

Alexis Coskun, Note d'actualité droit de la concurrence de l'UE 2/2016, octobre-novembre 2016,
Blogdroiteeuropéen

Le contrôle des aides d'Etat (Revue Octobre- Novembre 2016)

Par Alexis Coskun (Doctorant de l'Université de Strasbourg CEIE - EA 7307 ; ATER à l'Université Paris-1)

Sommaire

- SA.38373 Aide d'Etat versée par l'Irlande à Apple et SA.44888 enquête relative aux rescrits fiscaux du Luxembourg
- SA.44351, Taxation des commerces de détail en Pologne
- SA.41539 autorisation d'une aide faveur d'une centrale de cogénération à haut rendement en Lituanie ; SA.37345 autorisation d'un régime d'aides polonais en faveur de la cogénération à haut rendement de chaleur et d'électricité ; SA.41998 approbation de la modification du régime d'aide slovène en faveur des énergies renouvelables et de la cogénération à haut rendement
- Arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, C-590/14 P, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)/Alouminion tis Ellados VAE

Mots clés: Aides d'Etat-Politique-fiscale- Politique énergétique-Protection de l'environnement-Rescrits fiscaux- Tax rulings- Aide existante –Aide nouvelle-Obligation de récupération

Cette chronique couvre des affaires du mois de septembre 2016 à novembre 2016. Elle propose une explication et mise en perspective de l'importante décision concernant les rescrits fiscaux concédés à Apple par l'Irlande, éclairée par l'ouverture d'une enquête approfondie concernant le même type de mécanisme dont Engie a pu bénéficier au Luxembourg. La politique fiscale des Etats, pourtant compétence largement nationale, doit faire face au droit des aides d'Etat comme en témoigne l'ouverture d'une enquête sur un nouveau régime fiscal polonais. Plusieurs autorisations ont été consenties par la Commission, envers des Etats soutenant le développement de la cogénération, ce qui montre l'importance de l'articulation de droit de la concurrence et de la politique énergétique. Enfin, cette note aborde un arrêt de la CJUE rappelant des principes procéduraux clés pour comprendre la matière et l'implication des ordres juridiques nationaux dans le contrôle des aides d'Etat.

SA.38373 Aide d'Etat versée par l'Irlande à Apple et SA.44888 enquête relative aux rescrits fiscaux du Luxembourg

Ces affaires seront traitées ensemble car elles sont toutes les deux relatives au même enjeu fondamental : la pratique de rescrits fiscaux ou *tax ruling* par des Etats membres en faveur d'entreprises. Dans un contexte de crise financière les ressources publiques sont régulièrement mises à mal ces pratiques qui sont de plus en plus suivies par la Commission et les organismes internationaux de régulation économique et financière.

L'affaire des mesures fiscales irlandaises en faveur de la société étasunienne Apple est, dans la période, au cœur de l'actualité et d'une médiatisation peu commune aux décisions de droit de la concurrence¹. Les déclarations de la Commissaire Vestager donnaient le ton d'une décision retentissante : « *les Etats membres ne peuvent pas faire profiter à des entreprises particulièrement sélectionnées des bénéfices fiscaux injustes. Cela est valable qu'il s'agisse d'entités européennes, étrangères, petites, grandes ou encore membre d'un groupe* »².

La décision concerne un système fiscal mis en place par des *ruling*, depuis 1991 et qui permirent, selon la Commission, de réduire substantiellement et artificiellement le montant des obligations fiscales de l'entreprise Apple dans le pays.

Le 19 septembre, la Commission a également ouvert une enquête approfondie sur le traitement fiscal accordé par le Luxembourg à GDF Suez, devenu ENGIE. Là encore l'affaire concerne une pratique alléguée de rescrit fiscal, qui en considérant une même transaction tant comme un emprunt que comme une prise de participation offrirait, par rapport aux autres entreprises également soumises au droit luxembourgeois, un traitement de faveur.

Les *rulings* sont des instruments classiques du droit fiscal. Il s'agit d'accord passés entre des entreprises et les autorités fiscales des pays concernés, traditionnellement qualifiés de rescrits fiscaux en droit français. Ils correspondent notamment aux hypothèses des articles L 80 B³ et L 80 C⁴ du Livre de Procédure Fiscale. Il s'agit globalement pour certains contribuables, et notamment les sociétés, d'interroger les autorités fiscales, qui auront un délai de réponse de trois mois, pour savoir si elles peuvent ou non bénéficier d'un statut fiscal législatif particulier.

¹ http://www.lemonde.fr/entreprises/article/2016/08/30/avantages-fiscaux-apple-devra-rembourser-a-l-irlande-plus-de-13-milliards-d-euros_4989880_1656994.html,

<http://www.lesechos.fr/monde/europe/0211255509594-apple-le-debat-sur-la-fiscalite-relance-en-irlande-2024657.php>

² Communiqué de Presse de la Commissaire Vestager du 30 aout 2016, «on State aid decision that Ireland's tax benefits for Apple were illegal », n°16/2926.

³ Art. L80 B LPF « [...] 1° Lorsque l'administration a formellement pris position sur l'appréciation d'une situation de fait au regard d'un texte fiscal ; elle se prononce dans un délai de trois mois lorsqu'elle est saisie d'une demande écrite, précise et complète par un redéivable de bonne foi.[...] ».

⁴ Art. L.80 C LPF : « L'amende fiscale prévue à l'article 1740 A du code général des impôts n'est pas applicable lorsque l'administration n'a pas répondu dans un délai de six mois à un organisme qui a demandé, dans les mêmes conditions que celles prévues à l'avant-dernier alinéa du 2° de l'article L. 80 B, s'il relève de l'une des catégories mentionnées aux articles 200 et 238 bis du code général des impôts ».

Ces pratiques ne sont pas a priori illégales au regard du droit national, ni du droit international ou européen.

Elles s'inscrivent néanmoins une série de problématiques importantes.

Elles peuvent tout d'abord s'opposer au principe de transparence fiscale⁵, notamment dans le cas des entreprises multinationales. Cette situation a conduit une institutions comme l'OCDE, dans le cadre de son projet de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS)⁶ à introduire un formulaire standardisé à destination des Etats membres pour l'échange d'informations relativement à ces pratiques⁷. De la même manière, suite au scandale des « LuxLeaks », le Parlement européen a mis en place un comité parlementaire spécial⁸ dédié à l'étude des rescrits fiscaux et instruments de nature similaire et a adopté conséquemment un rapport d'initiative à ce sujet⁹.

La lutte pour la transparence et in fine l'évasion fiscale¹⁰ n'est pas la seule problématique découlant de l'application de ces mécanismes. Elle se double en effet de l'attention particulière portée à la volonté des Etats de pratiquer une concurrence fiscale déloyale. Les *tax ruling* peuvent conduire à deux types de concurrences déloyales : entre Etats, d'abord, en attirant plus d'entreprises pour qu'elles s'installent dans une juridiction fiscale donnée, entre opérateurs de marchés ensuite, en privilégiant les grandes multinationales vis-à-vis, notamment des petites et moyennes entreprises.

Dans le cadre de la crise économique et financière actuelle les tentations des Etats sont grandes de recourir à ce types de procédés. L'Union européenne, ses règles sur la libre circulation des capitaux et sur le droit des aides d'Etat peuvent être particulièrement intéressées au contrôle de ces mécanismes fiscaux qui peuvent remettre en cause les fondements mêmes de la construction du marché intérieur.

Depuis 2014, la Commission a donné un nouveau tournant, plus offensif, à la surveillance de la compatibilité des rescrits fiscaux vis-à-vis du droit des aides d'Etat. Au titre du règlement relatif à la procédure des aides d'Etat¹¹, elle a mis en œuvre, tout en respectant le principe du secret professionnel¹², une collecte de renseignements sur les pratiques en matière de *rulings* fiscaux à l'échelle de tous les Etats membres¹³. La même année, elle avait également pris deux décisions

⁵http://www.alternatives-economiques.fr/pourquoi-les-tax-rulings-sont-ils-condamnables_fr_art_1332_70445.html

⁶<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/l-ocde-presente-les-mesures-issues-du-projet-beps-ocde-g20-qui-seront-examinees-lors-de-la-reunion-des-ministres-des-finances-du-g20.htm>

⁷ OCDE, Juillet 2016, Exchange on Tax Ruling XLM schema : User Guide for Tax Administrations.

⁸ Commission d'enquête parlementaire, Special Committee on Tax Rulings and other Measures Similar in Nature or Effect (Taxe 2). <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/tax2/home.html>

⁹ Résolution du Parlement européen du 6 Juillet 2016, Sur les Rescrits Fiscaux et les autres mesures similaires par leur Effet ou leur Nature, (2016/2038(INI)).

¹⁰ Voir notamment, Catherine Prieto, «*De LuxLeaks au plan d'action de lutte contre l'évasion fiscale des multinationales* », in Revue Trimestrielle de Droit européen, 2016, n°1, p.3.

¹¹ Règlement UE du 22 juillet 2013, modifiant le règlement (CE) n o 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, N o 734/2013, article 20 bis, paragraphe 1.

¹² Communication de la Commission, du 1^{er} décembre 2003, sur le secret professionnel dans les décisions en matière d'aides d'Etat, 2003/C 297/03.

¹³ Communiqué de presse du 17 décembre 2014, « *Aides d'État: la Commission étend à l'ensemble des États membres la collecte de renseignements sur les pratiques en matière de rulings fiscaux* », IP/14/2742.

condamnant deux systèmes nationaux de recrits fiscaux, et les estimant contraire au droit des aides d'Etat, les aménagements consentis par les Pays-Bas en faveur de l'entreprise Starbucks¹⁴ et ceux du Luxembourg en faveur du constructeur automobile Fiat¹⁵.

C'est dans ce contexte que la Commission a procédé à l'encadrement des mesures prises tant par l'Irlande que le Luxembourg.

Pour ce qui est du *tax ruling* en faveur d'Apple le mécanisme en cause était le suivant : la société mère Apple Inc. dispose de deux filiales de droit irlandais Apple Sales International et Apple Operations Europe qui toutes deux effectuent chaque année des paiements envers le groupe Apple afin de financer la recherche aux Etats-Unis. Ces paiements ont atteint une importance cruciale pour la société étasunienne puisqu'ils représentaient près de 40% du financement de sa recherche et développement.

Appel Sales Europe avait pour fonction d'acheter dans le monde entier des biens d'équipements et de les revendre en Europe, Apple Operations Europe produisait certaines gammes d'ordinateurs. Selon la Commission, le recrit fiscal irlandais avalisait un système selon lequel « *plupart des bénéfices étaient affectés en interne à un «siège» [d'Apple Sales International ou d'Apple Operations Europe] situé en dehors de l'Irlande. Ce «siège» n'était situé dans aucun pays, n'employait aucun salarié et ne possédait pas de locaux. Ses activités se limitaient à des réunions occasionnelles du conseil d'administration. Seule une fraction des bénéfices d'Apple Sales International étaient affectés à sa branche irlandaise et soumis à l'impôt en Irlande. La grande majorité restante des bénéfices étaient affectés au «siège», où ils échappaient à l'impôt* »¹⁶.

L'affaire relative au tax ruling mis en place au Luxembourg concerne un montage financier entre quatre entreprises du même groupe, GFD Suez, devenu ENGIE, et le traitement fiscal accordé à ces opérateurs de marché. LNG Luxembourg prêtait des fonds à GDF Suez LNG Supply et Electrabel Invest Luxembourg à GDF effectuait les mêmes actions envers Suez Treasury Management.

Pour la Commission le cœur du problème réside dans l'incohérence fiscale du traitement reçu par ces quatre sociétés sœurs : « *les deux transactions financières sont traitées à la fois comme des emprunts et comme des prises de participation. [...] D'un côté, les emprunteurs peuvent constituer des provisions pour les intérêts dus aux prêteurs (transactions traitées comme des emprunts). De l'autre, les revenus perçus par les prêteurs sont considérés comme une rémunération de capital similaire à un dividende versé par les emprunteurs (transactions traitées comme des prises de participation)* »¹⁷.

Certains observateurs ont pu déceler dans les décisions de la Commission une volonté de lutte contre l'optimisation fiscale ou de pénaliser une entreprise étasunienne. Si l'on ne peut complètement écarter la volonté de lutter contre l'évasion fiscale ainsi que le refus de voir un système de recrit fiscal financer la recherche et développement d'une entreprise étasunienne, ces deux éléments ne suffisent à expliquer seuls, les décisions prises.

¹⁴ Décision de la Commission du 21 février 2014, Aide d'Etat des Pays Bas en faveur de Starbucks, SA.38374.

¹⁵ Décision de la Commission du 21 février 2014, Aide d'Etat du Luxembourg en faveur de Fiat, 38375.

¹⁶ Communiqué de presse du 30 août 2016 ; « *Aides d'État: l'Irlande a accordé pour 13 milliards d'EUR d'avantages fiscaux illégaux à Apple* », IP/16/2923.

¹⁷ Communiqué de presse du 19 septembre 2016, « *Aides d'État: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le traitement fiscal accordé par le Luxembourg à GDF Suez (devenue Engie)* » IP/16/3085.

La volonté de préserver les mécanismes concurrentiels du marché intérieur est fortement prégnante dans l'attitude de la Commission qui insiste dans les deux affaires sur le caractère sélectif des mécanismes en cause.

Elle souligne que c'est bien le « *traitement fiscal sélectif réservé à Apple en Irlande [qui] est illégal au regard des règles de l'UE en matière d'aides d'Etat, car il confère à l'entreprise un avantage significatif par rapport aux autres sociétés qui sont soumises aux mêmes règles nationales d'imposition* »¹⁸ et que « *si les autorités fiscales luxembourgeoises ont dérogé de façon sélective à des dispositions de la législation fiscale nationale dans des décisions fiscales anticipatives adressées à GDF Suez* »¹⁹, cela ne signifiait pas que les ruling fiscaux étaient en soi illégaux au regard du droit de l'Union²⁰.

Il existe dans la démarche de la Commission une certaine continuité avec la jurisprudence précédente. Le critère de la sélectivité d'une mesure fait en partie des cinq conditions cumulatives en l'absence desquelles il est impossible de qualifier une aide d'Etat²¹. Or, en matière fiscale, et comme le fait la Commission dans les affaires discutées ici, la caractérisation de la sélectivité implique une comparaison « *entre le traitement fiscal conféré par la mesure et le traitement fiscal qui aurait été appliqué selon le régime général* »²². Cette définition de principe héritée de la jurisprudence de l'Union européenne²³ implique que si toutes les entreprises nationales peuvent bénéficier du même régime de rescrit fiscal, le critère de la sélectivité ne saurait être retenu. Une telle approche correspond par ailleurs au droit des libertés de circulation qui, protège des régimes que l'on peut considérer comme relevant de l'optimisation en disposant que « *l'existence d'un avantage résultant de la fiscalité peu élevée à laquelle est soumise une filiale établie dans un État membre autre que celui dans lequel a été constituée la société mère n'autorise pas, par elle-même, ce dernier État membre à compenser cet avantage par un traitement fiscal moins favorable de la société mère* »²⁴.

Sans préjuger des intentions réelles ou supposées de la Commissaire Verstager, il est clair que cette décision et cette enquête s'inscrivent dans l'objectif de lutter contre les distorsions de concurrence

¹⁸ Communiqué de presse du 30 août 2016 ; « *Aides d'Etat: l'Irlande a accordé pour 13 milliards d'EUR d'avantages fiscaux illégaux à Apple* », IP/16/2923.

¹⁹ Communiqué de presse du 19 septembre 2016, « *Aides d'Etat: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le traitement fiscal accordé par le Luxembourg à GDF Suez (devenue Engie)* » IP/16/3085.

²⁰ Idem : « *Les rulings fiscaux ne constituent pas un problème en soi au regard des règles en matière d'aides d'Etat de l'UE lorsqu'ils se limitent à confirmer que les arrangements fiscaux entre sociétés appartenant à un même groupe sont conformes à la législation fiscale applicable* ».

²¹ Pierre Marie Sabbadini, « *Les aides d'Etat, aspects juridiques et économiques* », Larcier, coll. Concurrence et pratiques du marché, Bruxelles, 2015, p.35 : « *Les conditions nécessaires à l'établissement de l'existence d'une aide sont les suivantes ; premièrement il faut établir l'origine étatique de l'aide : deuxièmement la mesure doit constituer un avantage pour l'entreprise bénéficiaire ; troisièmement, la mesure doit présenter un caractère sélectif ; quatrièmement, la mesure doit être susceptible de générer un impact sur les échanges entre Etats membres et cinquièmement elle doit être susceptible d'entraîner une distorsion de concurrence* ».

²² Claire Micheau, « *Droit des aides d'Etat et des subventions en fiscalité, Droit de l'Union européenne et de l'OMC* », Larcier, Coll. De la faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Bruxelles, 2013, p.102.

²³ Voir notamment TPICE, arrêt du 18 décembre 2008, Gouvernement de Gibraltar et du Royaume-Uni c/ Commission, Aff. jpointes T-211 et 215/04, points 143 et 144, Rec. II-03745, cité par Claire Micheau, ouvr. précité.

²⁴ CJCE, 28 janvier 1986, Commission/France, Aff. 270/83, Rec. 273, point 21 ; CJCE, 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, Aff. C-196/04, Rec. I-07995, point 49 et jurisprudence citée.

entre Etats dans l'Union, dans la mesure où elles mettent en péril le développement du marché intérieur.

On a pu y déceler une volonté d'affronter directement le comportement de certaines multinationales établies ou encore de limiter singulièrement le développement des tax rulings dans l'Union.

Il n'en demeure pas moins que les motivations juridiques invoquées ne constituent pas une modification radicale d'approche et s'inscrivent dans la tradition de la politique de concurrence de l'Union européenne.

SA.44351, Taxation des commerces de détail en Pologne

Toujours en matière fiscale la Commission a ouvert une enquête relative à un nouvel impôt introduit en Pologne relatif aux entreprises de détail. Le système polonais fonctionne par l'application de trois taux distincts en fonction des chiffres d'affaires des entreprises²⁵, instituant notamment une exemption d'impôt pour la partie du chiffre d'affaire mensuel d'une société inférieure à 3,92 millions d'euros.

Alors qu'un mécanisme fiscal comparable avait déjà été sanctionné par la Commission dans le cas de la Hongrie²⁶, ce domaine peut apparaître comme étant à l'interstice de deux compétences une nationale, la politique fiscale, l'autre de l'Union, la politique de concurrence.

Dans son communiqué la Commission rappelle que les Etats sont libres d'organiser leur système d'imposition, soulignant néanmoins qu'ils doivent alors « respecter le droit de l'Union, y compris les règles en matière d'aides d'État, et ne pas favoriser indûment un type particulier de société, par exemple celles enregistrant un chiffre d'affaires plus modeste »²⁷.

La combinaison d'une compétence fiscale des Etats membres et de la nécessité d'application du droit de la concurrence est depuis longtemps au cœur de la réflexion des institutions européennes, notamment au travers de la *soft law*²⁸, de la doctrine²⁹ et de la jurisprudence³⁰.

²⁵ Communiqué de presse de la Commission du 19 septembre 2016, Aides d'État: la Commission ouvre une enquête approfondie sur un impôt polonais dans le secteur du détail, IP/16/3104 « un taux de 0 % appliqué à la partie du chiffre d'affaires mensuel de la société inférieure à 17 millions de PLN (environ 3,92 millions d'EUR), un taux de 0,8 % prélevé sur la partie du chiffre d'affaires mensuel de la société comprise entre 17 et 170 millions de PLN (environ 39,2 millions d'EUR), et un taux de 1,4 % prélevé sur la partie du chiffre d'affaires mensuel de la société supérieure à 170 millions de PLN. ».

²⁶ Affaires SA.40018 et SA.41187, Communiqué de presse de la Commission du 4 juillet 2016, « Aides d'État: la redevance d'inspection de la chaîne alimentaire et la taxe sur les ventes de tabac de la Hongrie sont incompatibles avec les règles de l'UE » IP/16/2404.

²⁷ Communiqué de presse de la Commission du 19 septembre 2016, Aides d'État: la Commission ouvre une enquête approfondie sur un impôt polonais dans le secteur du détail, IP/16/3104.

²⁸ Communication de la Commission du 10 décembre 1998, sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, 98/C 384/03.

²⁹ António Carlos dos Santos, « Aides d'état, code de conduite et concurrence fiscale dans l'Union européenne : Les centres d'affaires comme cibles », in Revue Internationale de Droit Economique, n°1/2004, pp.9-45.

³⁰ TPICE, 27 janvier 1998, Ladbroke Racing Ltd c/ Commission, aff. T67/94, point 54, « S'il est vrai que la fiscalité et la mise en place de régimes fiscaux relèvent de la compétence des autorités nationales, il n'en reste pas moins que l'exercice d'une telle compétence peut, le cas échéant, se révéler incompatible avec l'article 92 § 1 [107 § 1 TFUE] ».

Le principal motif de qualification d'une aide réside dans l'éventualité qu'une mesure fiscale ait apporté un avantage indu à un certain type d'entreprise. Le *Vade-mecum* édité par le ministère français de l'économie et des finances rappelle les différents cas possibles : « *Toutes les formes d'impôts (directs ou indirects) ou de taxes, notamment parafiscales ainsi que toutes les formes de cotisations sociales sont susceptibles de constituer des aides « fiscales ». L'aide fiscale peut aussi bien résulter d'une mesure d'allégement en faveur de certaines entreprises que de l'affectation préférentielle du produit d'une imposition. Elle peut être accordée au profit d'entreprises privées ou publiques* »³¹.

En l'espèce, la Commission a lancé son enquête pour vérifier que la mesure prise par le gouvernement polonais ne constitue pas un avantage sélectif favorisant les plus petites entreprises.

SA.41539 autorisation d'une aide faveur d'une centrale de cogénération à haut rendement en Lituanie ; SA.37345 autorisation d'un régime d'aides polonais en faveur de la cogénération à haut rendement de chaleur et d'électricité ; SA.41998 approbation de la modification du régime d'aide slovène en faveur des énergies renouvelables et de la cogénération à haut rendement

Ces trois affaires concernent toutes la politique énergétique de l'Union européenne. Elles illustrent comment la conception et les modalités d'application du droit de la concurrence peuvent constituer des leviers de mise en œuvre d'une certaine organisation du secteur énergétique dans l'Union.

Les trois cas appréhendés par la Commission renvoient à des mesures de soutien étatique destinées à renforcer ou à édifier des systèmes dits de cogénération, c'est-à-dire de centrales pouvant réaliser une « *production simultanée d'électricité et de chaleur, cette chaleur étant issue de la production électrique* »³².

Signe de son importance pour la stratégie énergétique et de protection de l'environnement de l'Union, la production d'électricité à base de cogénération est définie dans des termes similaires par la directive relative à l'efficacité énergétique³³.

Dans le cas de la Lituanie, la mesure en cause soutenait la création d'une centrale³⁴. Dans celui de la Pologne une mesure publique imposait aux fournisseurs d'énergie d'acquérir, auprès de producteurs utilisant la technique de cogénération, « *un nombre déterminé de certificats de cogénération proportionnellement à la quantité d'électricité achetée ou fournie aux utilisateurs finaux* »³⁵. Pour le cas de la Slovénie, il s'agissait de la modification du régime existant, introduisant notamment des

³¹ Vade-mecum des aides d'Etat du Ministère de l'économie, Fascicule 17, Fiscalité et aide d'Etat, p.253.

³² Note de la Société des Ingénieurs et Scientifiques de France (IESF), « *La cogénération* », Juin 2010, p.1 : http://www.iesf.fr/upload/pdf/100620_cogeneration.pdf .

³³ Directive (UE), du 25 octobre 2012, relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE, 2012/27/UE, Art.1, paragraphe2, point 33.

³⁴ Communiqué de presse de la Commission du 19 septembre 2016, « *Aides d'Etat: la Commission autorise une aide en faveur d'une centrale de cogénération à haut rendement en Lituanie* », IP/16/3105.

³⁵ Communiqué de presse de la Commission du 28 septembre 2016, « *Aides d'Etat: la Commission autorise le régime d'aides polonais en faveur de la cogénération à haut rendement de chaleur et d'électricité* », IP/16/3214.

procédures de mises en concurrence ainsi qu'une prime de marché pour les entreprises bénéficiaires³⁶.

Dans toutes ces situations, la Commission a autorisé des mesures pourtant qualifiées d'aides d'Etat en se fondant sur ses nouvelles lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie³⁷.

Dans cette communication, la Commission indique que, dans un double objectif de protection de l'environnement et de réduction de la consommation énergétique primaire de l'Union³⁸, des aides étatiques pourraient être considérées comme compatibles si elles constituent des « *investissements, y compris des modernisations, liés à des installations de PCCE à haut rendement et à des réseaux de chaleur et de froid efficaces* »³⁹. Une telle approche correspond à l'érection de la réduction énergétique en un intérêt général européen. De telles aides sont, en vertu de ces lignes directrices, limitées à une durée de cinq ans⁴⁰, signe de leur importance, et couvertes par le Règlement Général d'exemption des aides d'Etat. Les lignes directrices soulignent que ces aides peuvent être considérées comme étant compatibles sans même qu'une notification préalable soit nécessaire⁴¹ si elles respectent les critères énoncés par la Commission.

Arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, C-590/14 P, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)/Alouminion tis Ellados VEA

Cet arrêt était relatif à la distinction entre aides nouvelles et aides existantes. Ces deux qualifications juridiques emportant des régimes distincts, notamment du point de vue de l'exigence de récupération.

L'espèce concerne DEI, la compagnie publique grecque historique de l'électricité. En 1960, elle avait passé un marché avec compagnie publique d'électricité, Alouminion, lui conférant des tarifs préférentiels avec pour échéance le 31 mars 2006. En 1992, la Commission avait considéré ce mécanisme comme constituant une aide compatible avec le marché commun⁴². En janvier 2004, DEI a annoncé à l'entreprise Alouminion son « *intention de résilier le contrat de 1960 et a, conformément aux dispositions contractuelles, cessé de lui appliquer le tarif préférentiel à compter du 1er avril 2006* »⁴³.

Le juge grec des références a suspendu cette résiliation, ce qui a permis à Alouminion de bénéficier de tarifs préférentiels du 5 janvier 2007 au 6 mars 2008. Suite à des plaintes de concurrents, la question

³⁶ Communiqué de presse de la Commission du 10 octobre 2016 ; « Aides d'État: la Commission approuve la modification du régime d'aide slovène en faveur des énergies renouvelables et de la cogénération à haut rendement », IP/16/3361.

³⁷ Communication de la Commission, du 26 juin 2014, Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, 2014/C 200/01.

³⁸ Idem, paragraphe 138.

³⁹ Idem, paragraphe 139.

⁴⁰ Idem, paragraphe 150.

⁴¹ Règlement (UE) du 17 juin 2014, déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, 651/2014, article 40 « *Aides à l'investissement en faveur de la cogénération à haut rendement* ».

⁴² Décision du 23 janvier 1992, Aide litigieuse en faveur de l'entreprise A[tE], SG (92) D/867.

⁴³ CJUE, 26 octobre 2016, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)/Alouminion tis Ellados VEA, Aff. C-590/14 P, non encore publié au recueil, point 6.

juridique majeure consistait à qualifier les mesures de tarifs préférentiels reçus par Alouminion sur cette période.

La Commission a estimé que ces mesures consistaient une aide d'un montant de 17,4 millions d'euros que l'Etat grec devait récupérer⁴⁴. Devant le Tribunal, Alouminion, contestait la qualification d'aide nouvelle de l'application de ce tarif préférentiel suite à une ordonnance d'un juge des référés et contestait l'obligation de récupération édictée par la Commission envers la république hellénique. Le Tribunal accepta les moyens de l'entreprise et estima que la situation s'apparentait in fine à une aide existante⁴⁵.

Ainsi, devant la Cour, « la question qui se pose [...] est celle de savoir si la première ordonnance rendue par le juge grec doit être considérée comme une modification d'une aide existante (et donc comme une aide nouvelle) ou bien comme une aide existante »⁴⁶.

Cette catégorie d'aide est évoquée dans l'article 108 du TFUE qui dispose que « *la Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États* »⁴⁷. Elles sont définies par le règlement 659/1999⁴⁸. Deux grands types d'aides dites existantes peuvent être identifiés. Il s'agit d'abord des aides mentionnées à l'article 108, qui couvrent les régimes déjà existant lors de l'adhésion des pays ou encore qui ne relevaient pas dans un état antérieur du droit européen de la catégorie d'aide. Elles sont assimilées « *à des aides nouvelles [...] dans le but d'éviter que les Etat puissent contourner l'obligation de notifier ces dernières en arrivant au même résultat par le biais d'une extension de la portée d'un régime qui est déjà entré en vigueur* »⁴⁹.

Cette catégorie comprend ensuite les aides déjà autorisées par la Commission, une fois cette procédure complétée, « *les aides deviennent des « aides existantes » sur lesquelles la Commission n'exercera plus qu'un contrôle a posteriori en vue de s'assurer du respect, par les autorités dispensatrices, de la décision de compatibilité* »⁵⁰.

C'est justement ce caractère de surveillance a posteriori des aides existantes qui fonde la distinction vis-à-vis des aides considérées comme « nouvelles ». Dans ce dernier cas s'applique le régime classique des aides considérées comme illégales ce qui signifie que la Commission pourra non seulement empêcher la mise en œuvre des aides, leur suppression et leur récupération. Pour les aides considérées comme existantes, elle ne pourra qu'en demander la suppression pour l'avenir ou la modification⁵¹.

⁴⁴ Décision de la Commission du 13 juillet 2011, concernant l'aide d'État mise en œuvre par la Grèce en faveur d'Alouminion tis Ellados AE, SA. 26117 – C 2/2010.

⁴⁵ TUE, 8 octobre 2014, Alouminion AE c/ Commission, aff. T-542/11, publiée au recueil numérique.

⁴⁶ CJUE, communiqué de presse du 26 octobre 2016, n° 116/16.

⁴⁷ TFUE, article 108, paragraphe 1.

⁴⁸ Règlement CE, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE , 659/1999, art. 1^{er} b).

⁴⁹ CJCE, 9 octobre 1984, Heineken Brouwerijen, Aff. Jointes, 91/83 et 127/83, Rec. 3435, point 17.

⁵⁰ Michaël Karpenschif, « Droit européen des aides d'Etat », Bruylants, 2015, Bruxelles, p.104.

⁵¹ Voir notamment, TPICE, 15 juin 2000, Alzetta Mauro, aff. T-298/97, pts 147-148.

L'enjeu était donc particulièrement important pour l'entreprise Alouminion, si la Cour suivait le Tribunal et estimait qu'une aide prolongée par un juge du référé constituait une aide existante elle ne devrait pas faire face à une obligation de remboursement.

Or ici, se fondant, sur deux arrêts rendus en 2013⁵², les juges du Luxembourg vont confirmer la solution « selon laquelle la prolongation d'un régime d'aide existant crée une aide nouvelle »⁵³, obligeant ainsi l'Etat grec à effectuer la récupération des sommes versées suite à l'ordonnance du juge des référés national.

L'arrêt de la Cour apporte également des précisions procédurales et de technique juridique sur du contrôle des aides d'Etat, notamment en ce qui concerne le rôle du juge.

Il souligne que le juge des référés, en prolongeant les limites temporelles du contrat a étendu la durée du régime d'aide. Son intervention est donc décisive pour la qualification d'une mesure en aide nouvelle, même s'il ne s'agit pas d'une intervention gouvernementale ou législative⁵⁴.

Enfin, la Cour a souligné qu'exonérer un juge des référés de la nécessité de contrôler des aides d'Etat nuirait à l'effet utile du droit des aides d'Etat et de l'article 108, paragraphe 3 du TFUE⁵⁵. Les juges nationaux et la Commission sont en effet considérés d'une manière constante comme complémentaires par la jurisprudence de l'Union⁵⁶. S'il revient à cette dernière de contrôler et d'évaluer la compatibilité de mesures nationales, le juge national, doit lui, protéger l'application des articles 107 et 108 et garantir l'exigence de recouvrement⁵⁷.

Une telle approche, fondée sur la volonté de protéger l'unicité du marché intérieur et découlant du Principe Général du Droit de l'Union, dit de loyauté ou de coopération loyale, qui est selon le professeur Denys Simon, « au cœur du système juridique communautaire »⁵⁸ et qui émane tant du Traité⁵⁹ que de la jurisprudence⁶⁰.

Elle renforce la volonté de faire du juge national le juge de droit commun du droit de l'Union, y incluant le juge du référé.

⁵² CJUE, 4 décembre 2013, Commission c/ Conseil, aff. C-121/10, CJUE, 4 décembre 2013, Commission c/ Conseil, aff. C-111/10, point58.

⁵³ CJUE, 26 octobre 2016, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)/Alouminion tis Ellados VAE, Aff. C-590/14 P, non encore publié au recueil, point 57.

⁵⁴ Idem, points 62-72.

⁵⁵ Idem, point 108.

⁵⁶ CJCE, 11 juillet 1996, SFEI e.a., aff. C- 39/94, Rec.I- 3547, point 41; CJCE, 21 octobre 2003, van Calster e.a., aff. jointes C- 261 et C- 262/01, Rec.I- 12249, point 74.

⁵⁷ CJCE 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (FNICE), aff. C-354/90, Rec.I-5505, point 12.

⁵⁸ D. SIMON, Le système juridique communautaire, Paris, PUF, Droit fondamental, Paris, 3ème édition, 2001, p. 149.

⁵⁹ Traité sur l'Union européenne, article 4, paragraphe 3.

⁶⁰ CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141. CJCE, 5 octobre 2004, Pfeiffer, aff. C-397/01 à 403/01, Rec. p. I-8835, pt 110.