

## Aides d'État

480 Aides d'État, réductions d'impôt et entités fiscalement transparentes : le *leasing* fiscal espagnol devant la CJUE

Saisie du régime de *leasing* fiscal espagnol, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu une décision par laquelle elle semble admettre qu'une entité fiscalement transparente puisse être le bénéficiaire direct d'un avantage fiscal consistant *in fine* en une réduction d'impôt. Si l'ambiguïté de la motivation retenue par l'arrêt est susceptible de conforter cette analyse, pour le moins surprenante, la solution consacrée par la Cour est en réalité susceptible de trouver une justification sur le terrain de la théorie des aides d'État indirectes. Par ailleurs, on retiendra que par cette décision la CJUE a, de manière attendue, réitéré sa jurisprudence *World Duty Free Group*, pourtant très critiquée.

CJUE, 2<sup>e</sup> ch., 25 juill. 2018, aff. C-128/16, Comm. c/ Espagne, Lico Leasing SA, PYMAR et a., note J.-C. Leon Aguirre

43. Ce sont les GIE qui, d'une part, sollicitaient de l'administration fiscale, conformément à l'article 115, paragraphe 11, du TRLIS, le bénéfice de l'amortissement anticipé d'actifs pris à bail et se le voyaient accorder et, d'autre part, renonçaient au régime ordinaire de l'impôt sur les sociétés et optaient pour le régime de la taxation au tonnage, tel qu'appliqué en vertu de l'article 50, paragraphe 3, du RIS. Ce sont également les GIE qui recueillaient les avantages fiscaux en deux temps, ainsi que cela est exposé au point 9 du présent arrêt, par la combinaison des mesures fiscales en cause.

44. Les avantages économiques en résultant correspondaient, selon les faits constatés au point 5.3.2.6. de la décision litigieuse, aux avantages que les GIE n'auraient pas obtenus de la même opération s'ils avaient uniquement appliqué les mesures générales, à savoir les intérêts épargnés sur les montants des paiements d'impôts reportés grâce à l'amortissement anticipé, le montant des impôts évités ou des intérêts épargnés sur les impôts reportés en vertu du régime de la taxation au tonnage et le montant des impôts évités sur la plus-value réalisée au moment de la vente du navire. Le RELF impliquait donc l'utilisation de ressources publiques sous la forme d'une perte de recettes fiscales et d'intérêts non perçus, ainsi que cela a été constaté au point 5.3.3. de cette décision.

45. Certes, ces avantages étaient intégralement transférés aux membres des GIE du fait que, ces GIE étant fiscalement transparents en ce qui concerne les membres résidant en Espagne, les bénéfices ou les pertes enregistrés par les GIE étaient transférés automatiquement à leurs membres résidant dans cet État membre au prorata de leur participation. Il demeure, toutefois, que c'est aux GIE que les mesures fiscales en cause étaient appliquées et que ceux-ci étaient les bénéficiaires directs des avantages découlant de celles-ci. Ces avantages, selon le considérant 157 de la décision litigieuse, favorisaient l'activité d'acquisition de navires par l'intermédiaire de contrats de location-vente, en particulier en vue de leur affrètement coque nue et de leur revente ultérieure, exercée par eux.

46. Il en ressort que les mesures fiscales en cause étaient, au regard de la jurisprudence rappelée aux points 35 à 37 du présent arrêt, de nature à constituer des aides d'État en faveur des GIE et que, dès lors, en ne reconnaissant pas à ces GIE la qualité de bénéficiaires de ces mesures au motif que ces

entités étaient fiscalement transparentes, le Tribunal a exclu que celles-ci puissent être les bénéficiaires d'aides d'État du seul fait de leur forme juridique et des règles relatives à l'imposition des bénéfices qui y sont liées. Or, une telle exclusion est contraire à la jurisprudence exposée aux points 34 et 36 du présent arrêt de laquelle il découle que la qualification d'une mesure d'« aide d'État » ne saurait dépendre du statut juridique des entreprises concernées ni des techniques utilisées.

47. Est sans incidence sur cette conclusion la décision de la Commission d'ordonner la récupération des aides incompatibles auprès des seuls investisseurs des GIE, sur la légalité de laquelle la Cour n'a pas à se prononcer dans le cadre du présent pourvoi. (...)

## NOTE

1 – Dans un arrêt du 25 juillet 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé qu'une entité fiscalement transparente dotée de la personnalité morale peut avoir la qualité de bénéficiaire d'une aide d'État découlant des mesures fiscales par lesquelles l'Espagne accordait *in fine* aux membres de cette entité une réduction d'impôt. En l'espèce, la Cour était saisie d'un schéma complexe d'optimisation fiscale, décrit en substance ci-après, consistant pour une banque à interposer – entre une compagnie maritime (acheteur final) et un chantier naval (vendeur originel) prenant part au montage – une société de location-vente et un groupement d'intérêt économique (ci-après « GIE ») dont des parts étaient proposées à des investisseurs extérieurs. Dans un premier temps, la société de location-vente concluait avec le chantier naval un contrat pour la construction d'un ou de plusieurs navires. Ces biens étaient alors, dès le commencement du chantier, donnés en location-vente à un GIE qui s'engageait à les acquérir à l'expiration du contrat. Dans un second temps, le GIE louait à son tour les navires à une compagnie maritime, au moyen d'un contrat d'affrètement coque nue à l'expiration duquel cette dernière s'engageait également à se porter acheteur. L'effet optimisant du montage apparaissait au niveau du GIE. Ce dernier, en effet, consentait à la société de location-vente des loyers très élevés – en échange, il est vrai, d'une option d'achat à prix réduit ; il optait par ailleurs pour un régime d'amortissement accéléré, ainsi que pour un régime d'amortissement anticipé (« REEA ») grâce auquel cette entité pouvait, sur agrément de l'Administration, amortir les navires avant l'achèvement du chantier naval. Ce système avait pour finalité de permettre au GIE de générer des pertes qui, du fait de la transparence fiscale, étaient transférées aux membres de cette entité, l'intérêt pour ces derniers résidant dans l'imputation de ces pertes du montant de leur assiette imposable. Sous l'empire du droit commun, cet avantage n'avait cependant qu'une portée provisoire car la cession des navires permettait au Trésor espagnol de récupérer l'avantage fiscal dont les membres du GIE avaient profité, le choix pour le REEA ayant également pour effet d'accroître, à due concurrence des amortissements pratiqués, la plus-value latente dont les navires étaient grevés. Toutefois, avant 2011, ces plus-values pouvaient être purgées dès lors, d'une part, que les biens cédés avaient été acquis à la suite d'un contrat de

location-vente satisfaisant à certaines conditions, d'autre part, que le vendeur optait, préalablement à la cession des biens suramortis, pour la sortie du régime ordinaire d'imposition à l'impôt sur les sociétés au profit d'un régime de taxation spécial, dit « au tonnage » : le basculement vers ce régime avant la cession finale des navires permettait ainsi aux GIE de rendre définitif l'avantage dont leurs membres avaient profité à raison du transfert des pertes réalisées au cours des premières années. Par une décision n° 2014/200/UE du 17 juillet 2013, la Commission européenne (« la Commission ») a estimé que certaines des mesures décrites jusqu'ici, dont l'ensemble est connu sous le nom de régime espagnol de *lesing* fiscal (RELf), étaient constitutives d'une aide d'État partiellement contraire à l'article 108 du TFUE : le REAA, soumis à un agrément qualifié de discrétionnaire par la Commission ; le régime de la taxation au tonnage, dans la mesure seulement où il était appliqué aux revenus issus de l'affrètement coque nue ; et enfin la possibilité dans l'hypothèse précédemment décrite de purger les plus-values latentes grevant les navires acquis par le GIE, en tant que cette option n'était ouverte, selon la Commission, qu'à certains actifs particuliers. La décision du 17 juillet 2013 a cependant été annulée par un arrêt remarqué du Tribunal de l'Union européenne (« le Tribunal ») (*Trib. UE*, 17 déc. 2015, aff. T-515/13 et T-719/13, *Espagne et a. c/ Comm. : Europe 2016*, comm. 63, note L. Idot. – V. L. Bernardeau et É. Thomas, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe* (juill./sept 2018) : *Dr. fisc.* 2018, n° 42-43, étude 421, spéc. n° 28. – M. Karpenschif et J.-L. Sauron, *Droit des aides d'État. Décisions de septembre à décembre 2015* : *JCP A* 2016, 2178). Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la CJUE a d'abord estimé que les GIE avaient bénéficié du RELf, si bien que le Tribunal ne pouvait comme en l'espèce s'abstenir de rechercher si le régime avait un caractère sélectif à l'égard de ces entités sans commettre une erreur de droit. Poursuivant son raisonnement, la CJUE a estimé que, en jugeant le régime comme n'étant pas sélectif à l'égard des membres du GIE au motif que « tout opérateur pouvait » en bénéficier « en réalisant un certain type d'opération ouverte, dans les mêmes conditions, à toute entreprise », le Tribunal avait commis une nouvelle erreur de droit.

2 – À l'appui du premier temps de son raisonnement, la Cour a retenu une motivation ambiguë qui prête le flanc à la critique (1) : néanmoins, il semble que la solution finalement consacrée puisse être justifiée sur le terrain des aides d'État indirectes (2). S'agissant du second point tranché par la Cour, l'analyse retenue n'est guère surprenante : elle n'appelle donc que peu d'observations (3).

## 1. La désignation des GIE en qualité de bénéficiaires : une motivation contestable

3 – La motivation retenue par le présent arrêt peut être critiquée pour au moins trois raisons. En premier lieu, on peut regretter que, pour désigner les GIE en qualité de bénéficiaires, la Cour ait choisi de mettre en exergue, la circonstance que ces entités ont été les destinataires des mesures litigieuses. La Cour a en effet relevé à plusieurs reprises que les GIE « sollicitaient [...] le bénéfice de l'amortissement anticipé [...], renonçaient au régime ordinaire de l'impôt sur les sociétés et optaient pour le régime de la taxation au tonnage », avant de « recueillir les avantages fiscaux » qui en découlaient (*pts 43 et 45*). Corrélativement, la Cour ne s'est que très peu intéressée que très peu aux effets concrets susceptibles d'être produits par le RELf, car si elle a relevé que ce régime favorisait l'activité des GIE elle n'a cependant pas recherché si tel avait effectivement été le cas. La Cour semble ainsi avoir raisonné en partant du postulat que les destinataires d'une aide fiscale en sont également les bénéficiaires. Cette approche n'est pas sans rappeler les conclusions sous la décision Kingroup (*CE*, 9<sup>e</sup> et

8<sup>e</sup> ss-sept., 4 avr. 1997, n° 144211, *Sté Kingroup INC* : *JurisData* n° 1997-041747 ; *Dr. fisc.* 1997, n° 26, comm. 728 ; *RJF* 5/1997, n° 424, concl. F. Loloum, p. 293. Pour un raisonnement similaire, v. déjà J. Felmy, concl. sous CAA Nancy, 17 juin 1993 : *BDCF* 01/94, p. 1) dans lesquelles le commissaire du gouvernement François Loloum a mis en évidence l'« autonomie fiscale d[es] GIE », en se fondant sur la circonstance que ces entités dispose[nt] d'une personnalité juridique distincte de celle de ses membres », ont la « qualité d'exploitant » et comptent l'impôt dû au titre de leurs bénéficiaires au nombre de leurs dettes sociales. Les GIE étant dotés de la « personnalité fiscale », il y aurait donc une certaine logique à ce que le bénéfice d'une aide fiscale soit appréciée à leur échelle. Toutefois, et indépendamment des critiques dont la notion de personnalité fiscale peut faire l'objet (V. notamment M. Pelletier, *Les normes du droit fiscal* : *Dalloz*, coll. NBT, vol. 78, 2008, p. 355, n° 572), le raisonnement de la CJUE est difficilement compatible avec le principe selon lequel les aides d'État doivent être appréciées en fonction de leurs effets (*CJCE*, 2 juill. 1974, aff. C-173/73, *Italie c/ Comm. (Textile italien)*, pt 27 : *Rec. CJCE* 1974, p. 709. – Dans le même sens, V. *CJCE*, plén., 26 sept 1996, aff. C-241/94, *France c/ Comm. (Kimberly Clark/Sopalin)*, pt 20 : *Rec. CJCE* 1996, p. I-4551) et qui implique notamment que l'identification du bénéficiaire d'une aide soit faite *in concreto*. En ce sens, il a été jugé que les bénéficiaires tenus au remboursement d'une aide d'État ne sont autres que « les entreprises qui en ont eu la jouissance effective » (*CJUE*, 3<sup>e</sup> ch., 21 déc. 2016, aff. C-164/15, P et C-165/15, P, *Comm. c/ Aer Lingus, Ryanair*, pt 90 : *Europe 2017*, comm. 72, note L. Idot – V. déjà *CJCE*, 21 mars 1991, aff. C-303/88, *Italie c/ Comm. (ENI-Lanerossi)*, pt 57 : *Rec. CJCE* 1991, p. I-1433). De même, alors qu'elle appréciait la sélectivité d'une mesure consistant en la collecte gratuite par l'État d'animaux et des déchets d'abattoir, la Cour de justice a estimé que cette mesure n'était pas d'application générale, dans la mesure où « les effets de la loi n° 96-1139 [en cause] se manifest[ai]ent essentiellement au profit des éleveurs et des abattoirs » (*CJCE*, 6<sup>e</sup> ch., 20 nov. 2003, aff. C-126/01, *SA GEMO*, pt 38 : *Rec. CJCE*, p. I-13769, concl. F. G. Jacobs ; *Dr. fisc.* 2004, n° 17, comm. 440, note B. Boutemy et E. Meier ; *RJF* 2/2004, n° 205, *chron. J. Turot*, p. 21 à 22). Or, si la notion de bénéficiaire doit être appréciée *in concreto*, cela implique qu'elle soit distinguée de la notion de destinataire, car il peut arriver que ce dernier ne tire aucun bénéfice effectif d'un avantage qui ne lui est que formellement accordé : tel est le cas, par exemple, dans l'hypothèse où le destinataire est une société créée dans le seul but de transmettre l'avantage en cause à une autre personne (concl. J. Mischo, pt 72, ss *CJCE*, 2 juill. 2002, aff. C-499/99, *Comm. c/ Espagne* : *Rec. CJCE* 2002, p. I-6031). En s'abstenant d'établir une distinction claire entre les notions de destinataire et de bénéficiaire, la Cour s'est donc écartée de cette jurisprudence. Celle-ci était pourtant pleinement applicable au cas d'espèce, car, même si au cas présent la CJUE n'avait pas à statuer sur le critère de sélectivité ou sur le remboursement d'une aide d'État, comme dans les affaires précitées, celle-ci ne s'est prononcée sur l'identification des bénéficiaires du RELf qu'à la seule fin de définir le cadre de référence pertinent pour l'appréciation du caractère sélectif de ce régime (plus largement, on notera que la notion de bénéficiaire permet de déterminer les personnes auprès de qui une aide d'État illégale doit être récupérée, et encore d'apprécier les critères caractérisant une aide d'État, qu'il s'agisse du critère de sélectivité comme en l'espèce ou du point de savoir si l'aide affecte la concurrence ou les échanges, V. en ce sens, concl. Ph. Léger, pt 118, ss *CJCE*, 13 juin 2002, aff. C-382/99, *Pays-Bas c/ Comm.* : *Rec. CJCE* 2002, p. I-5163. – V. aussi *Europe 2002*, comm. 293, note L. Idot).

4 – En deuxième lieu, on peut reprocher à la Cour de s'être prononcée en se fondant sur un principe, parfois évoqué en doctrine (M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen* : *Sirey*, 2011, p. 72, n° 133), suivant lequel « la qualification d'une me-

sure d'« aide d'État » ne [peut] dépendre du statut juridique des entreprises concernées ni des techniques utilisées » (pt 46). Si l'on suit la logique de la jurisprudence *Höfner*, en vertu de laquelle « la notion d'« entreprise » comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJUE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, pt 21 : *Rec. CJCE* 1991, p. I-1979. – Plus récemment, V. par ex. CJUE, gr. ch., 27 juin 2017, aff. C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c/ Ayuntamiento de Getafe*, pt 41 : *Dr. fisc.* 2017, n° 41, *comm.* 500, *note F. Pezet*), le principe formulé par la Cour peut être compris comme énonçant l'impossibilité de faire obstacle à la qualification d'aide d'État, ou à celle d'entreprise, en arguant de la seule transparence fiscale des entités concernées, ce qui en soi paraît peu critiquable. Toutefois, la jurisprudence *Höfner* a ici une portée limitée, car le fait qu'une entité ait le caractère d'une entreprise n'implique nullement qu'elle soit le bénéficiaire d'un avantage. Cette qualité ne pouvait donc pas être reconnue aux GIE du seul fait qu'ils agissaient en tant qu'entreprises – étant précisé que tel est bien le cas en l'espèce (pt 42) : même si de telles entités ont pour objet de favoriser et de développer l'activité de leurs membres, en effet, les GIE exerçaient bien une activité commerciale qui, en outre, leur était propre en fait, leurs membres n'ayant aucun rapport avec l'activité maritime, comme en droit (V. en ce sens F. Loloum, préc. – En droit français, *JCl. Commercial*, fasc. 1191, n° 6 à 8, par J.-J. Burst et H. Azarian. – en droit espagnol, V. par ex., J.-M. Santamaría Sánchez, R. Sánchez Ger et D. Almorza Gomar, *La pequeña y mediana empresa desde una perspectiva jurídica, económica y laboral : Servicio de publicaciones Universidad de Cádiz*, 1997, p. 17, § 3). De la même manière, la circonstance que la transparence d'une entité ne puisse pas faire obstacle à la qualification d'aide d'État ne justifie en rien que cette qualification, ou encore celle de bénéficiaire, soit appliquée.

5 – Enfin, et c'est le point le plus problématique de l'arrêt, la motivation retenue est telle que la Cour semble avoir désigné les GIE en qualité de « bénéficiaires directs » (pt 45) des mesures fiscales en cause, admettant par là même que des entités fiscalement transparentes puissent tirer un profit immédiat, c'est-à-dire sur le plan proprement fiscal, d'un avantage consistant *in fine* en une réduction d'impôt. Cette hypothèse paraît de prime abord assez peu crédible car, dans la mesure où ils ne sont pas débiteurs de l'impôt dû au titre de leurs bénéficiaires, les GIE ne supportent pas le poids de la fiscalité : ces entités n'auraient donc pas pu tirer un profit immédiat, au sens où nous avons défini cette notion, des mesures dont l'intérêt principal résidait en une diminution de l'assiette imposable au titre de leurs revenus. La logique économique du schéma plaide également en ce sens, car ce sont les membres du GIE, et non le groupement en lui-même, qui avaient, au premier chef, vocation à recueillir les avantages résultant des pertes générées par ce dernier. Le raisonnement est simple : il est cependant suffisamment convainquant pour que la Commission s'y soit référé pour dénier la qualité de bénéficiaire aux « GIE fiscaux » français, qui exploitaient un régime très proche du RELF (*Comm. UE, règl. (UE) n° 2007/251*, 20 déc. 2006, pt 90 à 101 : *JOUE* n° L 112/41, p. 41). Toutefois, certains indices semblent indiquer que la Cour a entendu s'affranchir de ces considérations en retenant pour cela une approche abstraite de la notion de bénéficiaire. En ce sens, on relèvera l'assimilation déjà signalée que la Cour semble avoir opérée entre la notion de bénéficiaire et celle de destinataire. Par ailleurs, il est notable que la Cour ait consacré des développements à la notion d'aide fiscale (pt. 37), alors qu'elle n'avait à se prononcer que sur le seul cas des GIE. De même, on ne peut ignorer le fait que, selon la Cour, les avantages économiques que ces entités n'auraient pas pu obtenir dans les conditions normales de marché correspondaient notamment au « montant des impôts évités ou des intérêts épargnés sur

les impôts reportés en vertu du régime de la taxation au tonnage et le montant des impôts évités sur la plus-value réalisée au moment de la vente du navire » (pt 44). Il est possible de restreindre la portée de ce dernier constat en objectant qu'il a été énoncé alors que la Cour se prononçait sur le critère relatif à l'emploi de ressources publiques. On peut encore ajouter que la Cour s'est bornée sur ce point à relever « les faits constatés » dans « la décision litigieuse » : l'ambiguïté ne demeure pas moins. Toutefois, la formule employée par la Cour, selon laquelle les GIE avaient la qualité de « bénéficiaires directs des avantages découlant » des mesures fiscales constitutives du RELF, n'étant pas univoque, une approche différente de celle qui a été suivie jusqu'ici, fondée sur la théorie des aides indirectes, peut permettre de surmonter la plupart de ces difficultés.

## 2. La désignation des GIE en qualité de bénéficiaires : une solution justifiable

6 – La Cour de justice consacre une théorie des aides indirectes sur laquelle il convient de revenir avant d'en apprécier la transposabilité au cas présent. Il est aujourd'hui acquis que l'appréciation d'une aide d'État doit « tenir compte de tous les éléments directs et indirects », c'est-à-dire de « l'aide proprement dite » et de « l'aide indirecte qu'[elles] peuvent constituer » (*CJCE*, 25 juin 1970, aff. C-47/69, *France c/ Comm.*, pt 4, 8 et 17 : *Rec. CJCE* 1970, p. 487. – Plus récemment, V. concl. N. Wahl ss CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 20 sept 2017, aff. C-300/16, *P. Comm. c/ Frucona Košice : Europe* 2017, *comm.* 423, *note L. Idot*). Cependant, en dépit de la constance de cette jurisprudence, la Cour n'a jamais énoncé une définition générale de la notion d'aide indirecte, d'où il résulte une certaine incertitude. Ainsi, il est notable par exemple que la réduction d'impôt accordée au titre de la souscription au capital de certaines PME, visée à l'article 885-0V bis du CGI, ait été soumise à la règle *de minimis*, non pas tant parce qu'il résultait de l'analyse qu'elle devait l'être, mais parce qu'il apparaissait « raisonnable de subordonner l'application d'une limitation de l'impôt au respect de cette règle », et parce que « la notion d'aide indirecte soulève des difficultés réelles de mise en œuvre » (*AN, rapp. n° 62*, 5 juill. 2007, par G. Carrez). De même, c'est l'ambiguïté de cette distinction qui a conduit à ce qu'elle ne soit plus mentionnée à l'article L. 1511-3 du Code général des collectivités territoriales, relatif aux aides accordées par les collectivités territoriales (*C. comptes, Interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises : Editions du Journal officiel*, 1996, p. 36, al. 7). Pour préciser la notion d'aide d'État indirecte, il est cependant possible de se placer en amont de la qualification d'aide d'État en s'intéressant aux notions d'avantage et de bénéficiaire. En effet, un avantage peut être qualifié de direct lorsqu'il se traduit par un transfert de ressources ; à l'inverse, un profit est indirect lorsque l'État avantage une entreprise sans pour autant procéder à un tel transfert. Ainsi, la CJUE a par exemple qualifié d'aide d'État « une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, pla[çait] les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables » (*CJCE*, 15 mars 1994, aff. C-387/92, *Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA c/ Ayuntamiento de Valencia*, pt 14 : *Rec. CJCE* 1994, p. I-877. – Plus récemment, V. CJUE, 7<sup>e</sup> ch., 9 oct. 2014, aff. C-522/13, *Ministerio de Defensa et Navantia SA c/ Concello de Ferrol*, pt 23 : *JurisData* n° 2014-026283 ; *Europe* 2014, *comm.* 539, *note L. Idot*). Ici, la distinction entre directe et indirect est cependant secondaire : tout au plus, elle permet de rappeler que l'existence d'un avantage, élément qui à ce stade est le seul qui importe, relève d'une analyse économique, et non d'une analyse juridique ou fiscale. Cela étant, il paraît assez intuitif de qualifier le bénéficiaire de direct ou d'indirect selon qu'il perçoit un avantage qui est lui-même direct ou indirect. Cependant, une telle extension conduirait à confondre deux

notions : celle de bénéficiaire d'un avantage et celle de bénéficiaire d'une mesure. En toute logique, le bénéficiaire d'un avantage ne peut jamais qu'être direct, en ce sens qu'il retire un profit personnel et immédiat de l'avantage qu'il perçoit. Le bénéficiaire d'une mesure, quant à lui, peut en revanche être direct ou indirect. Le bénéficiaire direct d'une mesure, en effet, est celui qui perçoit l'avantage dans sa forme originelle – ce dont on peut notamment juger au regard des travaux préparatoires (CJCE, 23 févr. 1961, aff. C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute autorité de la CECA* : Rec. CJCE 1961, p. 3 – V. not. p. 48 et s. du recueil). La nature directe ou indirecte de l'avantage perçu par le bénéficiaire direct importe peu : une personne peut en effet avoir cette qualité alors que les mesures dont il bénéficie ne constituent qu'un avantage indirect. S'agissant des bénéficiaires indirects ceux-ci bénéficient d'un avantage dont la principale caractéristique est qu'il trouve sa cause dans l'avantage direct (V. par ex. concl. Ph. Léger, pt 122, ss CJCE, 13 juin 2002, aff. C-382/99, *Pays-Bas c/ Comm., préc.*) dont profite une personne avec qui elle entretient un rapport plus ou moins étroit : ils peuvent ainsi être qualifiés de bénéficiaires par ricochet afin d'éviter toute confusion. Cette définition empirique doit être rapprochée de celle proposée par la Commission, selon qu'un avantage indirect n'est rien d'autre qu'un effet secondaire volontairement orienté vers certains opérateurs (*Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, § 1, du TFUE*, pt 116 : JOUE n° C 262, 19 juill. 2016). Cela étant, l'avantage dérivé se distingue de l'avantage primitif où il trouve sa cause, tant par sa nature que par ses effets. Un avantage fiscal peut ainsi générer un avantage non fiscal : dans un important arrêt *Allemagne c/ Commission* (Comm. CE, déc. n° 98/476/CE, 21 janv. 1998, p. 50, pt IV, al. 6 : JOUE n° L 212, 30 juill. 1998. – Cette décision a été validée par CJCE, plén., 19 sept 2000, aff. C-156/98, *Allemagne c/ Comm.* : Rec. CJCE, p. I-06857 ; Dr. fisc. 2000, n° 41, act. 100249 ; RJF 2/2001, n° 273), la CJUE a jugé par exemple qu'un allègement d'impôt accordé aux associés de certaines sociétés favorisait la prise de participations et l'amélioration des conditions contractuelles dont profitaient ces dernières, lesquelles devaient dès lors être regardées comme profitant d'un avantage indirect. De même, « une aide d'État indirecte ne requiert pas nécessairement l'existence d'une aide d'État directe » (concl. F. G. Jacobs, pt 59, ss CJCE, 3 juill. 2003, aff. C-457/00, *Belgique c/ Comm.* : Rec. CJCE 2003, p. I-6931 ; V. Europe 2003, comm. 286. – Dans le même sens, V. CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 28 juill. 2011, aff. C-403/10, P, *Mediaset*, pt 81 : Europe, 2011, comm. 375, note L. Idot), ce qui atteste du caractère distinct des avantages primitifs et dérivés. Il résulte de cette analyse que la notion d'aide indirecte recouvre en réalité deux situations : celle dans laquelle l'aide est accordée sous la forme d'un avantage indirect ; et celle dans laquelle l'aide identifiée est un avantage qui dérive d'un avantage distinct mais connexe (V. par ex. *Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, § 1, du TFUE*, préc., pt 115, qui définit les aides indirectes comme recouvrant ces deux cas de figure).

7 – La théorie des aides d'État indirectes qui vient d'être exposée semble devoir être appliquée au cas présent. En premier lieu, on relèvera que la décision du 25 juillet 2018 a été rendue sans conclusions d'avocat général, ce qui, aux termes du paragraphe 5 de l'article 20 des statuts de la CJUE, signifie qu'elle n'a pas tranché une question de droit nouvelle : or, si tel est le cas, c'est bien que la solution au problème tranché par la Cour a été résolue au regard des décisions antérieures. En deuxième lieu, il résulte de ce qui a été exposé précédemment que le fait que la Cour ait qualifié les GIE de « bénéficiaires directs des avantages » générés par le RELF n'est pas incompatible avec l'hypothèse selon laquelle ces derniers bénéficiaient indirectement des mesures litigieuses. En troisième lieu, même si l'arrêt ne fait pas expressément référence à la notion d'avantage indirect, la Cour a pris le soin d'indiquer que les avantages dont

bénéficiaient les GIE trouvaient leur cause dans les mesures constitutives du RELF, mettant ainsi en évidence leur caractère dérivé. Enfin, l'analyse tend à démontrer que les GIE ont bien la qualité de bénéficiaires par ricochet des mesures fiscales en cause. En effet, bien qu'il ait encouragé le schéma d'optimisation litigieux, ce régime offrait également aux entreprises, qu'elles aient été fiscalement transparentes ou non, un avantage consistant, certes, en une diminution d'impôt (CJUE, 4<sup>e</sup> ch., 6 oct. 2015, aff. C-66/14, *Finanzamt Linz*, pt 27 : Dr. fisc. 2015, n° 42, act. 567 ; Europe 2015, comm. 494, note A.-L. Mosbrucker. – V. L. Bernardeau, O. Peiffert et F. Schmied, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe* (sept/déc. 2015) : Dr. fisc. 2016, n° 3, étude 74, n° 34 à 39 et 63 et s.), mais qui permettait *in fine* de réduire le montant total des fonds devant être avancés pour le financement des navires. Il est vrai que les contribuables membres du GIE profitaient des suramortissements sans participer directement à l'effort de financement, puisque les pertes générées par le GIE ne donnaient par définition jamais lieu à une compensation de leur part. Toutefois, les banques à l'origine du montage conservaient une participation majoritaire dans le GIE tout au long de l'opération, si bien que la plus grande partie des allègements d'impôt accordés a bien été affectée au financement des navires exploités par les GIE. En outre, et suivant la logique de l'arrêt *Allemagne c/ Commission* précité, on peut avancer l'idée que c'est précisément les avantages fiscaux litigieux qui ont favorisé la prise de participations au sein de ces entités. Enfin, et dans la mesure où une partie substantielle de ces avantages était transmise aux acheteurs finaux sous la forme d'un rabais équivalent à 30 % du prix de marché, le RELF a encouragé l'achat des navires en favorisant par là même l'activité des GIE.

8 – Même s'il est possible de se rattacher à cette interprétation pour justifier la solution finalement retenue, le présent arrêt ne reste pas moins empreint d'une certaine ambiguïté, comme nous l'avons déjà signalé. Toutefois, on notera que cette incertitude concerne uniquement le point de savoir si les GIE avaient ou non la qualité de bénéficiaires : s'agissant de l'appréciation du critère de sélectivité, en effet, la CJUE a clairement énoncé la méthode qu'il convenait selon elle d'appliquer.

### 3. Appréciation du caractère sélectif des mesures litigieuses : une approche attendue

9 – Après avoir qualifié les GIE de bénéficiaires, la Cour a jugé que le Tribunal avait commis une erreur de droit en s'abstenant de rechercher, d'une part, si les avantages dont bénéficiaient les GIE avaient le caractère d'une aide d'État, d'autre part, si – en avançant que « seules les entreprises qui réalisaient un certain type d'investissement par l'intermédiaire d'un GIE » pouvaient profiter du RELF, alors « que les entreprises qui réalisaient des investissements similaires dans le cadre d'autres opérations ne pouvaient en bénéficier » (pt 64) – la Commission n'avait pas établi que ce régime introduisait un traitement différencié entre les opérateurs économiques.

10 – La première erreur relevée par la Cour découle logiquement de ce que les GIE n'ont pas été qualifiés de bénéficiaires par l'arrêt attaqué. Si, statuant sur renvoi, le Tribunal se rallie à la position de la CJUE, il devra alors se prononcer sur le caractère discrétionnaire de l'agrément auquel le REAA était subordonné : pour la CJUE (CJUE, 5<sup>e</sup> ch., 18 juill. 2013, aff. C-6/12, P Oy ; Dr. fisc. 2013, n° 36, act. 474. – V. L. Bernardeau et O. Peiffert *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe* (juill./déc. 2013) : Dr. fisc. 2014, n° 6, étude 150, n° 60 à 66. – Comp. CJCE, 15 juill. 2004, aff. C-501/00, *Espagne c/ Comm.*, pt 121 : Rec. CJCE 2004, p. I-6717) comme pour la Commission (*Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à*

*l'article 107, § 1, du TFUE, préc., pt 123*), en effet, une mesure à l'égard de laquelle l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire étendu, pour déterminer les bénéficiaires et les conditions d'application, doit être regardée comme sélective, ce qui se justifie notamment eu égard au caractère individuel d'un tel procédé (*C. Prieto, Les rescrits fiscaux sous l'emprise de la prohibition des aides d'État : Concurrency, n° 2, 2017, pt 16*. – Pour une étude globale relative au caractère sélectif des mesures individuelles dans le domaine fiscal, *V. not., E. Raingeard de la Blétière, Les décisions individuelles à la lumière des aides d'État : coup de projecteur sur un risque méconnu : Dr. fisc. 2015, n° 27, étude 452*).

11 – La seconde erreur, quant à elle, vient de ce que Tribunal a refusé d'opérer une comparaison entre les entreprises, au regard de l'objectif poursuivi par le régime de droit commun, selon qu'elles ont pu ou non bénéficier d'une mesure dérogatoire, en relevant que cet avantage était potentiellement accessible à toutes les entreprises : depuis ses décisions *Autogrill España* et *Banco Santander* (*Trib. UE, 7 nov. 2014, aff. T-219/10, Autogrill España c/ Comm., pt 41 à 46 : JurisData n° 2014-030997 ; Europe 2015, comm. 24, note L. Idot. – V. L. Bernardeau et O. Peiffert, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (nov./déc. 2014) : Dr. fisc. 2015, n° 6, étude 126, n° 19 et s. – E. Raingeard de la Blétière, Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2014 : Dr. fisc. 2015, n° 9, étude 171. – Trib. UE, 2<sup>e</sup> ch., 7 nov. 2014, aff. T-399/11, Banco Santander et Santusa c/ Comm., pt 45 à 49 : JurisData n° 2014-029647 ; Europe 2015, comm. 24, note L. Idot, préc.), le Tribunal estime en effet que le critère de la sélectivité ne peut être regardé comme étant établi du seul fait qu'une mesure déroge au droit commun. Ce raisonnement a cependant été censuré par la jurisprudence *World Duty Free Group* (*CJUE, gr. ch., 21 déc. 2016, aff. C-20/15 P, Comm. c/ World Duty Free Group SA, anciennement Auto-**

*grill Espana SA. – CJUE, gr. ch., 21 déc. 2016, aff. C-21/15, P, Comm. c/ Banco Santander SA et Santusa Holding SL : Dr. fisc. 2017, n° 26, comm. 373, note A. Maitrot de la Motte. – F. Sicard, Quand la sélectivité n'est plus sélective, ou le nécessaire rééquilibrage des critères des aides d'État : Dr. fisc. 2017, n° 26, étude 367. – M. Karpenschif et J.-L. Sauron, Droit des aides d'État – Décisions du 1<sup>er</sup> septembre au 31 décembre 2016 : JCP A 2017, 2118*), dans lequel la formation la plus solennelle de la Cour de justice a jugé qu'une mesure dérogeant au droit commun devait être regardée comme étant sélective. La plupart des auteurs ont critiqué cet arrêt au motif qu'il entretiendrait une certaine confusion entre la notion de sélectivité et celle d'avantage (*V. par ex., F. Sicard, Quand la sélectivité n'est plus sélective, ou le nécessaire rééquilibrage des critères des aides d'État, préc. – V. également G. Perotto, La selettività? negli aiuti fiscali : estensione della nozione e limiti alla discrezionalità? fiscale nazionale : European Papers, 2017, vol. 2, n° 3, p. 1017 et 1029, spéc. p. 1023. – À l'inverse, rares sont les auteurs à avoir salué cette décision, V. par ex., M. Karpenschif et J.-L. Sauron, Droit des aides d'État – Décisions du 1<sup>er</sup> septembre au 31 décembre 2016, préc.). Cependant, quel que soit leur bien-fondé, ces critiques ne devraient pas pouvoir prospérer, car comme il a déjà été noté (*F. Sicard, Quand la sélectivité n'est plus sélective, ou le nécessaire rééquilibrage des critères des aides d'État, préc., spéc. n° 8*) la CJUE ne semble pas prête, pour le moment, à engager le dialogue sur ce point : c'est donc sans surprise que la Cour a confirmé sa jurisprudence *World Duty Free Group* dans le présent arrêt.*

Juan Carlos LEON AGUIRRE,  
élève-avocat

**MOTS-CLÉS :** Aides d'État - Sélectivité - Bénéficiaire direct d'une mesure à l'origine d'une réduction d'impôt - Entité fiscalement transparente (oui)