatées par l'État pour gérer une ressource d'État, mais étaient tenues d'une obligation d'achat au moyen de leurs ressources financières propres.»⁽³³⁾. Partant, la Commission a noté dans sa décision du 22 juillet 2009 que dans le cas d'espèce, OeMAG était un centre créé et agréé par l'État autrichien, et qui, sur la base de ses statuts, était mandaté par ce dernier pour gérer certaines ressources destinées à promouvoir l'électricité verte. La Commission en a conclu que le caractère privé d'OeMAG n'est pas suffisant pour établir que la mesure est exempte d'aide d'État. La Commission a notamment constaté que la mesure notifiée n'est pas comparable au régime en cause dans l'affaire *PreussenElektra*. En effet, tandis que le cadre de *PreussenElektra* régissait uniquement la relation commerciale entre des entreprises privées sans l'intervention d'une collectivité de droit public intermédiaire, la loi autrichienne sur l'électricité verte a mandaté le centre OeMAG pour percevoir et distribuer les fonds qui sont destinés à promouvoir la production de l'électricité verte.

(66) La Cour distingue en outre la mesure en cause dans l'arrêt *Essent* de celles des affaires *Pearle* et *PreussenElektra*. En effet, dans l'affaire *Pearle*, l'affectation des fonds collectés par une organisation professionnelle n'était pas définie par les autorités, mais par une campagne publicitaire privée et dans l'affaire *PreussenElektra*, les entreprises privées d'approvisionnement en électricité qui étaient assujetties à une obligation d'acheter de l'électricité verte à un prix fixe, utilisaient leurs ressources propres et non les recettes de taxes perçues pour le compte de l'État (points 72 à 74).

(67) La Commission est donc tenue d'examiner si, en l'espèce, OeMAG a été, comme la SEP, mandaté par l'État pour percevoir et gérer une taxe ou s'il a utilisé des ressources propres, comme dans l'affaire *PreussenElektra*⁽³⁴⁾.

(68) **Existence d'une taxe:** En premier lieu, la Commission doit établir si les fonds perçus par OeMAG correspondent à une taxe. À cet égard, elle relève que les articles 10 et 19 de la loi sur l'électricité verte obligent les distributeurs d'électricité à acheter une certaine quantité d'électricité verte à un prix, appelé prix de transfert, supérieur à celui du marché. Conformément à l'article 22 *ter* de la loi sur l'électricité verte, le niveau du prix de transfert est fixé

⁽³⁰⁾ Lettre de l'Autriche du 9 septembre 2010 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 19 juillet 2010.

⁽³¹⁾ Arrêt de la Cour du 16 mai 2002 dans l'affaire C-482/99, République française contre Commission des Communautés européennes (*Stardust Marine*), Rec. 2002, p. I-4397, point 24.

⁽³²⁾ Voir note 14 de bas de page.

⁽³³⁾ Affaire C-206/06, *Essent / Aluminium*, Rec. 2008, p. I-05497, point 74.

⁽³⁴⁾ Voir aussi, en ce sens, le point 74 de l'arrêt *Essent*.

tous les ans par le ministre fédéral autrichien de l'économie et de l'emploi, l'article 22 *ter* de la loi se limitant à indiquer des valeurs de référence. La différence entre le prix du marché de l'électricité et le prix de transfert fixé par un acte de la puissance publique constitue pour cette raison une taxe sur l'électricité. En l'espèce et à la différence de l'affaire *PreussenElektra*, ce montant n'est pas versé à d'autres opérateurs de marché qui exercent des activités commerciales ordinaires, de sorte que la Cour est partie du principe que les fonds en cause n'étaient pas des ressources d'État. Au contraire, ils sont versés en l'espèce à un organe qui est spécifiquement chargé de percevoir et de distribuer les fonds, et ce à des fins d'intérêt public exclusivement.

- (69) **Désignation d'un organisme privé pour la perception et la gestion de la taxe:** La loi sur l'électricité verte prévoit que la perception de la taxe en cause ne sera pas effectuée par l'État mais par une entité juridique disposant d'une concession en tant que centre de règlement. OeMAG est actuellement le centre de règlement qui dispose d'une telle concession pour l'ensemble du territoire autrichien. Par le biais de cette concession, OeMAG est chargé de la gestion du service économique d'intérêt général consistant à percevoir auprès de tous les distributeurs d'électricité la taxe prévue sous la forme du prix de transfert.
- (70) Les distributeurs d'électricité sont en général libres de répercuter cette taxe sur les consommateurs d'électricité, et il est permis de supposer, sous l'angle économique, qu'ils font généralement usage de ce droit. Toutefois la loi sur l'électricité verte leur interdit de le faire, lorsque les consommateurs en question sont des entreprises à forte intensité énergétique exemptées de l'obligation d'acheter de l'électricité verte au titre de l'article 22 *quater* de ladite loi.
- (71) La Commission en conclut que le centre OeMAG a été mandaté par l'État de la gestion du service économique d'intérêt général consistant à percevoir et à gérer la taxe en question.
- (72) **Utilisation de fonds destinés à un objectif fixé par la loi et contrôle des fonds:** La Commission note qu'en vertu de l'article 23 de la loi sur l'électricité, OeMAG est tenu de gérer les recettes découlant du prix de transfert défini sur un compte bancaire spécifique. En outre, les fonds versés sur ce compte ne doivent être utilisés que pour l'achat d'électricité verte et OeMAG doit à tout moment permettre au ministre fédéral de l'économie et de l'emploi ainsi qu'à la Cour des comptes autrichienne d'examiner tous les documents relatifs à ce compte. Nonobstant la structure de propriété du centre OeMAG, la Cour des comptes autrichienne doit en outre, en vertu de l'article 15 de la loi sur l'électricité verte, procéder à des contrôles a posteriori du centre.
- (73) La Commission en déduit qu'OeMAG doit utiliser les fonds perçus pour un objectif fixé par la loi et que l'État exerce un contrôle strict sur l'utilisation de ces fonds.

- (74) La Commission parvient ainsi à la conclusion qu'en accord avec les constatations effectuées dans les affaires *Essent* et *Steinike*, les fonds perçus et gérés par OeMAG sont des ressources d'État.
- (75) L'Autriche a invoqué un grand nombre d'arguments pour expliquer pourquoi la situation d'OeMAG est comparable à celle de l'affaire *PreussenElektra* et différente de celle caractérisant l'affaire *Essent*. Toutefois, comme le montrent les considérants suivants, ces arguments ne résistent pas à un examen plus précis.
- (76) À titre liminaire, la Commission remarque que l'Autriche a comparé la loi sur l'électricité verte avec la loi allemande de promotion des énergies renouvelables (EEG) dans sa version antérieure et actuelle en s'appuyant parallèlement sur l'arrêt *PreussenElektra* de la Cour du 13 mars 2001⁽³⁵⁾. Cette comparaison est toutefois dénuée de toute pertinence au regard de la question examinée en l'espèce. En effet, l'évaluation de la Commission dans la présente décision concerne uniquement la mesure proposée et non la législation allemande ou une législation comparable, étant donné que chaque affaire doit être appréciée à la lumière des circonstances qui lui sont propres. En tout état de cause, au vu des arguments présentés, il convient de constater que la législation autrichienne diverge fortement de la loi allemande qui a été évaluée dans l'affaire *PreussenElektra*. Dans l'arrêt *PreussenElektra*, après avoir établi que seuls les avantages accordés directement par l'État ou par un organisme privé, désigné ou institué par cet État, peuvent inclure des ressources d'État, la Cour a jugé que l'obligation, faite à des entreprises privées d'approvisionnement en électricité, d'acheter de l'électricité n'entraîne aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État. Le contexte notifié n'est donc pas identique à celui qui a été évalué dans l'arrêt *PreussenElektra*. Comme la Commission l'a déclaré dans sa décision du 22 juillet 2009, le régime autrichien comprend des ressources qui sont imputables à l'État. À ce sujet, la Commission a noté en particulier que le régime autrichien diffère du régime allemand dans la mesure où il prévoit un organisme intermédiaire désigné par l'État (comme OeMAG, par exemple) ainsi qu'un suivi et un contrôle par l'État de la perception et de la distribution des ressources gérées par cet organisme. En outre, la Commission a constaté que le régime autrichien pourrait également permettre des paiements directs de l'État à OeMAG.

⁽³⁵⁾ Arrêt de la Cour du 13 mars 2001 dans l'affaire C-379/98, *PreussenElektra/Schleswig*, Rec.2001, p. I-2099. Dans cet arrêt qui avait pour objet le système allemand de tarifs de rachat en vigueur en 1998, la Cour a jugé que ledit régime ne contenait aucune aide d'État. En effet, dans ce système, la loi allemande régissait directement les relations entre les producteurs d'électricité verte et les distributeurs d'électricité en obligeant les fournisseurs d'électricité privés à acheter à un prix minimum (tarif de rachat) l'électricité produite dans leur propre zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables. Les distributeurs d'électricité pouvaient ensuite librement fixer la manière dont ils factureraient aux consommateurs finals les coûts supplémentaires encourus pour cet achat. Pour assurer une participation uniforme de l'achat d'électricité verte, les entreprises d'approvisionnement en énergie devaient compenser entre elles les quantités d'électricité verte. La différence en plus ou en moins des quantités d'électricité verte qui en résultait illustrait la part des entreprises sur le marché.

- (77) En ce qui concerne l'EEG allemande, il convient de relever que ce n'est pas cette loi qui constitue l'objet de la présente notification, que la Commission n'a pas évalué ce régime jusqu'à présent et ne s'attardera donc pas sur les détails d'une prétendue analogie entre la loi sur l'électricité verte et la loi allemande actuelle de promotion des énergies renouvelables.
- (78) L'Autriche fait en outre valoir que le centre OeMAG est une entreprise privée et n'est pas une collectivité de droit public comme celles considérées dans les arrêts relatifs aux affaires *Air France* et *Salvat Père*. Les autorités autrichiennes ne peuvent en effet exercer un contrôle sur OeMAG que par le biais d'un audit postérieur des comptes et d'un retrait de la concession.
- (79) À cet égard, la Commission souligne, en renvoyant à l'affaire *Essent*, que le caractère privé ou public de l'entreprise mandatée par l'État pour percevoir et gérer des recettes issues de la taxe importe peu. Comme il ne ressort pas de l'exposé de la Cour que la SEP appartenait à une entité publique ou privée, cette question est dénuée de pertinence pour l'appréciation. Cela concorde du reste avec l'avis exprimé par l'avocat général Mengozzi au point 106 de ses conclusions dans l'affaire *Essent* et avec l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Steinike* ⁽³⁶⁾.
- (80) Le fait qu'OeMAG soit une entreprise privée contrôlée n'exclut donc pas l'existence de ressources d'État. La question décisive est au contraire de savoir si OeMAG a été désignée ou non par l'État pour percevoir et gérer une taxe.
- (81) L'Autriche avance par ailleurs que le budget de l'État ne supporte aucune perte éventuelle d'OeMAG et que le rôle des autorités publiques se limite à la fixation des prix pour l'achat et la vente d'électricité verte. Par conséquent, comme cela avait été invoqué dans les affaires *Sloman Neptun* et *Pearle*, la mesure ne comporte aucune charge pour le budget de l'État.
- (82) À ce sujet, la Commission souligne, en renvoyant à l'affaire *Essent*, que les fonds dont disposent les organismes privés qui ont été désignés par l'État pour assurer la perception et la gestion d'une taxe, constituent des ressources étatiques. Par conséquent, toute réduction du montant de la taxe dont leur sont redevables certaines entreprises précises est suffisante pour constituer une charge supplémentaire pour l'État.
- (83) En ce qui concerne l'argument de l'Autriche selon lequel la société Energie-Control GmbH ne dispose d'aucune marge discrétionnaire pour exempter les entreprises à forte intensité énergétique de l'obligation d'acheter de l'électricité verte, la Commission renvoie au point 109 des conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Essent*, où il précise que pour l'appréciation de la question de savoir si certains fonds constituent des ressources d'État, il importe peu que l'intermédiaire chargé par l'État de la perception et de la gestion de la taxe dispose ou non d'une marge d'appréciation.
- (84) Enfin en ce qui concerne le dernier argument de l'Autriche selon lequel le montant total versé par les distributeurs d'électricité à OeMAG n'est pas affecté par le mécanisme d'exemption et que seule la ventilation de ce montant entre les différentes catégories de consommateurs finals a changé, la Commission souligne que le fait que des pertes de recettes étatiques aient été compensées par une augmentation des recettes en provenance d'autres sources est également dénué de pertinence en ce qui concerne l'utilisation de ressources d'État. L'élément déterminant est au contraire le fait qu'une entreprise soit favorisée et que l'avantage reçu par cette entreprise ait conduit à des pertes de recettes de l'État. Il va de soi qu'en fin de compte, l'État doit trouver d'autres sources de recettes pour compenser les pertes ainsi encourues.
- (85) La Commission conclut qu'en l'espèce, la situation correspond à celles examinées dans les affaires *Essent* et *Steinike*, et que l'ensemble des critères qui y sont fixés pour établir l'existence de ressources d'État sont réunis en l'occurrence. Par conséquent, la mesure en cause est financée à partir de ressources étatiques.
- (86) L'utilisation des fonds contrôlés par OeMAG est régie par la loi sur l'électricité verte. Partant, l'utilisation de ces fonds peut être imputée à l'État.

Conclusion

- (87) Il ressort des considérations précédentes que le mécanisme d'exemption implique des pertes de ressources pour l'État et que l'aide est imputable à l'État.

5.1.3. Sélectivité de la mesure

- (88) La Commission se permet de rappeler qu'une mesure peut, théoriquement, apparaître neutre, en ce qui concerne tant les entreprises que les secteurs économiques, et être pourtant sélective dans la pratique.
- (89) L'Autriche argue que le mécanisme d'exemption ne constitue pas une aide d'État étant donné que loin d'être sélectif, il constitue au contraire une mesure générale dont peuvent bénéficier toutes les entreprises et tous les secteurs économiques. En premier lieu, l'Autriche fait valoir que le seuil de 0,5 % prévu dans le régime notifié ne comporte aucune restriction ni à certaines branches de production ni en fonction de la taille d'une entreprise ni d'autres critères sélectifs ⁽³⁷⁾. En second lieu, elle note que la mesure s'applique de facto à 2 300 entreprises de 19 secteurs économiques différents, ce qui montre qu'en réalité, le régime en cause est ouvert à toutes les entreprises et branches économiques.

⁽³⁶⁾ Affaire 76/78, *Steinike et Weinlig/République fédérale d'Allemagne*, Rec. 1977, p. 595, point 21. L'interdiction de l'article 92, paragraphe 1, du traité CEE englobe l'ensemble des aides accordées par les États au moyen de ressources d'État, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement par l'État ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide. Pour l'application de l'article 92, ce sont cependant essentiellement les effets de l'aide en ce qui concerne les entreprises ou producteurs bénéficiaires qu'il y a lieu de prendre en considération et non la situation des organismes distributeurs et gestionnaires de l'aide.

⁽³⁷⁾ Les données correspondantes transmises par l'Autriche reposent sur les expériences acquises dans le cadre de l'application d'une version modifiée du régime en cause en l'espèce, avec des aides dont le montant était inférieur aux plafonds de notification.

Le seuil de 0,5 %

- (90) Une mesure est sélective dès lors qu'elle favorise uniquement certaines entreprises ou certaines productions. En revanche, elle n'est pas sélective lorsqu'elle s'applique à toutes les entreprises situées sur le territoire national, indépendamment de l'objet de leur activité.
- (91) En ce qui concerne le premier argumentaire de l'Autriche, la Commission constate que le seuil de 0,5 % n'est pas suffisant pour qualifier le régime notifié de mesure générale et que ce seuil empêche au contraire certaines entreprises situées sur le territoire national de profiter de la mesure notifiée.
- (92) L'Autriche a fait valoir que la mesure notifiée était réservée aux entreprises qui, à la suite de leur contribution à la promotion de l'électricité verte assument des coûts supérieurs à 0,5 % de la valeur nette de leur production. La Commission note que ces conditions se rapprochent certes de la définition des secteurs de production grands consommateurs d'énergie donnée à l'article 17, paragraphe 1, point a), de la directive sur la taxation de l'énergie⁽³⁸⁾. Toutefois, l'Autriche invoque le fait que ce seuil de 0,5 % n'est pas suffisant pour affirmer que la mesure notifiée est sélective, ce qui, à son avis, est étayé par l'arrêt *Adria-Wien*, dans lequel la Cour a apprécié un régime de remboursement (partiel) des taxes sur l'énergie en faveur d'entreprises dont les taxes énergétiques dépassaient 0,35 % de la valeur nette de leur production. Dans cet arrêt, la Cour a en effet jugé ce qui suit: «(...) Des mesures nationales qui prévoient un remboursement partiel des taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'énergie électrique ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 92 du traité (...) [devenu article 107 du TFUE], lorsqu'elles s'appliquent à toutes les entreprises situées sur le territoire national, indépendamment de l'objet de leur activité.»⁽³⁹⁾
- (93) La Commission estime cependant que l'arrêt précité n'exclut pas l'établissement d'une sélectivité en ce qui concerne le seuil de 0,5 % applicable en l'espèce. La Commission relève par ailleurs que l'arrêt précité était une décision préjudicielle rendue à la demande d'une juridiction autrichienne, dans le cadre de laquelle le régime existant de remboursement des taxes sur l'énergie avait été examiné. La juridiction autrichienne avait posé deux questions. Par la première, elle demandait si le remboursement des taxes dans le cadre du régime existant appliqué devait être considéré comme sélectif, parce qu'il était uniquement accordé aux entreprises produisant des biens corporels tandis que par sa deuxième question (hypothétique), elle souhaitait savoir comment la Cour évaluerait un remboursement de taxes qui ne serait pas

limité aux entreprises produisant pour l'essentiel des biens corporels, mais qui s'appliquerait au contraire à toutes les entreprises indépendamment de l'objet de leur activité.

- (94) S'agissant de la première question, la Cour a jugé qu'à la suite de la limitation du remboursement des taxes sur l'énergie aux entreprises fabriquant des biens corporels, la mesure en question était devenue sélective. Quant à la deuxième question visant à savoir comment la Cour apprécierait une mesure de remboursement de taxes sur l'énergie qui serait ouverte à tous les secteurs économiques, la Cour y a répondu de manière tout à fait générale, compte tenu de son caractère hypothétique, en déclarant qu'une mesure est sélective dès lors qu'elle favorise certaines entreprises ou certaines productions, tandis qu'elle ne l'est pas lorsqu'elle est accordée indistinctement à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire national⁽⁴⁰⁾. Ensuite, la Cour a conclu que des mesures nationales ne constituent pas des aides d'État «... lorsqu'elles s'appliquent à toutes les entreprises situées sur le territoire national, indépendamment de l'objet de leur activité.»⁽⁴¹⁾ La Cour n'a toutefois pas établi qu'une mesure subordonnée à un seuil de 0,35 % serait à son avis effectivement applicable à toutes les entreprises. C'est du reste également ce que l'avocat général Jacob a relevé dans ses conclusions dans le cadre d'un arrêt ultérieur de la Cour: «... les effets du seuil des 0,35 % n'ont pas été examinés par la Cour dans l'arrêt *Adria-Wien Pipeline* [...]»⁽⁴²⁾. La Cour ne devait pas apprécier si le mécanisme d'exemption en tant que tel (c'est-à-dire sans la limitation aux entreprises qui produisent essentiellement des biens corporels) était sélectif de facto. La Cour n'a donc pas exclu une sélectivité du seuil de 0,35 % dans le cas où il aurait pour effet que la mesure ne s'applique pas effectivement à toutes les entreprises situées sur le territoire national.
- (95) La Commission estime au contraire que la Cour a indiqué un certain nombre d'éléments précis indiquant qu'un tel seuil pourrait être sélectif, même dans le cas où la mesure s'appliquerait éventuellement à toute une série de secteurs économiques différents. Dans sa réponse à la seconde question préjudicielle, la Cour a notamment jugé que ni le nombre élevé d'entreprises bénéficiaires ni la diversité et l'importance des secteurs auxquels ces entreprises appartiennent ne permettent de considérer une initiative étatique comme une mesure générale de politique économique⁽⁴³⁾. La Commission constate par ailleurs qu'un grand nombre de mesures non liées à un secteur particulier peuvent, selon la jurisprudence, être considérées comme sélectives lorsque de facto elles ne sont pas accordées à toutes les entreprises situées sur le territoire

⁽³⁸⁾ En vertu de l'article 17, paragraphe 1, point a), de la directive sur la taxation de l'énergie, «on entend par "entreprise grande consommatrice d'énergie", une entreprise, telle que définie à l'article 11, dont les achats de produits énergétiques et d'électricité atteignent au moins 3 % de la valeur de la production ou pour laquelle le montant total des taxes énergétiques nationales dues est d'au moins 0,5 % de la valeur ajoutée.»

⁽³⁹⁾ Affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e.a./Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Rec. 2001, p. I-8365, point 36.

⁽⁴⁰⁾ Affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e.a./Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Rec. 2001, p. I-8365, points 34 et 35.

⁽⁴¹⁾ Affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e.a./Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Rec. 2001, p. I-8365, point 36.

⁽⁴²⁾ Conclusions de l'avocat général Jacobs du 29 novembre 2005 dans l'affaire C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, point 72.

⁽⁴³⁾ Affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e.a./Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Rec. 2001, p. I-8365, point 48.

national⁽⁴⁴⁾. Il résulte de ce qui précède que des mesures qui s'appliquent à tous les secteurs économiques peuvent également être considérées comme des mesures sélectives lorsqu'en pratique toutes les entreprises du pays concerné ne peuvent pas en bénéficier.

- (96) Cette conception transparait également dans une décision de la Commission relative au régime autrichien de remboursement des taxes sur l'énergie⁽⁴⁵⁾. À la suite de l'arrêt précité de la Cour, l'Autriche avait étendu la mesure en cause de manière à ce que les entreprises de tous les secteurs économiques puissent revendiquer le remboursement des taxes sur l'énergie. Dans son appréciation du régime modifié, la Commission avait toutefois continué à considérer la mesure comme étant sélective, car bien que la réglementation relative au remboursement s'appliquât formellement à toutes les entreprises, seules celles qui affichaient une consommation d'énergie élevée par rapport à la valeur nette de leur production pouvaient de facto en profiter⁽⁴⁶⁾. La Commission avait ainsi conclu que le régime de remboursement des taxes était une aide d'État illégale (c'est-à-dire non notifiée) et incompatible avec le marché intérieur⁽⁴⁷⁾.
- (97) Les effets de cette décision de la Commission ont, par la suite, conduit une juridiction administrative autrichienne (Verwaltungsgerichtshof) à saisir la Cour afin qu'elle se prononce à titre préjudiciel⁽⁴⁸⁾. Comme les questions posées par le Verwaltungsgerichtshof se rapportaient aux effets produits par l'illégalité du régime de remboursement des taxes autrichien, la Cour n'a pas réexaminé la sélectivité de la mesure. Cet aspect a en revanche fait l'objet de remarques de la part de l'avocat général qui, dans ses conclusions, a constaté ce qui suit: «... ainsi que la Commission le souligne, le fait d'accorder le remboursement uniquement aux entreprises de services (en plus des entreprises de production) qui ne sont pas exclues par l'effet du seuil des 0,35 % correspondrait tout simplement à élargir le cercle des bénéficiaires de l'aide. Toutefois, cela ne priverait pas l'aide de ses effets en tant que telle dans la mesure où un critère de sélectivité subsisterait»⁽⁴⁹⁾. L'avocat général a par ailleurs souligné que «[l]e raisonnement de la Commission dans sa décision de

2004 est convaincant en ce qui concerne la nature sélective du seuil des 0,35 % prévu dans le régime modifié (...)»⁽⁵⁰⁾.

- (98) De ce qui précède, la Commission conclut que le seuil de 0,5 % prévu en l'espèce est un critère de sélection qui limite le droit de bénéficier de la mesure notifiée aux entreprises à forte intensité énergétique, tandis que les entreprises qui n'appartiennent pas à cette catégorie en sont exclues. Indépendamment du nombre de secteurs économiques qui profitent de la mesure, le seuil en lui-même conduit donc à empêcher certaines entreprises situées sur le territoire national de bénéficier du régime notifié. Le seuil transforme ainsi le régime notifié en une mesure sélective.
- (99) La Commission note en outre que seules les entreprises qui peuvent se voir accorder un remboursement de taxes au titre de la loi autrichienne relative au remboursement des taxes sur l'énergie, qui a fait l'objet de la décision de la Commission relative à l'aide d'État C33/2003, peuvent invoquer le droit de bénéficier du mécanisme d'exemption à examiner en l'espèce. Les arguments exposés par la Commission dans cette décision s'appliquent mutatis mutandis au cas d'espèce.

Concentration sur la production de biens

- (100) En ce qui concerne la seconde argumentation exposée par l'Autriche, la Commission relève que la mesure notifiée est également sélective du fait qu'en pratique, elle s'adresse en priorité à un nombre limité d'entreprises qui produisent certains biens nécessitant une grande consommation d'énergie. La Commission remarque de plus que, selon la jurisprudence de la Cour, une mesure d'aide ne doit pas être appréciée au regard de ses motifs ou de ses objectifs, mais au regard de ses effets⁽⁵¹⁾. Par conséquent, même si, formellement, une mesure profite à tous les secteurs économiques et à toutes les entreprises, elle peut néanmoins être considérée comme étant sélective dès lors qu'en pratique elle ne profite pas à toutes les entreprises situées sur le territoire national. À ce sujet, la Cour a établi que «ni le nombre élevé d'entreprises bénéficiaires ni la diversité et l'importance des secteurs auxquels ces entreprises appartiennent ne permettent de considérer [une réglementation] comme une mesure générale de politique économique»⁽⁵²⁾.
- (101) Lors de son examen, la Commission a constaté que le régime notifié se concentrait en priorité sur un très petit nombre d'entreprises ayant principalement pour objet la production de biens. Dans ce contexte, l'Autriche a présenté, le 9 septembre 2010, des données qui reposaient sur l'application actuelle du régime dans le cadre d'aides dont le montant était inférieur aux plafonds de notification. Or, selon ces données, seulement environ 2 000 des quelque 300 000 entreprises autrichiennes ont sollicité le bénéfice dudit régime (soit moins de

(44) Le Tribunal de première instance a ainsi considéré un régime d'aide appliqué au Pays basque sous la forme de crédits d'impôt pour investissements supérieurs à 2,5 milliards de ESP comme étant de facto sélectif, parce que l'avantage fiscal en question était réservé aux entreprises disposant de ressources financières importantes (affaires jointes T-92/00 et T-103/00, Diputación Foral de Alava e.a./Commission, Rec. 2002, p. II-1385, point 39; un pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour dans les affaires jointes C-186/02 P et C-188/02 P, Ramondín SA e.a./Commission, Rec. 2004, p. I-10653, points 60 et suivants. Par ailleurs, la Cour a considéré un régime d'aides appliqué en vue de l'acquisition de véhicules utilitaires comme étant en pratique sélectif, parce qu'il excluait, entre autres, les grandes entreprises de son champ d'application (affaire C-409/00, Espagne/Commission, Rec. 2003, p. I-1487, point 50).

(45) Décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004 relative à l'aide d'État n° C33/2003 concernant un régime mis à exécution en Autriche prévoyant le remboursement des taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'électricité en 2002 et en 2003, considérants 47 à 49 (JO L 190 du 22.7.2005, p. 13).

(46) Décision 2005/565/CE, considérant 46.

(47) Décision 2005/565/CE, considérants 68 à 70.

(48) Affaire C-368/04, Transalpine Ölleitung, Rec. 2006, p. I-09957.

(49) Conclusions de l'avocat général Jacobs du 29 novembre 2005 dans l'affaire C-368/04, Transalpine Ölleitung, point 73.

(50) Conclusions de l'avocat général Jacobs du 29 novembre 2005 dans l'affaire C 368/04, Transalpine Ölleitung, point 72.

(51) Affaire 173/73, Italie/Commission, Rec. 1974, p. 709, point 13.

(52) Affaire C-75/97, Belgique/Commission, Rec. 1999, p. I-3671, point 32.

1 % de toutes les entreprises autrichiennes). En outre, dans le cadre de l'application actuelle du régime, environ 66 % des ressources profitent à des entreprises travaillant dans la «production de biens»⁽⁵³⁾. Or, si l'Autriche devait relever l'intensité des aides au-delà du seuil de minimis en dessous duquel le régime est actuellement appliqué, la mesure se concentrerait vraisemblablement encore plus, d'après ce que la Commission a constaté, sur les entreprises spécialisées dans la production de biens. Cet aspect est corroboré par les données présentées par l'Autriche selon lesquelles seules douze entreprises profiteraient alors d'une aide d'une intensité plus élevée que celle accordée dans le cadre du régime actuellement applicable et que seules deux de ces entreprises opèrent dans le secteur des transports, tandis que dix d'entre elles appartiennent à celui de la production de biens⁽⁵⁴⁾.

- (102) La Commission conclut de ce qui précède que le régime notifié ne profitera pas, ou ne profitera que dans une faible mesure, à la majorité des secteurs de l'économie autrichienne, tandis qu'il favorise principalement des entreprises appartenant à l'un de ces secteurs, à savoir celui de la production de biens. Indépendamment du nombre de secteurs économiques au sein desquels des entreprises pourraient bénéficier de la mesure en cause, ladite mesure se concentre principalement sur les entreprises productrices de biens et elle donc de facto être considérée comme sélective.

Conclusion

- (103) Des constatations qui précèdent, la Commission tire la conclusion que le mécanisme d'exemption notifié est sélectif, d'une part en raison du seuil de 0,5 %, prévu qui a pour effet de réserver la mesure aux entreprises à forte intensité énergétique et, d'autre part, parce que ces entreprises opèrent en priorité dans le secteur de la production de biens.

Justification de la mesure par la nature et l'économie du système

- (104) La Commission souligne qu'une mesure ne remplit pas les conditions de sélectivité en dépit de son caractère sélectif lorsqu'elle est justifiée par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit⁽⁵⁵⁾. La Commission relève que, selon une jurisprudence constante de la Cour, c'est à l'État membre concerné qu'il appartient d'en apporter la preuve⁽⁵⁶⁾.
- (105) Selon le raisonnement de la Cour, il convient à cet égard d'établir une distinction entre, d'une part, les objectifs assignés à un régime fiscal particulier et qui lui sont extérieurs et, d'autre part, les mécanismes inhérents au

système fiscal lui-même qui sont nécessaires à la réalisation de tels objectifs. Seuls ces derniers mécanismes entrent en ligne de compte en tant que motivation en liaison avec la nature et l'économie générale du système fiscal dans lequel la mesure s'inscrit⁽⁵⁷⁾. Les objectifs extrinsèques, en revanche, doivent être pris en considération dans le cadre de l'examen de la compatibilité⁽⁵⁸⁾.

- (106) L'Autriche considère que la différenciation des montants effectuée au titre de l'article 22 *quater* de la loi sur l'électricité verte vise à tenir compte de la capacité des entreprises à s'acquitter de taxes supplémentaires. En outre, selon l'Autriche, le mécanisme d'exemption ne porte pas préjudice aux effets bénéfiques pour l'environnement prévus dans ladite loi, étant donné que les montants de l'aide à la production d'électricité verte n'ont pas été réduits. À son avis, un mécanisme de financement durable de la production d'électricité verte, qui est nécessaire pour garantir la promotion des sources d'énergie renouvelable, ne peut être assuré qu'en réduisant les charges environnementales pour certaines entreprises.

- (107) Dans ce contexte, la Commission note que l'objectif intrinsèque du régime instauré par le prix de transfert consiste en la réalisation de recettes destinées en particulier à promouvoir l'utilisation de sources d'énergies renouvelable. En revanche, le mécanisme d'exemption repose sur l'objectif de renforcer la compétitivité des entreprises à forte intensité énergétique en leur permettant de payer un prix de l'électricité plus bas et en renforçant ainsi l'acceptation du système fondé sur le prix de transfert. Ce faisant, l'Autriche poursuit un objectif extérieur à la logique et à l'économie générale du système.

- (108) Selon la jurisprudence de la Cour, la poursuite d'un tel objectif extrinsèque ne saurait servir à justifier une mesure en raison de la nature et de l'économie générale du système fiscal⁽⁵⁹⁾. Cela ne peut être analysé que dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité de l'aide⁽⁶⁰⁾.

- (109) La Commission constate que la situation examinée dans les deux décisions relatives à des aides d'État que l'Autriche a invoquées pour étayer l'argument selon lequel le mécanisme d'exemption serait justifié par la logique et l'économie générale du système était différente. La décision N 271/06 relative aux dispositions fiscales du Danemark en liaison avec la chaleur excédentaire visait à assurer la neutralité du traitement fiscal pour tous les produits énergétiques et non à améliorer la compétitivité. La décision N 860/06 concernant des exonérations de taxes sur l'énergie en Allemagne pour des produits énergétiques à double usage reposait sur le principe d'une taxation appliquée uniquement aux produits énergétiques utilisés comme carburant ou combustible.

⁽⁵³⁾ Au sein de ce secteur économique, il existe une certaine concentration sur des sous-secteurs comme la production de bois, de papier, de denrées alimentaires, de verre, de céramique, de métaux et de produits chimiques.

⁽⁵⁴⁾ Lettre de l'Autriche du 9 septembre 2010 en réponse aux questions de la Commission du 19 juillet 2010 (p. 17 et tableau 5, également p. 17).

⁽⁵⁵⁾ Affaires 173/73, Italie/Commission, Rec. 1974, p. 709, point 33; C-75/97, Belgique/Commission, Rec. 1999, p. I-3671, points 28 à 31; C-143/99, Adria-Wien Pipeline e.a./Finanzlandesdirektion für Kärnten, Rec. 2001, p. I-8365, point 41.

⁽⁵⁶⁾ Affaire C-88/03, Portugal/Commission, Rec. 2006, p. I-07115, point 81.

⁽⁵⁷⁾ Voir note 56 de bas de page.

⁽⁵⁸⁾ Affaire C-487/06 P, Commission/British Aggregates Association, Rec. 2008, p. I-10505, points 84 à 92.

⁽⁵⁹⁾ Affaire Portugal/Commission, précitée à la note de bas de page 56, point 82, qui se réfère à la «cohésion sociale» et au «développement régional» en tant qu'objectifs politiques extrinsèques.

⁽⁶⁰⁾ Voir note 58 de bas de page.

(110) Il ressort de ce qui précède que l'exemption notifiée pour les secteurs de production grands consommateurs d'énergie n'est pas justifiée par la nature ou par l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit.

Conclusion

(111) En conséquence, la Commission conclut que la mesure notifiée remplit la condition de sélectivité étant donné qu'elle est de facto sélective et qu'elle n'est justifiée ni par la nature ni par l'économie générale du système.

5.1.4. Distorsion de la concurrence et incidence sur les échanges

(112) Les bénéficiaires de la mesure qui, selon la Commission, constitue une aide au fonctionnement, sont principalement spécialisés dans des secteurs de production de biens requérant une grande consommation d'énergie, comme la métallurgie et l'industrie du papier par exemple⁽⁶¹⁾. Dans ces branches économiques, des échanges ont lieu entre les États membres et les entreprises autrichiennes sont en concurrence avec des entreprises d'autres États membres. La mesure en question est donc propre à fausser la concurrence et à porter préjudice aux échanges sur le marché intérieur.

5.1.5. Conclusion

(113) La Commission conclut que le mécanisme d'exemption constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, parce qu'il entraîne une perte de ressources d'État qui procure un avantage sélectif aux entreprises à forte intensité énergétique. Par conséquent, la mesure est susceptible d'avoir une incidence négative sur les échanges entre les États membres et de fausser la concurrence sur le marché intérieur.

5.2. Légalité de l'aide

(114) L'Autriche s'est engagée à ne pas appliquer le régime avant qu'il soit autorisé par la Commission européenne. L'Autriche a notifié la mesure avant son application, respectant ainsi l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE⁽⁶²⁾.

5.3. Examen de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur

(115) La Commission peut considérer des aides d'État compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE. Selon la jurisprudence constante de la Cour, c'est l'État membre concerné qui est tenu d'apporter la preuve que la mesure est compatible avec le marché intérieur⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Voir note 54 de bas de page.

⁽⁶²⁾ En l'absence d'une décision définitive de la Commission, l'Autriche a, jusqu'à présent, accordé les avantages découlant du mécanisme d'exemption sur la base d'aides de minimis.

⁽⁶³⁾ Arrêt de la Cour du 28 avril 1993 dans l'affaire C-364/90, Italie/Commission, Rec. p. I-2097, point 20; arrêt du Tribunal du 15 décembre 1999 dans les affaires jointes T-132/96 et T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG et Volkswagen Sachsen GmbH/Commission, Rec. p. II-3663, point 140; et arrêt de la Cour du 29 avril 2004 dans l'affaire C-372/97, Italie/Commission, Rec. p. I-3679, point 81.

(116) En ce qui concerne les aides d'État qui relèvent de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE, la Commission dispose d'une large marge d'appréciation⁽⁶⁴⁾. Dans l'exercice de ce pouvoir, elle a publié des lignes directrices et des communications qui fixent les critères selon lesquels certaines aides d'État peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur sur la base de la disposition précitée du TFUE. Conformément à la jurisprudence constante, la Commission est tenue de respecter les lignes directrices et les communications qu'elle a publiées dans le cadre du contrôle des aides dans la mesure où elles ne dérogent pas aux dispositions du TFUE et où elles sont reconnues par les États membres⁽⁶⁵⁾.

(117) Il convient par conséquent d'examiner tout d'abord si l'aide notifiée relève du champ d'application de l'une ou de plusieurs lignes directrices ou communications et si, parce qu'elle satisfait aux critères de compatibilité qui y sont fixés, elle peut être déclarée compatible avec le marché intérieur.

(118) L'Autriche fait valoir que la mesure notifiée relève du champ d'application des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement⁽⁶⁶⁾ et que ces lignes directrices doivent être appliquées en conséquence. Par ailleurs, l'Autriche estime que l'aide en cause relève du champ d'application du règlement général d'exemption par catégorie⁽⁶⁷⁾.

(119) Or, il existe des situations clairement définies dans lesquelles il est possible d'accorder des aides au fonctionnement. Des aides au fonctionnement peuvent ainsi en particulier être accordées dans certaines conditions sous la forme de réductions fiscales sur la base du chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement⁽⁶⁸⁾ ou de l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie⁽⁶⁹⁾. En outre, il est également possible, dans certaines conditions, d'examiner des mesures directement sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point c, du TFUE.

5.3.1. Les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement

(120) Le champ d'application des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement est défini comme suit⁽⁷⁰⁾:

⁽⁶⁴⁾ Arrêts de la Cour du 21 mars 1990 dans l'affaire C-142/87, Belgique/Commission, Rec. 1990, p. I-959, point 56; du 11 juillet 1996, dans l'affaire C-39/94, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e. a./La Poste e.a., Rec. 1996, p. I-3547, point 36.

⁽⁶⁵⁾ Arrêts de la Cour du 24 mars 1993 dans l'affaire C-313/90, Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques/Commission, Rec. p. I-1125, point 36; du 15 octobre 1996 dans l'affaire C-311/94, Jßssel-Vliet Combinatie BV/Minister van Economische Zaken, Rec. 1996, p. I-5023, point 43; et du 26 septembre 2002 dans l'affaire C-351/98, Espagne/Commission, Rec. 2002, p. I-8031, point 53.

⁽⁶⁶⁾ Voir note 3 de bas de page.

⁽⁶⁷⁾ Règlement (CE) n° 800/2008.

⁽⁶⁸⁾ Voir note 3 de bas de page.

⁽⁶⁹⁾ Règlement (CE) n° 800/2008

⁽⁷⁰⁾ Voir note 3 de bas de page.

- «(58) Les présentes lignes directrices sont applicables aux aides d'État en faveur de la protection de l'environnement. Elles seront appliquées dans le respect des autres politiques communautaires en matière d'aides d'État, des autres dispositions du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne ainsi que de la législation adoptée en application desdits traités.
- (59) Les présentes lignes directrices sont applicables aux aides (24) en faveur de la protection de l'environnement dans tous les secteurs régis par le traité CE. Elles s'appliquent également aux secteurs régis par des règles communautaires spécifiques en matière d'aides d'État (transformation de l'acier, construction navale, véhicules automobiles, fibres synthétiques, transports, agriculture et pêche), à moins que lesdites règles n'en disposent autrement.»
- (121) En vertu du point 70, paragraphe 1, desdites lignes directrices, on entend par protection de l'environnement toute action visant à réparer ou à prévenir une atteinte au milieu physique ou aux ressources naturelles par les propres activités du bénéficiaire, à réduire le risque d'une telle atteinte ou à entraîner une utilisation plus rationnelle des ressources naturelles, y compris les actions en faveur des économies d'énergie et des énergies renouvelables. En outre, il ressort du point 151 de ces lignes directrices que leur champ d'application couvre également les mesures qui contribuent au moins indirectement à améliorer le niveau de protection de l'environnement.
- (122) L'Autriche estime que le mécanisme d'exemption contribue indirectement à la protection de l'environnement pour deux raisons, à savoir, d'une part, parce que le mécanisme constitue une condition essentielle permettant de garantir le soutien politique à une augmentation du prix de transfert qui, de son côté est indispensable pour financer le développement de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelable et, d'autre part, parce que, conduisant à des prix plus élevés pour la consommation d'électricité, il incite à des actions plus efficaces sur le plan énergétique.
- (123) S'agissant du premier argument, la Commission note qu'il n'existe aucun lien nécessaire entre le prix de transfert et l'augmentation de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelable. En effet, en vertu de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (ci-après «la directive sur les énergies renouvelables») ⁽⁷¹⁾, l'Autriche est certes tenue d'augmenter sa production d'électricité à partir de sources renouvelables, mais elle est libre de décider la manière dont elle finance cette action. Elle pourrait, pour ce faire, également utiliser des recettes fiscales, par exemple. Le mécanisme d'exemption n'est donc pas indispensable pour augmenter la production d'électricité à partir de sources renouvelables.
- (124) S'agissant du deuxième argument, la Commission constate que le mécanisme d'exemption fonctionne comme un plafonnement. Le prix moyen de l'électricité payé par les entreprises à forte intensité énergétique diminue à chaque kWh supplémentaire consommé au-delà du seuil fixé. Ainsi, au lieu d'inciter à une utilisation plus efficace de l'énergie, le mécanisme d'exemption conduit au contraire à une diminution de cette efficacité.
- (125) La Commission en conclut par conséquent que le mécanisme d'exemption ne tombe pas dans le champ d'application des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.
- (126) Même si la mesure relevait du champ d'application de ces lignes directrices, *ce qui n'est pas le cas*, la Commission considère qu'elle ne saurait être déclarée compatible avec le marché intérieur, étant donné qu'elle ne satisfait pas aux conditions visées au chapitre 4 desdites lignes directrices.
- (127) En leur chapitre 4, les lignes directrices font une distinction, dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité des aides, entre les taxes harmonisées et celles qui ne le sont pas. Or, la taxe parafiscale sous la forme du prix de transfert ne constitue pas une taxe environnementale harmonisée à l'échelon de l'Union européenne. Dans ce contexte, la Commission souligne en outre que la directive sur les énergies renouvelables fixe des objectifs contraignants en ce qui concerne les sources d'énergie renouvelables tout en laissant aux États membre le choix de décider comment ils atteindront ces objectifs.
- (128) Le mécanisme d'exemption devrait donc être apprécié sur la base des règles en vigueur pour les taxes environnementales non harmonisées conformément au chapitre 4 des lignes directrices précitées. ⁽⁷²⁾
- (129) Selon ces dispositions, l'État membre concerné doit fournir des informations sur les différents secteurs ou catégories de bénéficiaires concernés par les exonérations/réductions ainsi que sur la situation des principaux bénéficiaires de chaque secteur en cause et la manière dont la fiscalité peut contribuer à la protection de l'environnement. Les secteurs exonérés doivent être correctement décrits avec une liste des plus grands bénéficiaires de chaque secteur (en tenant compte notamment du chiffre d'affaires, des parts de marché et de la taille de la base imposable) ⁽⁷³⁾. Sur la base de ces informations, la Commission doit ensuite examiner si les réductions ou exonérations des taxes environnementales sont nécessaires et proportionnées. S'agissant du principe de nécessité, le choix des bénéficiaires doit être fondé sur des critères objectifs et transparents; la taxe environnementale sans réduction doit conduire à une augmentation substantielle des coûts de production, qui ne peut pas être répercutée sur les clients sans provoquer d'importantes baisses des ventes ⁽⁷⁴⁾. Quant à la proportionnalité de l'aide, l'État membre concerné doit montrer

⁽⁷¹⁾ JO L 140 du 5.6.2009, p. 16.

⁽⁷²⁾ Comme déjà exposé ci-dessus, la Commission considère que le prix de rachat est clairement différent d'une taxe environnementale harmonisée.

⁽⁷³⁾ Point 156 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.

⁽⁷⁴⁾ Point 158 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.

que chaque bénéficiaire verse une partie du niveau de taxe nationale qui équivaut globalement à sa performance environnementale, que les bénéficiaires de l'aide versent au moins 20 % de la taxe nationale, à moins qu'un taux inférieur ne puisse être justifié, et que les réductions ou les exonérations sont subordonnées à la conclusion d'accords visant à atteindre des objectifs environnementaux ⁽⁷⁵⁾.

- (130) La Commission constate toutefois qu'en dépit de plusieurs demandes de sa part, l'Autriche ne lui a toujours pas transmis les informations précitées ⁽⁷⁶⁾, de sorte que la Commission n'a pas pu examiner si l'aide était nécessaire et proportionnée ou de quelle manière elle contribuait à la protection de l'environnement.

5.3.2. Analogie au chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement

- (131) Comme le mécanisme d'exemption notifié ne contribue même pas indirectement à la protection de l'environnement, la Commission a par ailleurs examiné si ce mécanisme pouvait être autorisé par analogie au chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.

- (132) Selon l'Autriche, ledit mécanisme pourrait être analysé par analogie aux dispositions relatives aux réductions de taxes sur l'énergie harmonisées visées aux points 152 et 153 des lignes directrices. À cet égard, la Commission rappelle que le chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement prévoit pour les réductions de taxes environnementales deux types d'examen qui peuvent conduire à des conclusions différentes. Le chapitre 4 contient, premièrement, des dispositions qui s'appliquent aux réductions de taxes harmonisées dans le cadre de la directive sur la taxation de l'énergie; ces réductions peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur sans autre examen, dès lors que le niveau minimum communautaire de taxation fixé par la directive est respecté. En second lieu, le chapitre 4 comprend des règles précises en ce qui concerne l'examen des réductions de taxes environnementales non harmonisées et les réductions de taxes harmonisées sur l'énergie dès lors que le niveau de la taxation est inférieur au minimum fixé par la directive. Selon ces règles, l'État membre concerné doit entre autres fournir des informations détaillées sur la nécessité et la proportionnalité de la mesure en cause. À cet égard, l'Autriche précise que la Commission peut autoriser le mécanisme d'exemption pour des taxes parafiscales au motif que les entreprises bénéficiaires s'acquittent au moins du montant minimum de la taxe autrichienne sur l'énergie.

- (133) La Commission constate qu'il n'existe, dans sa pratique décisionnelle et/ou dans la jurisprudence des juridictions européennes, aucun précédent dans lequel les règles d'examen qui sont prévues pour les taxes sur l'énergie

harmonisées au chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement ont été appliquées par analogie à des taxes parafiscales.

- (134) Selon la jurisprudence constante de la Cour, une norme du droit de l'Union peut être appliquée par analogie lorsque les deux conditions suivantes sont remplies: le régime applicable à la situation concernée doit, d'une part, être étroitement comparable à celui dont une application par analogie est sollicitée. D'autre part, le régime applicable à la situation doit comporter une omission incompatible avec un principe général du droit de l'Union que l'application par analogie permet de réparer ⁽⁷⁷⁾. Au vu de ces conditions, la Commission constate que des applications par analogie n'ont lieu qu'exceptionnellement dans le droit de l'UE.

Comparabilité étroite des régimes

- (135) Le régime applicable à la situation en cause doit, d'une part, être étroitement comparable à celui dont une application par analogie est sollicitée. Comme le chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement prévoit des exonérations et réductions de taxes environnementales, les règles qui concernent les taxes notifiées dans le cadre de la loi sur l'électricité verte doivent être étroitement comparables à celles applicables aux taxes environnementales.

Or, la Commission constate qu'au niveau du droit de l'UE, la situation juridique actuelle en ce qui concerne les taxes environnementales n'est pas comparable à celle qui est actuellement applicable aux taxes parafiscales. En effet, tandis que le droit de l'UE ne prévoit aucune disposition spécifique pour les taxes parafiscales, il en prévoit pour la perception des taxes environnementales. Il s'agit en particulier de montants minimums de taxation fixés dans la directive sur la taxation de l'énergie ainsi que d'exonérations de ces montants minima accordées dans les conditions prévues au chapitre 4 des lignes directrices précitées et à l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie. S'agissant des taxes parafiscales, la Commission relève qu'il n'existe ni règles quant à des exonérations ou réductions ni dispositions relatives à des pourcentages minima.

- (136) Par conséquent, la Commission en déduit que les taxes parafiscales applicables dans le cadre du régime autrichien ne sont subordonnées à aucune règle qui correspondrait à celles applicables aux taxes environnementales selon le droit de l'UE.

Omission (lacune) incompatible avec le droit de l'UE

- (137) En second lieu, le régime applicable à la situation doit comporter une omission incompatible avec un principe général du droit de l'Union que l'application par analogie permet de réparer.

⁽⁷⁵⁾ Point 159 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.

⁽⁷⁶⁾ L'Autriche n'a pas répondu aux questions correspondantes que la Commission lui a posées en date du 21 juin et du 19 juillet 2010.

⁽⁷⁷⁾ Affaires 165/84, Krohn/Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, Rec. 1985, p. 3997, point 14; et 6/78, Union française de Céréales/Hauptzollamt Hamburg-Jonas, Rec. 1978, p. 1675.

(138) Étant donné que les mesures qui ne relèvent pas du champ d'application des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement peuvent néanmoins faire l'objet d'un examen selon l'article 107, paragraphe 3, point c, du TFUE, la Commission ne pouvait constater que les lignes directrices présentaient une «lacune» de nature à justifier une appréciation de la mesure notifiée en appliquant un examen analogue. Cette conclusion vaut pour les deux scénarios, à savoir pour les analogies aux taxes harmonisées et à celles qui ne le sont pas.

(139) En outre, l'application d'une analogie avec les dispositions en vigueur selon le droit de l'UE pour les réductions des taxes énergétiques ne pourrait remédier à l'absence de règles en matière d'exonérations des taxes parafiscales. Or, à cet égard, la Commission considère qu'une application par analogie des règles concernant les réductions des taxes sur l'énergie harmonisées à des taxes parafiscales non harmonisées signifierait aussi que les entreprises pourraient respecter le niveau minimum fixé par la directive sur la taxation de l'énergie en s'acquittant de telles taxes parafiscales. Une telle approche est par conséquent contraire au sens de cette directive. La Commission considère que c'est uniquement aux fins de l'application dans le cadre du régime harmonisé de taxation sur l'énergie que les niveaux minima ont été fixés dans la directive sur la taxation de l'énergie. Leur utilisation en tant que critères de référence en dehors du cadre harmonisé entraînerait une application qui n'a pas été prévue. Les taux minima n'ont manifestement pas été fixés pour définir la charge totale que les entreprises à forte intensité énergétique doivent supporter à la suite de mesures réglementaires dans le domaine de la protection de l'environnement, telles que celles qui découlent en particulier de mécanismes de financement pour les tarifs de rachat. Une telle conception négligerait en outre le fait que la politique en matière d'aides d'État accepte certes une méthodologie indulgente en ce qui concerne les exonérations fiscales au-delà d'un niveau de taxation minimum harmonisé au motif que l'égalité de traitement est au moins garanti dans une certaine mesure par le respect des taux minima en vigueur tous les États membres, mais un tel argument ne s'applique pas aux charges découlant de systèmes de tarif de rachat non harmonisés qui peuvent entraîner des distorsions de la concurrence en raison de différences par rapport aux montants standard.

(140) Il résulte de ce qui précède que l'absence de règles régissant la réduction des taxes parafiscales ne constitue pas une omission incompatible avec un principe général du droit de l'UE susceptible d'être réparée en appliquant par analogie les règles régissant les réductions des taxes harmonisées sur l'énergie.

(141) Même si une application par analogie était possible, le mécanisme d'exemption ne pourrait en aucun cas être considéré comme compatible, pour les raisons indiquées aux considérants 129 à 133.

Conclusion

(142) La Commission conclut de ce qui précède qu'elle ne peut pas établir d'analogie entre le mécanisme d'exemption notifié et les règles relatives à l'examen des réductions

des taxes environnementales harmonisées selon le chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, et que, partant, elle ne peut pas autoriser ledit mécanisme sur la base d'une telle analogie.

5.3.3. Analogie avec l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie

(143) La Commission a par ailleurs examiné si elle pouvait autoriser le mécanisme d'exemption par analogie à l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie.

(144) Selon l'Autriche, la différence entre le texte du chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et le libellé de l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie laisse une certaine marge pour une autorisation de la mesure par analogie avec cet article. L'Autriche fait valoir que les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement indiquent en leur point 152 que:

«[p]our être approuvées au titre de l'article 87 du traité CE, les réductions ou exonérations de taxes harmonisées, en particulier les taxes harmonisées en vertu de la directive 2003/96/CE, doivent être compatibles avec la législation communautaire pertinente applicable et se conformer aux limites et conditions qui y sont établies.»

(145) L'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie dispose en revanche ce qui suit:

«Les régimes d'aides en faveur de l'environnement sous forme de réductions de taxes environnementales qui remplissent les conditions énoncées par la directive 2003/96/CE sont compatibles avec le marché commun au sens de l'article 87, paragraphe 3, du traité et sont exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité, pour autant qu'ils remplissent les conditions énoncées aux paragraphes 2 et 3 du présent article.»⁽⁷⁸⁾

(146) Du libellé précité, l'Autriche a déduit que l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie était vraisemblablement plus extensif que le point 152 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement. L'Autriche a fait valoir que le point 152 de ces lignes directrices ne s'appliquait vraisemblablement qu'aux taxes harmonisées par la directive sur la taxation de l'énergie, tandis que l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie exige uniquement que le mécanisme d'exemption respecte le

⁽⁷⁸⁾ En vertu de l'article 25, paragraphe 2, du règlement général d'exemption par catégorie, les bénéficiaires de la réduction fiscale paient au moins le niveau minimum communautaire de taxation prévu par la directive 2003/96/CE (directive sur la taxation de l'énergie). Au titre de l'article 25, paragraphe 3, dudit règlement, les réductions fiscales sont accordées pour des périodes maximales de dix ans. Au terme de cette période de 10 ans, les États membres réévaluent l'opportunité des mesures d'aide concernées.

niveau minimum de taxation fixé dans la directive sur la taxation de l'énergie, même s'il s'agit de taxes sur l'énergie non harmonisées. Selon l'Autriche, l'article 25 du règlement précité pourrait donc être appliqué à la réduction de taxes environnementales non harmonisées susceptibles d'être considérées comme compatibles avec le marché intérieur dans la mesure où le système fiscal général respecte le niveau minimum de la taxation sur l'énergie. L'Autriche a certes admis que les montants versés dans le cadre de la loi sur l'électricité verte ne sont pas des impôts⁽⁷⁹⁾, mais elle a fait valoir, par ailleurs, que le mécanisme d'exemption notifié pourrait être examiné et autorisé par analogie à la disposition sur les taxes environnementales prévue par l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie.

(147) La Commission considère toutefois qu'il n'existe aucune marge de manœuvre pour une analogie avec l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie. D'une part en effet, le régime applicable à la situation en cause n'est pas étroitement comparable à celui dont l'application par analogie est sollicitée. Il ressort clairement du libellé de l'article 25 dudit règlement que cette disposition ne s'applique qu'aux taxes environnementales régies par la directive sur la taxation de l'énergie. En ce sens, la qualification de taxe sur l'énergie constitue par conséquent une «condition» pour l'application de l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie. Cette interprétation est corroborée par la logique du système de ce règlement, dont il ressort que son champ d'application ne peut pas dépasser les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement auxquelles il se réfère. L'article 25 dudit règlement ne s'applique donc sans équivoque qu'aux taxes sur l'énergie régies par la directive sur la taxation de l'énergie. Or, comme déjà exposé, les contributions fournies dans le cadre de la loi sur l'électricité verte ne sont pas des taxes environnementales, de sorte qu'elles ne relèvent pas du champ d'application des dispositions de la directive sur la taxation de l'énergie. Il s'ensuit que les règles relatives aux taxes sur l'énergie et les règles relatives aux tarifs de rachat autrichiens ne sont pas étroitement comparables. En second lieu, le régime applicable à la situation en l'espèce ne comporte aucune omission incompatible avec un principe général du droit de l'Union que l'application par analogie permettrait de réparer. Les réductions de taxes ou des mesures similaires qui ne sont pas couvertes par le règlement général d'exemption par catégorie ne sont pas en soi incompatibles avec le droit de l'Union, mais requièrent seulement que l'obligation générale de notification au titre de l'article 108 du TFUE soit respectée. Elles peuvent alors être examinées sur la base des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement ou, si celles-ci ne sont pas applicables, directement sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE et être alors déclarées compatibles ou non avec le marché intérieur. Par conséquent, les règles applicables à l'examen du régime d'aide autrichien ne contiennent aucune lacune incompatible avec le droit de l'UE.

(148) La Commission conclut de ce qui précède qu'il lui est impossible d'établir une analogie entre les contributions

prévues dans le cadre de la loi sur l'électricité verte et les taxes sur l'énergie harmonisées visées à l'article 25 du règlement général d'exemption par catégorie et qu'elle ne peut donc pas autoriser le mécanisme d'exemption sur le fondement d'une telle analogie.

5.3.4. *Compatibilité au titre de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE*

(149) La Commission relève que l'Autriche n'a pas fait valoir que le mécanisme d'exemption pouvait être directement déclaré compatible au titre de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE. Or, comme c'est à l'État membre qu'il appartient de fournir les raisons sur la base desquelles la compatibilité d'une aide peut être établie⁽⁸⁰⁾, en apportant la preuve que les conditions pertinentes sont satisfaites, l'Autriche ne peut, pour cette simple raison, invoquer cet article pour justifier la compatibilité.

(150) La Commission a néanmoins examiné si le mécanisme d'exemption pouvait être considéré comme étant compatible sur cette base juridique.

(151) En vertu de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE, «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» peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur. Selon la jurisprudence de la Cour, la Commission peut déclarer une aide compatible avec le marché intérieur lorsque cette aide contribue à la réalisation d'un objectif d'intérêt général⁽⁸¹⁾, est nécessaire pour atteindre cet objectif⁽⁸²⁾ et n'altère pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

(152) En conséquence, la pratique constante de la Commission consiste à considérer⁽⁸³⁾ que certaines mesures peuvent être déclarées directement compatibles au titre de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE, lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées et que les effets positifs sur l'objectif d'intérêt commun l'emportent sur les effets négatifs sur la concurrence et les échanges. À cet égard, la Commission juge approprié d'analyser les questions suivantes:

1) L'aide vise-t-elle un objectif bien défini et d'intérêt commun ?

⁽⁸⁰⁾ Voir note 63 de bas de page.

⁽⁸¹⁾ Arrêt du Tribunal du 14 janvier 2009 dans l'affaire T-162/06, Kronoply/Commission, Rec. p. II-1, voir notamment les points 65, 66, 74 et 75.

⁽⁸²⁾ Arrêts du Tribunal du 7 juin 2001 dans l'affaire T-187/99, Agrana Zucker et Stärke/Commission, Rec. p. II-1587, point 74; du 14 mai 2002 dans l'affaire T-126/99, Graphischer Maschinenbau GmbH/Commission, Rec. p. II-2427, points 41 à 43; et du 15 avril 2008 dans l'affaire C-390/06, Nuova Agricast, Rec. p. I-2577, points 68 et 69.

⁽⁸³⁾ Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, point 1.3 (JO C 323 du 30.12.2006, p. 1); lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, point 1.3 (JO C 82 du 1.4.2008, p. 1).

⁽⁷⁹⁾ Lettre de l'Autriche du 9 septembre 2010 en réponse aux questions de la Commission du 19 juillet 2010, p. 19.

- 2) L'aide est-elle bien conçue pour poursuivre l'objectif d'intérêt commun? Et en particulier:
- a) l'aide constitue-t-elle un instrument approprié et nécessaire, ou existe-t-il d'autres instruments mieux appropriés?
 - b) existe-t-il un effet d'incitation, c'est-à-dire modifie-t-elle le comportement des entreprises?
 - c) l'aide est-elle proportionnée, à savoir le même changement de comportement pourrait-il être obtenu avec une aide moindre?
- 3) Les distorsions de la concurrence et l'effet sur les échanges sont-ils limités de sorte que le bilan global soit positif?

Objectif d'intérêt commun

- (153) Selon les informations fournies par l'Autriche, la mesure en cause sert en premier lieu à la protection de l'environnement. Pourtant, comme exposé aux considérants 126 à 129, le mécanisme d'exemption ne contribue en aucune façon à une telle protection.
- (154) En outre, l'effet positif sur l'environnement du régime est obtenu par une augmentation générale des tarifs de rachat, ce qui, selon l'Autriche, serait impossible sans l'exemption notifiée qui permet d'assurer la compétitivité des entreprises à forte intensité énergétique. Les autorités autrichiennes admettent de plus dans leur exposé que le mécanisme d'exemption vise à renforcer cette compétitivité des entreprises autrichiennes par rapport à leurs concurrents dans les autres États membres. Or, dans sa pratique décisionnelle, la Commission n'a jamais admis que de telles aides puissent contribuer à la poursuite d'un intérêt commun.
- (155) La seule exception possible dans ce contexte est celle exposée au chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement. Toutefois, même lorsque la Commission accepte une diminution d'une taxe environnementale, elle exige néanmoins l'acquittement d'un montant minimum. La contribution totale que l'entreprise bénéficiaire de la réduction de la taxe apportent dans les recettes fiscales augmente ainsi à chaque unité de pollution engendrée. Or, il en va tout autrement en l'espèce. La contribution est en effet plafonnée à partir d'un pourcentage de 0,5 % de la valeur nette de production. En outre, les unités de pollution engendrées ne sont assujetties à aucune taxe parafiscale. Cela signifie que la contribution par unité de pollution engendrée diminue avec chaque unité additionnelle. Au lieu de ménager les ressources, le régime incite ainsi à en consommer davantage.
- (156) La Commission considère par conséquent que l'aide en cause ne contribue pas à la poursuite d'un intérêt commun.

Adéquation de l'aide en tant qu'instrument politique

- (157) La Commission fait remarquer que, selon la jurisprudence de la Cour «(...) les aides au fonctionnement, à

savoir les aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle-même aurait dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales, ne peuvent être déclarées compatibles avec le marché commun, en application de l'article 92, paragraphe 3, sous c), du traité [devenu l'article 107, paragraphe 3, du TFUE] (...)». ⁽⁸⁴⁾ À ce sujet, la Cour établit en outre que «selon la jurisprudence, ces aides, en principe, faussent les conditions de concurrence dans les secteurs où elles sont octroyées sans pour autant être capables, par leur nature même, d'atteindre un des buts fixés par les dispositions dérogatoires (mentionnées)» ⁽⁸⁵⁾. En ce qui concerne le cas d'espèce, la Commission estime que le mécanisme d'exemption est une aide au fonctionnement étant donné qu'elle exonère les entreprises bénéficiaires d'une partie des coûts d'approvisionnement en électricité qu'elles auraient dû normalement supporter dans le cadre de leurs activités courantes.

- (158) La Commission juge par conséquent que les aides au fonctionnement ne peuvent en aucun cas servir d'instrument politique approprié pour atteindre l'objectif poursuivi, même dans l'hypothèse ou la compétitivité constituerait un objectif d'intérêt commun.
- (159) En ce qui concerne les taxes environnementales, la Commission a certes accepté une exception limitée à ce principe, mais ce faisant, elle avait un objectif précis à l'esprit. Les réductions et exonérations des taxes environnementales en faveur de certains secteurs économiques ou catégories d'entreprises sont admissibles en vertu du chapitre 4 des lignes directrices, lorsqu'elles permettent d'adopter des taxes plus élevées pour d'autres entreprises, ce qui permet d'améliorer, de manière générale, l'internalisation des coûts et la protection de l'environnement. C'est pourquoi la Commission a considéré que ce type d'aide pouvait s'avérer nécessaire pour s'attaquer indirectement aux externalités négatives en facilitant l'introduction ou le maintien d'une fiscalité environnementale nationale plus élevée.
- (160) La Commission fait cependant remarquer que les contributions en faveur de l'électricité verte dont les entreprises bénéficiaires doivent être exemptées dans le cadre du régime notifié, ne constituent pas des taxes environnementales au sens des points 70, paragraphe 14, et 151 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement. Les taxes sont des contributions qui correspondent à des sommes versées au budget général de l'État. Les contributions dont les entreprises bénéficiaires doivent être exonérées dans le cadre du régime notifié ne sont toutefois pas versées au budget général de l'État, mais servent au contraire uniquement à financer le soutien qu'OeMAG apporte aux producteurs d'électricité par le biais des tarifs de rachat. Par conséquent, ces contributions ne sont pas des taxes environnementales.

⁽⁸⁴⁾ Affaire T-459/93, Siemens SA/Commission, Rec. 1995, p. II-1675, point 48.

⁽⁸⁵⁾ Affaire T-459/93, Siemens SA/Commission, Rec. 1995, p. II-1675, point 48. Voir aussi l'arrêt du Tribunal du 8 juillet 2010 dans l'affaire T-396/08, Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt/Commission, points 46 à 48; et l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-156/98, Allemagne/Commission, Rec. p. I-6857, point 30, ainsi que la jurisprudence citée.

- (161) La Commission estime que la possibilité de déroger à la règle générale contenue dans les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement quant à l'incompatibilité des aides au fonctionnement doit être interprétée de manière restrictive. Par conséquent, en tant que disposition dérogatoire, le chapitre 4 de ces lignes directrices devrait être limité aux taxes environnementales.
- (162) En outre, comme déjà exposé, la Commission relève que l'application du chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement aux taxes parafiscales irait à l'encontre des objectifs poursuivis par les règles contenues dans ce chapitre et par la directive sur la taxation de l'énergie en ce qui concerne les taxes harmonisées sur l'énergie. Par ailleurs, une telle approche serait également susceptible de conduire à une application générale de ces dispositions aux taxes parafiscales dans le cadre de la protection de l'environnement (comme celles appliquées aux déchets, par exemple). Or, une application aussi large dépasse le champ d'application et les objectifs visés par le chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement.
- (163) Par conséquent, la Commission estime que les aides au fonctionnement qui sont accordées sous la forme de réductions de taxes parafiscales ne constituent pas un instrument approprié pour améliorer la protection de l'environnement. La Commission souligne au demeurant que jusqu'à présent, elle n'a jamais appliqué les conditions visées au chapitre 4 des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement à d'autres types de charges et à des taxes parafiscales.
- (164) En outre, la Commission remarque que même lorsqu'une taxe environnementale est n'appliquée qu'à un taux réduit, son montant est directement proportionnel au volume de la pollution provoquée par l'entreprise concernée. Ainsi, même lorsque le taux de taxation est réduit, la taxe environnementale continue à inciter les entreprises à ménager les ressources, alors qu'en l'espèce, le montant de la taxe est plafonné à partir d'un certain niveau au-delà duquel les unités de pollution ne sont plus taxées. Le mécanisme d'exemption retire ainsi à la taxe parafiscale son effet incitatif à des actions plus efficaces sur le plan énergétique.
- Nécessité, effet incitatif et adéquation de l'aide
- (165) Dans l'hypothèse où des aides au fonctionnement sous la forme de réductions de taxes parafiscales seraient reconues comme des instruments politiques appropriés, la Commission relève de plus que pour examiner la nécessité et l'adéquation de telles aides, il faudrait effectuer une analyse qui serait comparable à l'examen des réductions relatives aux taxes environnementales non harmonisées selon le chapitre 4 des lignes directrices⁽⁸⁶⁾, parce que cet examen reflète les principes généraux de l'analyse économique exhaustive qui est applicable en vertu de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE.
- (166) Selon ces dispositions, l'État membre concerné doit fournir des informations sur les différents secteurs ou catégories de bénéficiaires concernés par les exonérations/réductions ainsi que sur la situation des principaux bénéficiaires de chaque secteur en cause et la manière dont la fiscalité peut contribuer à la protection de l'environnement. Les secteurs exonérés doivent être correctement décrits avec une liste des plus grands bénéficiaires de chaque secteur (en tenant compte notamment du chiffre d'affaires, des parts de marché et de la taille de la base imposable)⁽⁸⁷⁾. Sur la base de ces informations, la Commission doit ensuite examiner si les réductions ou exonérations des taxes environnementales sont nécessaires et proportionnées. S'agissant du principe de nécessité, le choix des bénéficiaires doit être fondé sur des critères objectifs et transparents; la taxe environnementale sans réduction doit conduire à une augmentation substantielle des coûts de production, qui ne peut pas être répercutée sur les clients sans provoquer d'importantes baisses des ventes⁽⁸⁸⁾. Quant à la proportionnalité de l'aide, l'État membre concerné doit montrer que chaque bénéficiaire verse une partie du niveau de taxe nationale qui équivaut globalement à sa performance environnementale, que les bénéficiaires de l'aide versent au moins 20 % de la taxe nationale, à moins qu'un taux inférieur ne puisse être justifié et que les réductions ou les exonérations sont subordonnées à la conclusion d'accords visant à atteindre des objectifs environnementaux⁽⁸⁹⁾.
- (167) La Commission constate toutefois qu'en dépit de plusieurs demandes de sa part, l'Autriche ne lui a toujours pas transmis les informations précitées⁽⁹⁰⁾, de sorte que la Commission n'a pas pu examiner si l'aide était nécessaire et proportionnée ou de quelle manière elle contribuerait à la protection de l'environnement.
- (168) Enfin, l'Autriche n'a pas non plus réussi à prouver que le mécanisme d'exemption avait un effet incitatif.
- Distorsion de la concurrence et incidence sur les échanges
- (169) La Commission souligne que, selon la jurisprudence de la Cour, les aides au fonctionnement de cette nature risquent de fausser la concurrence et d'altérer les conditions de concurrence⁽⁹¹⁾. En outre, en l'espèce, l'effet de distorsion de la concurrence est amplifié étant donné que les entreprises qui peuvent profiter du mécanisme d'exemption reçoivent déjà des aides au fonctionnement sous la forme de réductions des taxes sur l'énergie. L'octroi d'une deuxième aide au fonctionnement qui, de surcroît n'est pas limitée dans le temps, conduirait à des distorsions de la concurrence et altérerait les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun

⁽⁸⁶⁾ Comme déjà exposé ci-dessus, la Commission considère que le tarif de rachat est clairement différent d'une taxe environnementale harmonisée.

⁽⁸⁷⁾ Voir note 73 de bas de page.

⁽⁸⁸⁾ Voir note 74 de bas de page.

⁽⁸⁹⁾ Voir note 75 de bas de page.

⁽⁹⁰⁾ L'Autriche n'a pas répondu aux questions correspondantes que la Commission lui a posées en date du 21 juin et du 19 juillet 2010.

⁽⁹¹⁾ Affaire T-459/93, Siemens SA/Commission, Rec. 1995, p. II-1675, point 48.

Conclusion

- (170) La Commission conclut par conséquent que le mécanisme d'exemption ne peut pas être considéré comme étant compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE.

5.4. Conclusion

- (171) Au vu de ce qui précède, la Commission a examiné tant l'aide en faveur des producteurs d'électricité verte que le mécanisme d'exemption des entreprises à forte intensité énergétique. En ce qui concerne l'aide en faveur des producteurs d'électricité verte, la Commission constate qu'elle avait, dans sa décision du 22 juillet 2009, qualifié cette mesure d'aide d'État compatible avec le marché intérieur. S'agissant du mécanisme d'exemption, qui faisait l'objet de la procédure formelle d'examen, la Commission considère que cette mesure est, elle aussi, une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. La Commission estime toutefois qu'aucune des dérogations au principe général d'interdiction des aides d'État prévues dans le TFUE n'entre en considération pour le mécanisme d'exemption, qui constitue purement et simplement une aide au fonctionnement.

Compte tenu de tous les faits portés à sa connaissance, la Commission en conclut que l'aide d'État que l'Autriche envisage d'octroyer aux entreprises à forte intensité énergétique doit être qualifiée d'aide incompatible avec le marché intérieur,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'aide d'État sous la forme d'une exemption partielle de l'obligation d'acheter de l'électricité verte, que l'Autriche envisage d'accorder aux entreprises à forte intensité énergétique, est incompatible avec le marché intérieur.

Par conséquent, cette aide ne peut pas être accordée.

Article 2

Dans les deux mois suivant la notification de la présente décision, l'Autriche communique à la Commission une description détaillée des mesures déjà prises pour se conformer à la présente décision.

Article 3

Le République d'Autriche est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 8 mars 2011.

Par la Commission

Joaquín ALMUNIA

Vice-président

Prix d'abonnement 2011 (hors TVA, frais de port pour expédition normale inclus)

Journal officiel de l'UE, séries L + C, édition papier uniquement	22 langues officielles de l'UE	1 100 EUR par an
Journal officiel de l'UE, séries L + C, papier + DVD annuel	22 langues officielles de l'UE	1 200 EUR par an
Journal officiel de l'UE, série L, édition papier uniquement	22 langues officielles de l'UE	770 EUR par an
Journal officiel de l'UE, séries L + C, DVD mensuel (cumulatif)	22 langues officielles de l'UE	400 EUR par an
Supplément au Journal officiel (série S — Marchés publics et adjudications), DVD, une édition par semaine	Multilingue: 23 langues officielles de l'UE	300 EUR par an
Journal officiel de l'UE, série C — Concours	Langues selon concours	50 EUR par an

L'abonnement au *Journal officiel de l'Union européenne*, qui paraît dans les langues officielles de l'Union européenne, est disponible dans 22 versions linguistiques. Il comprend les séries L (Législation) et C (Communications et informations).

Chaque version linguistique fait l'objet d'un abonnement séparé.

Conformément au règlement (CE) n° 920/2005 du Conseil, publié au Journal officiel L 156 du 18 juin 2005, stipulant que les institutions de l'Union européenne ne sont temporairement pas liées par l'obligation de rédiger tous les actes en irlandais et de les publier dans cette langue, les Journaux officiels publiés en langue irlandaise sont commercialisés à part.

L'abonnement au Supplément au Journal officiel (série S — Marchés publics et adjudications) regroupe la totalité des 23 versions linguistiques officielles en un DVD multilingue unique.

Sur simple demande, l'abonnement au *Journal officiel de l'Union européenne* donne droit à la réception des diverses annexes du Journal officiel. Les abonnés sont avertis de la parution des annexes grâce à un «Avis au lecteur» inséré dans le *Journal officiel de l'Union européenne*.

Ventes et abonnements

Les abonnements aux diverses publications payantes, comme l'abonnement au *Journal officiel de l'Union européenne*, sont disponibles auprès de nos bureaux de vente. La liste des bureaux de vente est disponible à l'adresse suivante:

http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm

EUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu>) offre un accès direct et gratuit au droit de l'Union européenne. Ce site permet de consulter le *Journal officiel de l'Union européenne* et inclut également les traités, la législation, la jurisprudence et les actes préparatoires de la législation.

Pour en savoir plus sur l'Union européenne, consultez: <http://europa.eu>

