Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GIOVANNI PITRUZZELLA
présentées le 15 octobre 2020[1]

Affaire C-362/19 P

Commission européenne
contre

Fútbol Club Barcelona

« Pourvoi – Aides d'État – Aide octroyée à certains clubs de football professionnel – Article 107, paragraphe 1, TFUE – Notion d'"avantage" – Régime d'aides – Taux préférentiel d'imposition appliqué aux seuls clubs autorisés à recourir au statut d'entité à but non lucratif – Déduction fiscale moins avantageuse – Incidence »

1. La présente affaire concerne un pourvoi formé par la Commission européenne, laquelle demande à la Cour d'annuler l'arrêt du 26 février 2019, Fútbol Club Barcelona/Commission (T-865/16, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2019:113), par lequel le Tribunal de l'Union européenne a fait droit au recours du Fútbol Club Barcelona (ci-après le « FC Barcelona ») et a annulé la décision (UE) 2016/2391 de la Commission, du 4 juillet 2016, relative à l'aide d'État SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) octroyée par l'Espagne à certains clubs de football[2] (ci-après la « décision litigieuse »).

2. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a, en substance, reproché à la Commission de ne pas avoir suffisamment examiné, dans le cadre de l'analyse du régime fiscal applicable aux clubs de football dont elle estimait qu'ils étaient les bénéficiaires d'une aide d'État, l'importance de la déduction pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels prévue par le régime en question, aux fins de la détermination de l'existence d'un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Le Tribunal a également reproché à la Commission de ne pas avoir demandé suffisamment d'informations à cet égard au cours de la procédure d'examen.

3. La présente affaire permettra à la Cour de fournir des précisions sur le type d'analyse que la Commission doit effectuer, ainsi que sur les facteurs qu'elle doit prendre en considération en vue de déterminer l'existence d'un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, en particulier dans les cas de régimes fiscaux dérogatoires qui prévoient un taux d'imposition préférentiel pour les assujettis à un tel régime.

1 Langue originale : l'italien.

2 JO 2016, L 357, p. 1.

I. Les faits à l'origine du litige

4. La Ley 10/1990 del Deporte (loi 10/1990 sur le sport), du 15 octobre 1990 [3] (ci-après la « loi 10/1990 »), a obligé tous les clubs sportifs professionnels espagnols à se transformer en sociétés anonymes sportives (ci-après les « SAS »). L'objectif de la loi était d'encourager une gestion plus responsable de l'activité des clubs en adaptant leur forme juridique.

5. Par sa septième disposition additionnelle, la loi 10/1990 prévoyait cependant une exception s'agissant des clubs sportifs professionnels ayant réalisé un résultat positif lors des exercices précédant l'adoption de la loi. Cette exception prévoyait, pour les clubs concernés, la possibilité de continuer à opérer sous la forme de clubs sportifs. Les seuls clubs sportifs professionnels à entrer dans le champ de cette exception étaient le FC Barcelona ainsi que trois autres clubs (le Club Atlético Osasuna, l'Athletic Club et le Real Madrid Club de Fútbol, ci-après le « Real Madrid »), lesquels ont tous exercé la faculté en question.

6. À la différence des SAS, les clubs sportifs sont des personnes morales sans but lucratif qui bénéficient, à ce titre, d'un taux spécifique d'imposition de leurs revenus. Ce taux est resté inférieur à celui applicable aux SAS jusqu'en 2016.

7. Par lettre du 18 décembre 2013, la Commission a notifié au Royaume d'Espagne sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, au regard d'un possible traitement fiscal préférentiel accordé aux clubs sportifs professionnels de football soumis au régime fiscal des entités à but non lucratif par rapport à ceux soumis au régime des SAS.

8. Par la décision litigieuse, la Commission a conclu que, avec la loi 10/1990, le Royaume d'Espagne avait introduit illégalement une aide sous la forme d'un privilège fiscal en matière d'impôt sur les sociétés, au profit de certains clubs de football, en particulier du FC Barcelona, du Club Atlético Osasuna, de l'Athletic Club et du Real Madrid, en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE [4]. La Commission a conclu, en outre, que ce régime n'était pas compatible avec le marché intérieur et a enjoint, en conséquence, au Royaume d'Espagne d'y mettre fin et de récupérer auprès des bénéficiaires la différence entre l'impôt sur les sociétés payé et l'impôt sur les sociétés auquel ils auraient été soumis s'ils avaient eu la forme juridique de SAS, à compter de l'exercice fiscal pour l'année 2000, tout en réservant en particulier l'hypothèse où l'aide serait une aide de minimis [5].

II. La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

9. Par requête déposée au greffe du Tribunal le 7 décembre 2016, le requérant a introduit un recours en annulation de la décision litigieuse à l'appui duquel il a invoqué cinq moyens.

10. Par l'arrêt attaqué, après avoir rejeté le premier moyen du recours invoqué par le FC Barcelona [6], le Tribunal a fait droit au deuxième moyen concernant, d'une part, une erreur d'appréciation en violation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE quant à l'existence, en l'espèce, d'un avantage et, d'autre part, une violation du principe de bonne administration dans le cadre de l'examen de l'existence de cet avantage.

3 BOE nº 249, du 17 octobre 1990, p. 30397.

4 Article 1er de la décision litigieuse.

5 Voir article 2 et article 4, paragraphes 1 et 4, de la décision litigieuse.

6 Le premier moyen de recours invoqué par le FC Barcelona était tiré de la violation de l'article 49 TFUE lu en combinaison avec les articles 107 et 108 TFUE, ainsi que de l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Voir points 25 à 37 de l'arrêt attaqué.

11. À cet égard, le Tribunal a tout d'abord considéré que, aux fins d'apprécier si la mesure introduite par la loi 10/1990 était susceptible de conférer un avantage, les différentes composantes du régime fiscal des entités à but non lucratif devaient être appréciées ensemble, dans la mesure où elles constituaient un *tout* indissociable que la loi 10/1990 n'avait pas modifié, sauf en ce qui concerne son champ d'application personnel [7].

12. Le Tribunal a, partant, jugé qu'il convenait d'examiner si la Commission avait établi à suffisance de droit, dans la décision litigieuse, que le régime fiscal des entités à but non lucratif, pris dans son ensemble, était de nature à placer ses bénéficiaires dans une situation plus avantageuse que s'ils avaient dû opérer sous la forme de SAS [8].

13. Le Tribunal a tout d'abord constaté que, durant la période concernée, les quatre clubs bénéficiaires du régime litigieux s'étaient effectivement vu appliquer un taux nominal d'imposition préférentiel par rapport aux clubs opérant sous la forme de SAS [9]. Toutefois, le Tribunal a également relevé que le Real Madrid avait souligné, au cours de la procédure administrative, que la déduction fiscale pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels avait été plus élevée pour les SAS que pour les entités sans but lucratif et que, en fonction des circonstances, cette déduction pouvait être très importante [10].

14. Le Tribunal a relevé que, dans la décision litigieuse, la Commission avait exclu que l'avantage relatif découlant du plafond plus élevé de déductions fiscales applicable aux SAS vienne contrebalancer le taux préférentiel d'imposition dont bénéficiaient les entités à but non lucratif, au motif, d'une part, que la preuve n'était pas apportée que ce système de déductions fiscales « soit, en principe et à long terme, plus avantageux » et, d'autre part, que la déduction fiscale n'était octroyée « que dans certaines conditions, qui ne s'appliquent pas de manière continue » [11].

15. Dans ce contexte, le Tribunal a considéré que la Commission, sur qui reposait la charge de la preuve de l'existence d'un avantage découlant du régime fiscal des entités à but non lucratif, dont les différentes composantes ne pouvaient en l'espèce être dissociées, ne pouvait conclure à l'existence d'un tel avantage sans démontrer que le plafonnement des déductions fiscales à un niveau moins avantageux pour les entités à but non lucratif que pour les SAS ne venait pas compenser l'avantage tiré du taux nominal d'imposition inférieur [12]. À cet égard, le Tribunal a relevé qu'il était loisible à la Commission de demander, dans les limites de ses obligations d'investigation dans le cadre de la procédure administrative, les éléments d'information qui apparaissaient pertinents pour l'appréciation à effectuer à cet égard [13].

16. Quant au constat de la conditionnalité du bénéfice de la déduction, le Tribunal a estimé qu'il ne suffisait pas pour conclure à l'existence d'un avantage. À cet égard, d'une part, il a relevé qu'une déduction est en soi susceptible de constituer une aide, ce qui justifie, nonobstant sa conditionnalité, qu'il en soit tenu compte dans le cadre de l'examen de l'existence d'un avantage. D'autre part, il a considéré que, en l'absence, dans la décision litigieuse, d'analyse des possibilités de report des déductions fiscales, il manquait, dans cette décision, l'appréciation de l'éventuel lissage dans le temps des effets de ce mécanisme fiscal, susceptible de compenser le caractère prétendument non « continu » relevé par la Commission [14].

7 Voir point 53 de l'arrêt attaqué.

8 Point 54 de l'arrêt attaqué.

9 Point 55 de l'arrêt attaqué.

10 Point 57 de l'arrêt attaqué.

11 Point 58 de l'arrêt attaqué, avec renvoi au considérant 68 de la décision litigieuse.

12 Point 59 de l'arrêt attaqué.

13 Point 59 de l'arrêt attaqué.

14 Point 60 de l'arrêt attaqué.

17. Eu égard aux considérations susmentionnées, le Tribunal a constaté que la Commission ne s'était pas acquittée, à suffisance de droit, de la charge de prouver que la mesure litigieuse conférait un avantage à ses bénéficiaires.

18. Par conséquent, le Tribunal a annulé la décision litigieuse sans examiner les autres arguments et moyens de recours invoqués par le FC Barcelona.

III. Conclusions des parties

19. Par son pourvoi, la Commission demande à la Cour d'annuler l'arrêt attaqué, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal et de réserver la décision quant aux dépens.

20. Le FC Barcelona et le Royaume d'Espagne demandent à la Cour de rejeter le pourvoi de la Commission et de condamner cette dernière aux dépens.

IV. Analyse du pourvoi

A. Brève synthèse des arguments des parties

21. Dans son pourvoi, la Commission invoque un moyen unique tiré de la violation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Ce moyen unique est divisé en deux branches.

22. Dans la première branche, la Commission fait valoir que le Tribunal a commis des erreurs de droit dans l'appréciation de l'examen qu'elle doit entreprendre pour déterminer si un régime fiscal accorde un avantage à ses bénéficiaires. La Commission reproche au Tribunal d'avoir jugé nécessaire non seulement une analyse des critères du régime en cause (comme un taux d'imposition préférentiel) qui sont de nature à mettre le bénéficiaire dans une position plus favorable par rapport à celle des autres entreprises soumises au régime général, mais également l'analyse d'éléments défavorables de ce régime qui dépendent de circonstances extérieures à ce dernier et qui sont susceptibles de changer à chaque exercice fiscal (comme la déduction fiscale pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels, qui dépend de décisions d'investissement prises par les entreprises bénéficiaires), et ce même si ces éléments défavorables sont de nature aléatoire, ne sont pas en mesure de neutraliser systématiquement l'avantage et ne peuvent être prévus dans le cadre d'un examen ex ante du régime fiscal en cause.

23. En premier lieu, la Commission fait valoir que, contrairement aux affirmations du Tribunal [15], dans la décision litigieuse, l'analyse n'a porté que sur un régime d'aides et non pas également sur des aides individuelles. Le Tribunal aurait interprété de manière erronée tant la décision litigieuse que l'article 1er, sous d), du règlement (UE) 2015/1589 [16]. Par conséquent, selon la jurisprudence, la Commission pouvait se borner à analyser les caractéristiques générales du régime fiscal pour démontrer que les critères constitutifs d'une aide d'État étaient réunis et elle n'était pas tenue d'examiner la matérialisation effective de l'aide en question pour chaque club bénéficiaire. Cette matérialisation concrète aurait dû être déterminée au moment de la récupération.

15 Voir point 69, in fine, de l'arrêt attaqué.

16 Règlement du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO 2015, L 248, p. 9).

24. En second lieu, la Commission soutient qu'il ressort de la jurisprudence que, lorsqu'elle analyse une mesure nationale susceptible de constituer une aide d'État, elle devrait se situer au moment de l'adoption du régime fiscal examiné et procéder à une appréciation ex ante, pour déterminer si ce régime est susceptible d'accorder un avantage. En effet, aux fins de la détermination de l'existence d'une aide d'État, une mesure mise en œuvre en l'absence de notification préalable ne saurait être traitée de manière plus favorable par rapport à une mesure notifiée.

25. Il s'ensuivrait que l'élément déterminant pour l'analyse du critère de l'existence d'un avantage serait constitué par la capacité de la mesure à apporter un avantage. Partant, le fait qu'il puisse être démontré, sur la base d'éléments ultérieurs, que, dans un certain nombre de cas, l'avantage ne s'est pas matérialisé ne saurait être déterminant aux fins de l'appréciation de l'existence d'un avantage, et ce a fortiori lorsque la Commission doit analyser un régime d'aides. Si, au cours d'un exercice déterminé, les avantages découlant du régime en cause sont complètement compensés par les désavantages, alors l'avantage ne se sera pas matérialisé dans cet exercice et, partant, il ne sera pas nécessaire, pour ledit exercice spécifique, d'effectuer une récupération dans le chef du bénéficiaire concerné.

26. Conformément à ces principes, l'application d'un taux réduit de l'impôt sur les sociétés à certaines entreprises constituerait un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, dans la mesure où il serait susceptible de favoriser directement ces entreprises. Cet avantage se matérialiserait chaque fois que ces dernières réaliseraient des bénéfices constituant la base d'imposition.

27. La Commission reconnaît que, dans la présente espèce, le régime fiscal des entités sans but lucratif prévoyait une déduction fiscale pour le réinvestissement de bénéfices exceptionnels moins importante que celle prévue par le régime général de l'impôt sur les sociétés. Toutefois, le Tribunal aurait commis une erreur de droit dans l'appréciation du lien existant entre éléments favorables et éléments défavorables du régime fiscal des entités sans but lucratif. En effet, lorsqu'un régime particulier comporte également certains désavantages ou éléments défavorables qui se matérialisent seulement en fonction de circonstances extérieures au régime et variant d'un exercice à l'autre, ces éléments ne sauraient être considérés comme des éléments qui neutralisent l'avantage, à moins qu'ils n'entretiennent avec cet avantage une relation propre à garantir la neutralisation de l'avantage dans tous les exercices d'imposition. Toutefois, selon la Commission, cela ne serait pas le cas en l'espèce.

28. En premier lieu, bien que le taux d'imposition comme le pourcentage de la déduction pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels fassent partie tant du régime général que du régime spécifique des entités sans but lucratif, le montant des déductions dépendrait, toutefois, d'un facteur extérieur au régime qui n'aurait aucune relation avec l'application du taux d'imposition. Il serait, en effet, lié à la politique de réinvestissement adoptée par chaque club dans le cadre des transferts de joueurs au cours d'un exercice déterminé. Il s'agirait, partant, d'un élément aléatoire et sans lien avec l'avantage résultant de l'application du taux préférentiel d'imposition, dont l'effet pourrait être mesuré seulement au moment où se matérialise l'avantage au cours de chaque exercice fiscal. Contrairement aux considérations du Tribunal, il ne serait donc pas possible d'apprécier cet élément de manière indissociable de l'application du taux préférentiel d'imposition, lequel serait, en soi, de nature à procurer un avantage aux clubs qui en bénéficient.

29. En deuxième lieu, le régime en question ne garantirait pas que les éléments défavorables de celui-ci neutralisent systématiquement les avantages qu'il comporte. Dans la présente espèce, le taux d'imposition serait appliqué aux bénéfices, tandis que la déduction serait basée sur les réinvestissements de certains bénéfices exceptionnels qui, en pratique, dans le domaine particulier du football, dérivent du transfert des joueurs. Il s'ensuivrait que les deux éléments en question du régime fiscal ne seraient pas compatibles entre eux et ne pourraient donc pas se neutraliser.

30. En troisième lieu, la matérialisation effective de l'avantage serait appréciée, pour chaque exercice fiscal, dans le cadre de l'impôt annuel dû et serait donc susceptible de varier d'une année à l'autre. Cette matérialisation inclut également les crédits d'impôt dont les clubs peuvent bénéficier pour chaque exercice fiscal et qui ne peuvent être déterminés ex ante.

31. Dans la seconde branche du moyen unique du pourvoi, la Commission fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant de manière erronée l'obligation de diligence et la charge de la preuve de l'existence d'un avantage qui pèseraient sur elle. Le Tribunal aurait reproché à tort à la Commission, au point 59 de l'arrêt attaqué, de ne pas avoir demandé des informations qui lui auraient permis de démontrer que la limitation des déductions fiscales à un niveau moins favorable pour les entités sans but lucratif par rapport aux SAS ne compensait pas l'avantage découlant du taux d'imposition inférieur. À la lumière des considérations exposées dans la première branche du moyen unique, cette preuve n'était pas nécessaire. Le Tribunal, en substance, prétendrait que la Commission procède à un examen ex post de données postérieures à l'adoption de la mesure. Au moment de l'adoption du régime fiscal en cause, en effet, il aurait été matériellement impossible de prévoir la façon dont le taux d'imposition réduit se serait combiné avec le montant déductible au titre du réinvestissement de bénéfices exceptionnels. Une analyse ex post de la matérialisation de l'avantage, comme celle exigée par le Tribunal, ne serait toutefois pas nécessaire pour établir l'existence d'un avantage procuré par une aide d'État. La solution adoptée par le Tribunal serait, partant, plus favorable aux régimes d'aides non notifiés par rapport aux régimes notifiés.

32. Enfin, la Commission conteste les affirmations par lesquelles le FC Barcelona fait valoir le caractère inopérant de certains arguments qu'elle soulève. Selon la Commission, bien que le FC Barcelona qualifie ces questions et ces arguments d'inopérants, en réalité il invoque leur irrecevabilité.

33. Le FC Barcelona soutient, à titre liminaire, que certains des arguments et éléments avancés par la Commission dans son pourvoi sont inopérants. En premier lieu, la Commission invoquerait des faits nouveaux et produirait de nouvelles preuves. En second lieu, la Commission considérerait comme établies des questions de fait qui auraient été réfutées dans l'arrêt attaqué. En outre, certaines des affirmations de la Commission relatives à la décision litigieuse ne correspondraient pas à la réalité.

34. Sur le fond, pour ce qui concerne la première branche du moyen unique de la Commission, le FC Barcelona fait valoir, tout d'abord, que la mesure en question ne constitue pas un régime d'aides, mais consiste en des aides individuelles aux quatre clubs spécifiquement identifiés. En effet, dans la décision litigieuse, la Commission aurait décrit une mesure destinée uniquement à quatre sociétés, tout en précisant qu'aucun autre club ne pouvait en bénéficier.

35. Le FC Barcelona affirme, ensuite, que le régime fiscal des entités sans but lucratif n'aurait apporté aucun avantage aux quatre clubs en question. D'un point de vue juridique, le système fiscal espagnol serait conçu pour tendre à la neutralité fiscale et, partant, pour faire en sorte que le taux effectif d'imposition applicable aux entités sans but lucratif soit le même que le taux effectif applicable aux entités commerciales. D'un point de vue pratique, ce seraient les effets, et non la forme juridique, qui seraient déterminants pour l'existence d'un avantage et, selon la jurisprudence, il serait nécessaire d'analyser tous les éléments du régime juridique en cause, et donc tant ceux qui attribuent un avantage que ceux qui le compensent, ainsi que leurs effets cumulatifs.

36. Dans la présente espèce, l'obligation de devenir une SAS aurait eu une incidence non seulement sur le taux d'imposition, mais également sur le niveau des déductions applicables. Par conséquent, pour évaluer la mesure nationale en cause de manière appropriée, il aurait fallu tenir compte non seulement des indices et des preuves laissant penser à l'existence d'une aide, mais également de ceux qui en démontraient l'absence. La Commission aurait donc commis une double erreur dans

l'appréciation de l'existence d'un avantage : d'une part, elle se serait concentrée sur le taux d'imposition nominal, alors que ce serait le taux d'imposition effectif qui importe ; d'autre part, dès lors que le système fiscal prévoit des crédits d'impôt dont les effets peuvent s'étaler sur plusieurs exercices, l'analyse aurait dû porter sur le moyen ou long terme.

37. Pour ce qui concerne la seconde branche du moyen unique du pourvoi de la Commission, le FC Barcelona fait valoir que les obligations d'impartialité et de diligence imposaient à la Commission d'analyser tous les effets de la mesure, y compris ceux qui compensent ou neutralisent un éventuel avantage.

38. En premier lieu, la Commission confondrait l'existence d'un avantage et la quantification de l'aide. La notion d'« avantage » serait la même pour les aides individuelles et pour les régimes d'aides. La jurisprudence n'autoriserait pas la Commission à effectuer une analyse partielle des effets d'une mesure tenant compte uniquement des effets qui génèrent un avantage (comme le taux nominal d'imposition), mais pas de ceux qui le compensent (comme les déductions). Dans la décision litigieuse, la Commission aurait omis d'analyser différentes caractéristiques générales du régime, comme les déductions applicables, la nature habituelle de ces déductions sur le marché pertinent ou l'importance des crédits d'impôt.

39. En deuxième lieu, la nécessité d'effectuer une analyse ex ante n'empêcherait pas de prendre en considération les déductions. La Commission aurait, en effet, le pouvoir de demander à l'État membre concerné des estimations de l'incidence de la mesure ou des calculs de son incidence au cours des exercices précédents. Dans le cas de mesures mises en œuvre mais qui n'ont pas été notifiées, il pourrait être tenu compte de la manière dont le régime fonctionne dans la pratique. Dans tous les cas, dans la décision litigieuse, aucune analyse ex ante n'aurait été effectuée.

40. En troisième lieu, selon le FC Barcelona, il découlerait du devoir de la Commission de conduire la procédure administrative de manière diligente et impartiale l'existence d'une obligation d'apprécier avec la même intensité les éléments indiquant tant l'existence que l'absence d'une aide. La Commission ne saurait, partant, se concentrer uniquement sur les éléments qui démontreraient l'existence d'une aide. Elle aurait dû, dès lors, considérer le taux d'imposition effectif en tenant compte des déductions mises en évidence au cours de la procédure administrative.

41. En quatrième lieu, le FC Barcelona souligne que l'obligation incombant à la Commission de prouver l'existence d'un avantage imposerait d'analyser tous les effets cumulatifs de la mesure pour les bénéficiaires. Il ne serait donc pas suffisant d'analyser seulement le taux nominal d'imposition. En outre, une preuve fondée sur la seule comparaison des taux nominaux ne serait pas adéquate, puisqu'un régime fiscal serait constitué d'un ensemble de normes qui inclut aussi des déductions, des règles de calcul de la base d'imposition et des exonérations. Lorsque, comme dans la présente espèce, un indice indiquant potentiellement l'absence d'un avantage est présenté à la Commission, il incomberait à cette dernière de recueillir les informations nécessaires en les demandant à l'État membre concerné.

42. Le Royaume d'Espagne observe à titre liminaire que des erreurs dans l'appréciation de la nature d'aide d'État de mesures fiscales sont susceptibles d'affecter l'équilibre institutionnel prévu par les traités, dans la mesure où l'article 107 TFUE ne conférerait cependant pas à la Commission de pouvoir normatif autonome dans le domaine des impôts sur les sociétés. Le taux d'imposition serait un élément essentiel du régime juridique d'un prélèvement fiscal et relèverait de l'autonomie fiscale et de la compétence des États membres. L'examen peu rigoureux de la Commission porterait donc atteinte aux compétences des États membres.

43. Le Royaume d'Espagne estime en outre que c'est une erreur de considérer que la seule présence d'un taux d'imposition différent implique l'existence d'une aide d'État. Bien que le taux d'imposition soit un élément essentiel de toute mesure fiscale, il ne suffirait pas de fonder l'existence d'une aide d'État sur le constat que le régime fiscal en cause, examiné ex ante, soit susceptible d'octroyer un avantage annuel du seul fait de l'existence d'un taux de prélèvement inférieur, indépendamment de l'application ou non de crédits d'impôt. L'application d'une telle approche aboutirait à considérer que toute différence de taux d'imposition entre entreprises implique l'octroi d'un avantage, ce qui serait erroné. Selon le gouvernement espagnol, un législateur national rationnel concevrait une mesure fiscale en tenant compte des conséquences découlant de l'application tant du taux d'imposition que des déductions. Les déductions ne sauraient donc être perçues comme un élément étranger à la fixation du taux du prélèvement ni comme un élément aléatoire dépendant de facteurs extérieurs.

44. Dans la présente espèce, l'analyse de l'évolution de la déduction fiscale pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels en droit fiscal espagnol, à la suite des différentes modifications législatives apportées, démontrerait que le législateur a tenu compte des éléments de délimitation de la dette fiscale en fixant les taux du prélèvement. Il existerait donc un lien clair entre la détermination du taux de prélèvement et le taux de déduction applicable, considérés en tant qu'éléments déterminants du montant de la dette fiscale et, de ce fait, étroitement liés entre eux. Par conséquent, le taux de prélèvement ne pouvait pas être dissocié des autres composantes du régime fiscal, et ce en raison tant de l'importance de la déduction pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels, en particulier dans le secteur du football, que du caractère récurrent de cette déduction.

45. Enfin, le Royaume d'Espagne affirme que le niveau de charge de la preuve exigé par le Tribunal dans l'arrêt attaqué n'est pas plus élevé que celui exigé dans la jurisprudence. L'examen diligent et impartial auquel la Commission est tenue devrait garantir que, lorsqu'elle adopte la décision finale, elle dispose des éléments les plus complets et fiables à cet effet. Dans la présente espèce, toutefois, cela n'aurait pas été le cas.

B. Analyse juridique

46. Eu égard au lien étroit entre les deux branches du moyen unique du pourvoi invoqué par la Commission, la première concernant des erreurs de droit relatives à l'analyse nécessaire pour constater l'existence d'un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et la seconde relative à une appréciation erronée de l'obligation de diligence et de la charge de la preuve à cet égard, j'estime qu'il convient de traiter ces deux branches conjointement. Avant d'analyser ce moyen unique, il y a lieu, toutefois, d'examiner les arguments soulevés par le FC Barcelona en ce qui concerne la recevabilité de certains aspects de l'argumentation de la Commission.

1. Sur la recevabilité de certains arguments soulevés par la Commission et d'un document joint au pourvoi

47. À titre liminaire, le FC Barcelona fait valoir le caractère inopérant tant de certaines affirmations de la Commission que d'un document joint par cette dernière à son pourvoi à titre de preuve. Comme l'a relevé la Commission, les arguments avancés à cet égard par le FC Barcelona soulèvent davantage une question d'irrecevabilité qu'une question liée au caractère inopérant.

48. En premier lieu, le FC Barcelona affirme que, dans son pourvoi, la Commission aurait invoqué des faits nouveaux et aurait produit de nouvelles preuves. Tout d'abord, elle aurait affirmé, pour la première fois, que la déduction fiscale pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels est un facteur aléatoire et indépendant du taux nominal de l'impôt sur les sociétés. Pour étayer son argument, elle aurait produit, à titre de preuve, un nouveau document contenant les chiffres concernant les transferts effectués par le FC Barcelona et par le Real Madrid entre 1991 et 2016. En outre, la Commission aurait

avancé de nouvelles questions de fait, inopérantes et, en tout état de cause, erronées en ce qui concerne la réglementation nationale, en affirmant, pour la première fois dans son pourvoi, que les déductions pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels s'appliqueraient à une base d'imposition différente de celle à laquelle s'applique le taux d'imposition, qu'avant 2011 la déduction ne pouvait dépasser le montant total de l'impôt et que, à partir de 2012, cette déduction ne pouvait pas dépasser 25 % dudit montant.

49. Il convient de rappeler, à cet égard, que, ainsi qu'il résulte de l'article 256, paragraphe 1, second alinéa, TFUE et de l'article 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, le pourvoi est limité aux questions de droit. Le Tribunal est, dès lors, seul compétent pour constater et apprécier les faits pertinents ainsi que pour apprécier les éléments de preuve [17]. La Cour n'est notamment pas compétente, dans le cadre d'un pourvoi, pour procéder à une nouvelle appréciation des faits sur la base de preuves non produites devant le Tribunal [18].

50. En outre, selon l'article 170, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, le pourvoi ne peut modifier l'objet du litige devant le Tribunal. La compétence de la Cour, dans le cadre du pourvoi, est en effet limitée à l'appréciation de la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges [19]. Un requérant est toutefois recevable à former un pourvoi en faisant valoir, devant la Cour, des moyens nés de l'arrêt attaqué lui-même et qui visent à en critiquer, en droit, le bien-fondé [20].

51. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a annulé la décision litigieuse, en substance, en reprochant à la Commission de ne pas avoir conduit une enquête suffisamment approfondie et, donc, de ne pas s'être acquittée, à suffisance de droit, de la charge de prouver que la mesure en question conférait un avantage à ses bénéficiaires [21]. En particulier, la Commission n'aurait pas pris en considération, commettant ainsi une erreur de droit et une violation de son obligation de diligence, la spécificité du secteur visé par la décision litigieuse, à savoir le secteur du football professionnel, sous l'angle de l'importance de la déduction fiscale pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels [22].

52. Dans l'arrêt attaqué, en revanche, le Tribunal ne s'est pas prononcé définitivement, sur le fond, quant à l'existence ou non, en l'espèce, d'un avantage pour les bénéficiaires de la mesure en question. Le Tribunal, en effet, n'a pas déterminé si les déductions en cause avaient ou non effectivement compensé le bénéfice découlant de l'application d'un taux d'imposition préférentiel aux quatre clubs en question et, donc, si le régime en cause avait favorisé ces clubs par rapport à d'autres entités comparables soumises au régime général.

53. Dans ce contexte, pour ce qui concerne l'argument du FC Barcelona selon lequel la Commission qualifierait pour la première fois, dans le pourvoi, la déduction comme un facteur aléatoire et indépendant du taux nominal de l'impôt sur les sociétés, il convient de relever que, dans la première branche de son moyen unique, la Commission fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant qu'elle est tenue, pour déterminer l'existence d'un avantage découlant d'un régime fiscal dérogatoire, de prendre en considération, en raison de son caractère indissociable des autres éléments de ce régime, un élément défavorable (en l'espèce, la déduction en question), lequel se matérialiserait seulement en fonction de circonstances extérieures au régime et variables (en l'espèce,

17 Voir, entre autres, arrêt du 28 mai 2020, Asociación de fabricantes de morcilla de Burgos/Commission (C-309/19 P, EU:C:2020:401, point 10 et jurisprudence citée).

18 Voir ordonnance du 28 novembre 2018, Le Pen/Parlement (C-303/18 P, non publiée, EU:C:2018:962, point 78 et jurisprudence citée).

19 Voir, entre autres, arrêt du 29 juillet 2019, Bayerische Motoren Werke et Freistaat Sachsen/Commission (C-654/17 P, EU:C:2019:634, point 69 et jurisprudence citée).

20 Voir arrêts du 29 novembre 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission (C-176/06 P, non publié, EU:C:2007:730, point 17) ; du 10 avril 2014, Commission/Siemens Österreich e.a. (C-231/11 P à C-233/11 P, EU:C:2014:256, point 102), et, en dernier lieu, du 19 mars 2020, ClientEarth/Commission (C-612/18 P, non publié, EU:C:2020:223, point 15).

21 Voir points 59 à 67 de l'arrêt attaqué.

22 Voir point 69 de l'arrêt attaqué.

les choix de politique d'investissement des clubs), et qui ne sont pas propres à garantir la neutralisation de l'avantage au cours de chaque exercice d'imposition. C'est en ce sens, c'est-à-dire dans le sens d'un élément du régime fiscal dépendant de circonstances extérieures à ce dernier et variables d'un exercice à l'autre, que la Commission considère la déduction en cause comme un facteur aléatoire et indépendant du taux d'imposition sur la société.

54. Le moyen soulevé par la Commission concerne la question relative aux éléments qu'elle est tenue de prendre en considération dans son analyse d'un régime fiscal afin de déterminer si ce régime est ou non propre à conférer un avantage à ses bénéficiaires. Il s'agit d'un moyen de droit tendant à contester le bien-fondé de la solution juridique fournie dans l'arrêt du Tribunal et qui est, partant, recevable. Il est en outre lié tant à l'analyse effectuée dans la décision litigieuse (spécifiquement au considérant 68 de celle-ci) qu'au raisonnement contenu dans l'arrêt attaqué [23]. Il ressort, à mon avis, des considérations susmentionnées que l'exception soulevée par le FC Barcelona sur cet aspect ne saurait être accueillie.

55. Pour ce qui concerne, ensuite, le document nouveau joint au pourvoi, il convient de relever que, comme l'admet du reste la Commission elle-même, dans son mémoire en réplique, il a pour but de démontrer que, lors de certains exercices d'imposition, les déductions en question n'auraient pas effectivement neutralisé l'avantage découlant de l'application aux clubs en cause du taux d'imposition préférentiel. Il s'agit, partant, d'un élément de preuve qui n'a pas été produit devant le Tribunal et qui tend à démontrer des situations de fait, et, en tant que tel, il est irrecevable en application de la jurisprudence mentionnée au point 49 des présentes conclusions.

56. Pour ce qui concerne, enfin, les nouvelles affirmations de la Commission quant au droit national, j'estime que, dans la mesure où elles ont été invoquées en vue de compléter la motivation de la décision litigieuse quant au contenu de la réglementation concernant les déductions pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels, elles doivent être considérées comme irrecevables et ne peuvent donc être prises en considération [24].

57. En second lieu, le FC Barcelona fait valoir que la Commission considérerait comme démontrées des questions de fait que l'arrêt attaqué aurait réfutées. En particulier, il serait inexact d'affirmer que la Commission a démontré, dans la décision litigieuse, que le régime fiscal applicable aux entités sans but lucratif était plus favorable que celui applicable aux sociétés commerciales.

58. J'estime, à cet égard, que l'affirmation de la Commission critiquée par le FC Barcelona ne tend pas à remettre en question une constatation de fait effectuée par le Tribunal, lequel, comme il ressort du point 52 ci-dessus, ne s'est pas prononcé sur la question de savoir quel était le régime le plus favorable. Cette affirmation doit plutôt être entendue dans le cadre de la question de savoir si, dans la présente espèce, la Commission a ou non prouvé à suffisance de droit l'existence d'un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, question qui est liée à l'objet même du pourvoi introduit par la Commission.

59. J'estime, enfin, que, à la lumière des considérations faites au point 52 ci-dessus, tous les arguments exposés par les parties dans leurs mémoires concernant la question de savoir si le régime fiscal dérogatoire en cause comporte ou non, concrètement, des désavantages propres à compenser l'avantage résultant du taux d'imposition préférentiel applicable aux entités sans but lucratif doivent être considérés comme irrecevables en ce qu'ils sont sans rapport avec la solution juridique fournie par le Tribunal dans l'arrêt attaqué.

23 Voir points 57 à 60 de l'arrêt attaqué qui étayent la conclusion à laquelle parvient le Tribunal au point 67 de cet arrêt.

24 Il ressort, en effet, de la jurisprudence que l'absence de motivation ne saurait être régularisée par le fait que l'intéressé prend connaissance des motifs de la décision au cours de la procédure devant les instances de l'Union [voir arrêt du 13 juin 2013, Versalis/Commission (C-511/11 P, EU:C:2013:386, point 141 et jurisprudence citée)].

2. Principes découlant de la jurisprudence concernant la constatation de l'existence d'un avantage, en particulier de nature fiscale, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE

60. Afin d'analyser quant au fond les griefs soulevés par la Commission à l'encontre de l'arrêt du Tribunal, j'estime qu'il convient de rappeler certains principes dégagés par la jurisprudence quant à la constatation de l'existence d'un avantage, en particulier de nature fiscale, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

a) Sur la notion d'« avantage », en particulier de nature fiscale

61. Selon une jurisprudence constante de la Cour, la qualification d'une mesure nationale d'« aide d'État », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, requiert que toutes les conditions suivantes soient remplies. Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre les États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage sélectif à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence [25].

62. La présente affaire concerne exclusivement la troisième de ces conditions et, plus particulièrement, celle selon laquelle la mesure en cause confère un avantage à ses bénéficiaires.

63. En ce qui concerne cette condition, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, sont considérées comme des aides d'État les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui doivent être considérées comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché [26].

64. Ainsi, sont considérées comme des aides, en particulier, les interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, de ce fait, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques [27].

65. Il s'ensuit que, toujours selon la jurisprudence constante, des mesures nationales conférant un avantage fiscal qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, placent les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables sont susceptibles de procurer un avantage sélectif aux bénéficiaires et constituent, partant, des aides d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE [28].

25 Voir arrêts du 21 décembre 2016, Commission/World Duty Free Group SA e.a. (C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 53 et jurisprudence citée), ainsi que du 19 décembre 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, point 19).

26 Voir, entre autres, arrêt du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 65). Voir, également, arrêt du 15 mai 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407, points 74 et 83 ainsi que jurisprudence citée).

27 Voir, entre autres, arrêt du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 66 et jurisprudence citée), ainsi que arrêt du 21 décembre 2016, Commission/Aer Lingus et Ryanair Designated Activity (C-164/15 P et C-165/15 P, EU:C:2016:990, point 40 et jurisprudence citée).

28 Voir arrêts du 21 décembre 2016, Commission/World Duty Free Group SA e.a. (C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 56 et jurisprudence citée), ainsi que du 19 décembre 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, point 21). Voir, également, arrêt du 21 décembre 2016, Commission/Aer Lingus et Ryanair Designated Activity (C-164/15 P et C-165/15 P, EU:C:2016:990, point 41 ainsi que jurisprudence citée).

66. Ainsi, la Cour a reconnu comme pouvant constituer des aides d'État, par exemple, des mesures nationales qui accordent à certaines entreprises une exonération fiscale [29] ou qui prévoient des limitations du montant d'un impôt [30], ou des réductions d'impôt [31] ou une déduction fiscale [32], ou encore la possibilité d'un report du paiement de l'impôt normalement dû [33]. En substance, le critère pour apprécier l'existence d'un avantage en matière fiscale est le fait que la mesure en cause soit propre à placer les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable en les soumettant à une pression fiscale différente par rapport à d'autres contribuables pertinents [34].

67. Il ressort, en outre, de la jurisprudence constante que la notion d'« avantage » inhérente à la qualification d'une mesure comme aide d'État revêt un caractère objectif, indépendamment des motivations des auteurs de la mesure dont il s'agit [35]. En effet, la notion d'« aide d'État », telle qu'elle est définie dans le traité FUE, présente un caractère juridique et doit être interprétée sur la base d'éléments objectifs [36]. En outre, il ressort de la jurisprudence que l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets, et donc indépendamment des techniques utilisées [37].

b) Sur les principes en matière de preuve et d'obligations de diligence et d'impartialité de la Commission

68. Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il appartient à la Commission d'apporter la preuve de l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE [38] et, partant, également la preuve que la condition de l'octroi d'un avantage sélectif aux bénéficiaires est remplie.

69. Il découle, en particulier, de la jurisprudence de la Cour relative aux principes en matière d'administration de la preuve dans le secteur des aides d'État que la Commission est tenue de conduire la procédure d'examen des mesures intéressées de manière diligente et impartiale, afin qu'elle dispose, lors de l'adoption d'une décision finale établissant l'existence et, le cas échéant, l'incompatibilité ou l'illégalité de l'aide, des éléments les plus complets et fiables possibles pour ce faire [39].

29 Voir arrêts du 15 mars 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, point 14), et du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 90).

30 Voir arrêt du 15 novembre 2011, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, points 12, 100 et 108).

31 Voir arrêt du 15 décembre 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, points 8 et 50).

32 Voir arrêt du 15 juillet 2004, Espagne/Commission (C-501/00, EU:C:2004:438, point 117).

33 Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:554, point 45).

34 En ce sens, outre la jurisprudence citée à la note 28 des présentes conclusions, voir arrêt du 15 novembre 2011, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, points 93 et 103). Je n'aborderai pas, ici, la question délicate du caractère sélectif de la mesure fiscale, qui ne fait pas l'objet du présent pourvoi.

35 Voir arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, point 17).

36 Voir, entre autres, arrêt du 22 décembre 2008, British Aggregates/Commission (C-487/06 P, EU:C:2008:757, point 111).

37 Voir, entre autres, arrêt du 15 novembre 2011, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 87 et jurisprudence citée). Voir, également, arrêt du 15 mai 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407, point 86 et jurisprudence citée).

38 Voir arrêt du 19 septembre 2018, Commission/France et IFP Énergies nouvelles (C-438/16 P, EU:C:2018:737, point 110).

39 Voir arrêts du 2 septembre 2010, Commission/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, point 90) ; du 3 avril 2014, France/Commission (C-559/12 P, EU:C:2014:217, point 63), et du 19 septembre 2018, Commission/France et IFP Énergies nouvelles (C-438/16 P, EU:C:2018:737, point 110).

70. Il ressort également de la jurisprudence que, dans l'analyse des différents éléments constitutifs d'une aide, il est nécessaire de considérer tous les aspects de droit ou de fait dont cette aide est assortie [40]. Pour ce qui concerne, en particulier, la qualification d'un régime fiscal en tant qu'aide d'État, la Cour a clarifié que le régime en cause doit être apprécié dans son ensemble [41], en tenant compte des caractéristiques qui lui sont propres [42].

71. La Cour a clarifié que, lors de l'appréciation de l'existence d'un avantage au titre de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, la Commission est tenue d'effectuer une appréciation globale de la mesure d'aide en cause, en fonction des éléments disponibles et des évolutions prévisibles au moment où la décision de procéder à l'octroi de cette aide a été prise, en tenant compte, notamment, du contexte dans lequel ladite aide s'inscrit [43].

72. Dans ce contexte, la Commission est tenue d'examiner les informations pertinentes qui lui ont été fournies au cours de la procédure d'examen et qui sont susceptibles d'éclairer la question de savoir si la mesure en question est propre ou non à conférer un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE [44].

73. Dans le cas spécifique d'un régime d'aides, la Commission peut se borner à étudier les caractéristiques du programme en cause pour apprécier, dans les motifs de la décision, si, en raison des modalités que ce programme prévoit, celui-ci assure un avantage sensible aux bénéficiaires. Ainsi, la Commission, dans une décision qui porte sur un régime d'aides, n'est pas tenue d'effectuer une analyse de l'aide octroyée dans chaque cas individuel sur le fondement d'un tel régime. Ce n'est qu'au stade de la récupération des aides qu'il sera nécessaire de vérifier la situation individuelle de chaque entreprise concernée [45].

74. Il ressort de cette jurisprudence que, dans le cas d'un régime d'aides, si la Commission est certainement tenue, en vertu de la jurisprudence mentionnée aux points 68 à 72 ci-dessus, de prouver que sont réunies toutes les conditions constitutives d'une aide d'État, y compris l'existence d'un avantage sélectif, et ce sur la base d'une analyse globale qui tienne compte de tous les aspects de droit ou de fait dont cette aide est assortie, elle peut néanmoins se borner à étudier les caractéristiques générales du régime en cause et n'est pas tenue d'examiner chaque cas individuel d'application afin de vérifier si ce régime comporte des éléments d'aide [46].

c) Sur la nécessité d'une analyse ex ante

75. Il ressort de la jurisprudence que, dans le cas de régimes fiscaux comme celui en cause dans la présente espèce, qui s'appliquent sur une base annuelle ou périodique, il y a lieu de distinguer entre, d'une part, l'adoption du régime d'aides et, d'autre part, l'octroi des aides annuelles sur la base de ce régime [47].

40 Voir arrêt du 25 juin 1970, France/Commission (47/69, EU:C:1970:60, point 7).

41 Voir, en ce sens, arrêt du 15 novembre 2011, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 98).

42 Voir, en ce sens, arrêts du 15 novembre 2011, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 101), et du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, points 19 et 24).

43 Voir arrêt du 1er octobre 2015, Electrabel et Dunamenti Erőmű/Commission (C-357/14 P, EU:C:2015:642, point 104). Sur la nécessité de tenir compte, lors de l'appréciation d'une mesure au regard de l'article 107 TFUE, de tous les éléments pertinents et de leur contexte, voir également conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire France/Commission (C-559/12 P, EU:C:2013:766, point 51).

44 Voir, en ce sens et par analogie en ce qui concerne l'application du critère de l'investisseur privé, arrêt du 1er octobre 2015, Electrabel et Dunamenti Erőmű/Commission (C-357/14 P, EU:C:2015:642, points 103 et 105 ainsi que jurisprudence citée).

45 Voir arrêts du 9 juin 2011, Comitato « Venezia vuole vivere » e.a./Commission (C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, EU:C:2011:368, point 63 et jurisprudence citée), et du 13 juin 2013, HGA e.a./Commission (C-630/11 P à C-633/11 P, EU:C:2013:387, point 114).

46 Voir arrêt du 15 décembre 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, point 67).

47 Voir, en ce sens, arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, point 22).

76. Selon la jurisprudence, dans de tels cas, l'analyse qui doit être effectuée pour vérifier si l'on est en présence des conditions constitutives de la notion d'« aide d'État », et notamment celle de l'octroi d'un avantage, doit être effectuée en se plaçant au moment de l'adoption du régime fiscal en question [48]. Il s'agit donc d'une analyse ex ante [49].

77. Du moment que, pour être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, la mesure doit être susceptible de favoriser ses bénéficiaires [50], cette appréciation ex ante tend à vérifier si, à la lumière des caractéristiques du régime fiscal en cause, au moment de son adoption, l'application de ce régime pouvait conduire, au sens qu'elle était susceptible de conduire, à une imposition moindre de ses bénéficiaires par rapport à l'imposition à laquelle ils auraient été soumis si le régime d'imposition général leur avait été appliqué [51].

78. Il découle des considérations qui précèdent que la preuve, sur la base d'une analyse ex ante, du fait que le régime fiscal dérogatoire est susceptible de conférer un avantage est indépendante de la constatation de l'octroi, en pratique, d'aides annuelles particulières en application de ce régime et, partant, de la preuve de la matérialisation effective de l'avantage dans les cas particuliers d'application dudit régime, ce qui, du reste, est conforme à la jurisprudence mentionnée aux points 73 et 74 ci-dessus.

79. Partant, dans le cas de certains régimes, tels que ceux mentionnés au point 75 ci-dessus, selon les caractéristiques qui leur sont propres, il peut se révéler impossible de déterminer, à la date d'instauration du régime dérogatoire, et donc sur la base d'une analyse ex ante, si l'avantage découlant de son application va effectivement se matérialiser ou non à chaque exercice fiscal [52].

80. L'impossibilité de déterminer, sur la base d'une analyse ex ante, la quantification précise de l'avantage et, partant, sa matérialisation effective au cours de tous les exercices fiscaux ne saurait toutefois empêcher l'analyse ex ante visant à déterminer si le régime en cause peut constituer une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Il convient, en effet, d'opérer une distinction entre la possibilité d'examiner le projet des mesures en cause au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et la possibilité de quantifier le montant précis de l'aide. L'impossibilité éventuelle susmentionnée ne saurait dès lors exempter l'État membre de l'obligation de notifier la mesure ni exonérer la Commission de celle d'apprécier ce régime au regard de cette disposition [53].

81. À cet égard, il y a lieu de relever qu'il ressort de la jurisprudence que l'analyse que la Commission doit effectuer dans ses décisions en matière d'aides d'État pour la détermination de la présence des conditions visées à l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne saurait favoriser les États membres qui versent des aides en violation de l'obligation visée à l'article 108, paragraphe 3, TFUE au détriment de ceux qui notifient les aides à l'état de projet [54].

48 Voir arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, point 22). Sur la nécessité d'une analyse relative à l'existence d'un avantage effectuée en se plaçant au moment où la décision de procéder à l'octroi de l'aide a été adoptée, voir également arrêt du 1er octobre 2015, Electrabel et Dunamenti Erőmű/Commission (C-357/14 P, EU:C:2015:642, point 104).

49 Dans le même sens, voir conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:554, points 48 et 51).

50 Voir jurisprudence mentionnée au point 63 des présentes conclusions.

51 Voir, en ce sens, arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, points 19 et 24).

52 Voir, notamment, arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, point 19).

53 Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:554, points 48 à 53).

54 Voir arrêts du 14 février 1990, France/Commission (dit « Boussac Saint-Frères »), (C-301/87, EU:C:1990:67, point 33) ; du 29 avril 2004, Italie/Commission (C-298/00 P, EU:C:2004:240, point 49), et du 1er juin 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya/Commission (C-442/03 P et C-471/03 P, EU:C:2006:356, point 110).

82. Bien que ce principe, dégagé par la jurisprudence au regard de la détermination des conditions de l'incidence de la mesure sur les échanges entre États membres et sur la concurrence, n'exonère certainement pas la Commission de l'obligation de prouver l'existence de la condition de l'avantage [55], il impose, toutefois, dans le cas de mesures non notifiées, de procéder à une analyse de toutes les conditions constitutives de la notion d'« aide d'État » de manière à ne pas favoriser l'État membre qui n'aurait pas notifié la mesure en question. À cet égard, il convient de rappeler que la Cour a relevé à plusieurs reprises que l'obligation de notification constitue l'un des éléments fondamentaux du système de contrôle mis en place par le traité FUE dans le domaine des aides d'État [56].

83. Un tel traitement de faveur existerait, à mon avis, dans le cas où la Commission, dans l'appréciation d'un régime fiscal comme celui mentionné au point 75 des présentes conclusions, non notifié par l'État membre concerné, serait tenue de considérer, sur la base de données recueillies ex post, si l'avantage s'est effectivement matérialisé dans tous les exercices fiscaux, en application du régime en question, ou, en tout état de cause, serait tenue de déterminer si les avantages qui se seraient matérialisés au cours de certains exercices fiscaux ont été compensés par les désavantages constatés dans d'autres exercices fiscaux. Comme il ressort de la jurisprudence mentionnée aux points 73, 74 et 78 des présentes conclusions, dans de tels cas, la quantification de l'avantage, et donc le constat de sa matérialisation effective au cours de chaque exercice fiscal pertinent, doit s'effectuer au moment de la récupération.

84. Pour conclure, il ressort de toutes les considérations précédemment exposées que, en application de la jurisprudence de la Cour, dans le cas de régimes fiscaux dérogatoires qui s'appliquent sur une base annuelle ou périodique, il y a lieu de considérer comme étant démontrée l'existence de l'avantage dès lors que, par rapport au régime général applicable dans le domaine de référence objet de l'examen, la Commission démontre, sur la base d'une analyse conforme aux principes énoncés dans la section précédente, que la mesure en question est susceptible de placer ses bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que celle des autres contribuables pertinents. La quantification exacte de l'avantage et, partant, son éventuelle matérialisation concrète au cours de tous les exercices fiscaux en cause seront déterminées au moment de sa récupération sur la base de tous les éléments pertinents [57].

85. C'est à la lumière des principes exposés dans la présente section que j'analyserai, dans la section suivante, les griefs soulevés par la Commission à l'encontre de l'arrêt attaqué.

3. Analyse du moyen unique du pourvoi

a) Sur la question de savoir si la décision litigieuse a examiné seulement un régime d'aides ou bien également des aides individuelles

86. Il convient, à titre liminaire, d'examiner l'argument de la Commission selon lequel le Tribunal aurait considéré, à tort, au point 69 de l'arrêt attaqué, que la décision litigieuse doit être interprétée comme une décision visant, en même temps, un régime d'aides et des aides individuelles. En effet, dans le cas où l'on considérerait que, dans la décision litigieuse, la Commission a examiné seulement un régime d'aides, alors, comme je l'ai relevé aux points 73 et 74 des présentes conclusions, bien qu'en étant tenue de prouver la présence de toutes les conditions visées à l'article 107, paragraphe 1, TFUE, elle pouvait se borner, à cet effet, à étudier les caractéristiques générales du régime en cause, sans être tenue d'examiner chaque cas individuel d'application afin de vérifier si ce régime comportait des éléments d'aides.

55 À cet égard, voir conclusions de l'avocat général Jääskinen, France/Commission (C-559/12 P, EU:C:2013:766, points 65 à 67), dont l'analyse a été confirmée, en substance, par la Cour au point 103 de l'arrêt du 3 avril 2014, France/Commission (C-559/12 P, EU:C:2014:217).

56 Voir arrêt du 5 mars 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, point 56 et jurisprudence citée).

57 Voir, dans le même sens, conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:554, point 54).

87. À cet égard, il convient de relever que, au point 69, in fine, de l'arrêt attaqué, le Tribunal a considéré que, dans la décision litigieuse, en plus de qualifier le régime en cause de régime d'aides, la Commission s'était prononcée, dans les motifs et dans le dispositif[58], sur les aides individuelles accordées aux quatre clubs bénéficiaires, nommément désignés, en indiquant que les aides individuelles en question devaient être « considérées comme illicites et incompatibles ». Le Tribunal en a déduit que, contrairement à ce que soutenait la Commission, la décision litigieuse devait être interprétée comme une décision visant, en même temps, un régime d'aides et des aides individuelles.

88. À cet égard, il y a lieu de relever que, en vertu de l'article 1er, sous d), du règlement 2015/1589, constitue un « régime d'aides » toute disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides peuvent être octroyées individuellement à des entreprises, définies d'une manière générale et abstraite dans ladite disposition et toute disposition sur la base de laquelle une aide non liée à un projet spécifique peut être octroyée à une ou plusieurs entreprises pour une période indéterminée et/ou pour un montant indéterminé.

89. Dans la présente espèce, il ne fait aucun doute que la décision litigieuse a analysé un régime d'aides au sens de l'article 1er, sous d), du règlement 2015/1589. Cela ressort de la lettre de la septième disposition additionnelle de la loi 10/1990[59], qui a donné à l'application du régime dérogatoire aux clubs en cause, laquelle relève de la définition de régime indiquée au point précédent des présentes conclusions. En outre, la décision litigieuse qualifie dans différents points le régime fiscal mis en place par la mesure comme un régime d'aides[60].

90. Du reste, le Tribunal lui-même ne nie pas que la décision litigieuse a analysé un régime d'aides, mais il estime que la Commission a pris position également sur chacune des aides individuelles.

91. À cet égard, il convient toutefois de rappeler que, en vertu de l'article 1er, sous e), du règlement 2015/1589, les « aides individuelles » sont constituées de deux types d'aides : les aides qui ne sont pas accordées sur la base d'un régime d'aides, et les aides qui sont accordées sur la base d'un régime d'aides. Du moment que, à la lumière des considérations exposées aux points précédents des présentes conclusions, il ne fait aucun doute que les mesures d'aides individuelles – si on peut les qualifier ainsi[61] – accordées aux quatre clubs en question (à savoir la détermination des impôts, pour chaque exercice fiscal, en application du régime fiscal des entités sans but lucratif) l'ont été dans le cadre d'un régime d'aides, seul le second cas de figure visé par cette disposition serait éventuellement pertinent.

92. Toutefois, il ressort de la jurisprudence que des mesures individuelles mettant en œuvre un régime d'aides qui, en tant que tel, aurait dû être notifié par l'État membre ne sont que de simples mesures d'exécution du régime général, lesquelles, en principe, ne doivent pas être notifiées à la Commission[62]. Il découle de cela que les mesures d'aides accordées individuellement aux clubs en cause, en ce qu'elles sont la conséquence de l'application automatique du régime fiscal en question, qualifiable de régime d'aides, n'auraient pas dû être notifiées à la Commission et ne peuvent donc être qualifiées d'« aides individuelles » au sens de l'article 1er, sous e), du règlement 2015/1589.

93. C'est donc à tort que la Commission, dans la décision litigieuse, a qualifié d'« aides individuelles » les mesures d'exécution du régime en cause et que, par conséquent, le Tribunal a considéré, au point 69 de l'arrêt attaqué, que cette décision concernait en même temps un régime d'aides et des aides individuelles.

58 Le Tribunal renvoie au considérant 90 et à l'article 1er de la décision litigieuse. En réalité, même aux articles 2 et 3 de cette dernière, dans la version en langue espagnole faisant foi, la Commission emploie l'expression « aide individuelle » (*ayuda individual*).

59 Le texte de cette disposition est reproduit dans la note 4 de la décision litigieuse.

60 Voir considérants 47, 78, 90 et articles 2 à 6 de la décision litigieuse.

61 Ce qui dépend, à l'évidence, du résultat du recours formé par le FC Barcelona à l'encontre de la décision litigieuse.

62 Voir, à cet égard et en ce sens, arrêt du 5 octobre 1994, Italie/Commission (C-47/91, EU:C:1994:358, point 21).

94. Partant, il y a lieu de conclure que, dans la décision litigieuse, la Commission a analysé exclusivement un régime d'aides et, du moment que les bénéficiaires de ce régime, ou à tout le moins certains d'entre eux, ont été identifiés [63], elle s'est prononcée sur des mesures individuelles d'exécution dudit régime d'aides.

b) Sur les arguments de la Commission relatifs à des erreurs de droit commises par le Tribunal quant à l'analyse qu'elle doit effectuer pour déterminer l'existence d'un avantage

95. Ces précisions étant faites, il y a lieu d'examiner le grief avancé par la Commission selon lequel le Tribunal aurait, dans l'arrêt attaqué, commis des erreurs de droit dans l'appréciation de l'examen qu'elle doit effectuer pour déterminer si un régime fiscal accorde ou non un avantage à ses bénéficiaires, et notamment dans l'appréciation du lien existant entre éléments favorables et éléments défavorables de ce régime.

1) Le raisonnement du Tribunal

96. Il convient de relever, à cet égard, que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a tout d'abord considéré que, pour pouvoir déterminer si le régime fiscal applicable aux entités sans but lucratif était de nature à placer ses bénéficiaires (à savoir les clubs auxquels il s'appliquait en vertu de la disposition dérogatoire de la loi 10/1990) dans une situation plus avantageuse que celle dans laquelle ils se seraient trouvés s'ils avaient dû opérer sous la forme de SAS, il fallait examiner les différentes composantes de ce régime fiscal dans leur ensemble. Cette approche est conforme à la jurisprudence mentionnée aux points 70 et 71 des présentes conclusions. Le Tribunal a d'ailleurs qualifié les composantes du régime en question comme un tout indissociable [64].

97. Le Tribunal a ensuite constaté que la Commission avait relevé à juste titre que, durant la période concernée, les quatre clubs bénéficiaires s'étaient vu appliquer un taux nominal d'imposition préférentiel par rapport aux clubs opérant sous la forme de SAS [65]. Il s'agit là d'une constatation de fait non contestée (et, du reste, en principe, non contestable dans la procédure de pourvoi).

98. Dans les points suivants [66], le Tribunal a toutefois considéré que, dans le cadre de l'analyse du régime fiscal des entités sans but lucratif dans son ensemble, l'examen de l'avantage découlant du taux d'imposition préférentiel ne pouvait être dissocié de celui des autres composantes de ce régime fiscal et, en particulier, de l'examen de la déduction fiscale pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels. Sur la base du constat que, durant la procédure administrative, il était apparu que le montant maximal représenté par cette déduction avait été inférieur pour les entités sans but lucratif par rapport aux SAS, le Tribunal a reproché à la Commission de n'avoir pas examiné à suffisance de droit l'effet de cette déduction. Il a considéré que l'analyse effectuée par celle-ci ne permettait pas d'exclure que les moindres possibilités de déduction fiscale du régime des entités à but non lucratif viennent contrebalancer l'avantage tiré du taux nominal d'imposition inférieur. Le Tribunal a, par conséquent, également reproché à la Commission de ne pas avoir demandé suffisamment d'informations au Royaume d'Espagne à cet égard et d'avoir donc violé son obligation de conduire la procédure d'examen de manière diligente. C'est sur ces points que se concentre le pourvoi de la Commission.

63 Je relève, à cet égard, que la formulation de l'article 1er de la décision litigieuse et, plus précisément, l'emploi de la locution « en particulier » laissent envisager l'éventuelle identification d'autres bénéficiaires du régime général en cause.

64 Points 53 et 54 de l'arrêt attaqué.

65 Point 55 de l'arrêt attaqué.

66 Points 56 à 59 de l'arrêt attaqué.

2) Sur le type d'analyse que doit effectuer la Commission et sur les facteurs que doit prendre en considération cette analyse

99. Il convient toutefois de relever, à cet égard, que, comme il ressort des points 75 à 77 des présentes conclusions, dans le cas d'un régime fiscal comme celui des entités sans but lucratif, l'analyse que doit effectuer la Commission pour vérifier la présence des conditions constitutives de la notion d'« aide d'État » et, en particulier, celle de l'existence d'un avantage est une analyse ex ante, effectuée en se plaçant au moment de l'adoption du régime fiscal en question.

100. Certes, cette analyse doit être effectuée, comme il ressort de la jurisprudence mentionnée aux points 69 à 72 des présentes conclusions, de manière diligente et impartiale, en examinant le régime dans son ensemble, à travers une appréciation globale de celui-ci qui tienne compte de toutes les caractéristiques qui lui sont propres, pour vérifier, sur la base d'un examen de toutes les informations pertinentes fournies au cours de la procédure d'examen, s'il constitue une aide.

101. Il s'ensuit que, en vue de prouver que le régime fiscal des entités sans but lucratif est susceptible de placer ses bénéficiaires dans une position financière plus favorable par rapport aux autres clubs de football professionnel, la Commission devait prendre en considération tous les éléments de ce régime fiscal lui permettant, sur la base d'une analyse ex ante, de déterminer l'existence d'un avantage, et donc tant les facteurs favorables que ceux défavorables.

102. Toutefois, il ressort également des points 78 à 80 des présentes conclusions, d'une part, que la preuve, sur la base d'une analyse ex ante, du fait que le régime fiscal dérogatoire est susceptible de conférer un avantage ne dépend pas de la preuve de la matérialisation effective de l'avantage dans chaque cas particulier d'application de ce régime, et, d'autre part, que l'impossibilité de déterminer, à la date d'instauration du régime dérogatoire, si l'avantage découlant de son application se matérialisera ou non effectivement au cours de chaque exercice fiscal ne saurait exonérer la Commission de son devoir d'analyser si le régime en cause est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

103. C'est sur la base de ces considérations qu'il convient d'apprécier un cas, comme celui de la présente espèce, où un régime fiscal dérogatoire prévoit l'application d'un taux d'imposition préférentiel et, en même temps, comprend des composantes, telles que des déductions fiscales, qui sont potentiellement de nature à contrebalancer l'avantage découlant de l'application de ce taux préférentiel.

104. Dans un tel cas, lorsque dans le cadre d'une analyse ex ante, c'est-à-dire en se plaçant au moment de l'adoption du régime fiscal, il n'est pas possible de déterminer la portée précise des composantes susmentionnées et, donc, leur incidence sur l'imposition, au motif que cette portée dépend de la réalisation d'événements extérieurs au régime et variables d'un exercice à l'autre[67], lesquels ne se produiront qu'à un moment ultérieur par rapport à celui de l'adoption du régime en question, alors il ne sera pas possible de déterminer ex ante si ces composantes réussiront, au cours de chaque exercice fiscal, à contrebalancer l'avantage procuré par l'application du taux préférentiel prévu par ce régime. En d'autres termes, s'il n'est pas possible de déterminer ex ante la portée des déductions, il ne sera pas possible de savoir ex ante si celles-ci réussiront à compenser, au cours de chaque exercice fiscal, l'avantage découlant de l'application du taux préférentiel d'imposition. Il ne sera pas possible, partant, d'exclure ex ante l'existence de l'avantage en question dans tous les exercices fiscaux pertinents.

67 Comme cela peut être le cas des choix de politique commerciale du bénéficiaire de l'exonération ou de la détermination de taux d'imposition par les collectivités territoriales comme dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, points 20 à 23).

105. Ce n'est que si ces composantes, seules ou en combinaison avec d'autres éléments du régime fiscal en cause, sont de nature à neutraliser toujours et systématiquement l'avantage découlant de l'application du taux préférentiel qu'il sera possible d'exclure, sur la base d'une analyse ex ante, qu'en raison de ces composantes cet avantage se réalise concrètement au cours de tous les exercices fiscaux.

106. Dans le cas contraire, l'analyse de l'incidence concrète sur l'avantage de ce type de facteurs ne pourra pas être effectuée en se plaçant au moment de l'adoption de la mesure, cette incidence ne pouvant être appréciée qu'ex post, au moment de l'éventuelle récupération de l'aide.

107. Partant, des facteurs de ce type, en tant qu'éléments du régime fiscal, ne pourront certainement pas être ignorés dans l'analyse du régime fiscal en question. Néanmoins, ils ne pourront pas être pris en considération dans l'analyse ex ante de ce régime en ce qui concerne l'existence de l'avantage. L'incidence de ces facteurs sera, en revanche, pertinente pour déterminer la quantification de l'aide et, donc, son éventuelle matérialisation concrète, laquelle, comme exposé au point 80 des présentes conclusions, se distingue de l'analyse ex ante concernant la constatation de l'existence de l'avantage [68].

3) Sur l'analyse par la Commission du régime fiscal applicable aux entités sans but lucratif

108. Dans la présente espèce, comme il ressort du point 97 ci-dessus, le Tribunal a constaté que la Commission avait établi à juste titre que le régime fiscal dérogatoire prévoyait l'application d'un taux d'imposition préférentiel pour les clubs bénéficiaires de ce régime qui, en soi, est de nature à les placer dans une situation financière plus favorable que les clubs soumis au régime fiscal général.

109. En outre, il est constant que, du moment qu'il n'était pas possible de déterminer ex ante l'incidence concrète des déductions fiscales pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels, sur la base d'une analyse effectuée en se plaçant au moment de l'adoption du régime en cause, la Commission n'était pas en mesure de déterminer à l'avance, pour chaque exercice fiscal, le niveau précis d'imposition lié au régime fiscal dérogatoire [69]. Elle n'était donc pas en mesure d'exclure que, en raison de l'application des déductions fiscales pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels, les clubs auxquels s'appliquait ce régime auraient bénéficié, au cours de chaque exercice fiscal, d'une imposition moindre par rapport aux autres clubs. En d'autres termes, la Commission ne pouvait pas exclure l'existence, au cours de chaque exercice fiscal, de l'avantage pour les clubs bénéficiaires du taux préférentiel d'imposition. Je relève également, à cet égard, qu'il n'est pas contesté que la déduction en question n'était pas configurée de manière à garantir une neutralisation systématique, dans tous les exercices fiscaux, de l'avantage conféré par l'application d'un taux préférentiel d'imposition [70].

110. Dans ce contexte, comme il ressort des points 104 à 107 des présentes conclusions, la Commission ne pouvait pas tenir compte – et ne pouvait donc pas être tenue de le faire – de ces déductions au moment de la constatation de l'existence de l'avantage, mais celles-ci devaient plutôt être prises en considération au moment de la quantification de l'aide pour vérifier leur matérialisation effective durant les différents exercices fiscaux pertinents.

68 Voir, dans le même sens, conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:554, point 51).

69 Voir, dans le même sens, arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, point 19).

70 Comme il ressort des points 35 et 44 des présentes conclusions, le FC Barcelona et le Royaume d'Espagne se bornent, en effet, à faire valoir que le système espagnol prévoyait des taux d'imposition nominaux et des déductions applicables conçues pour tendre à la neutralité fiscale et pour faire en sorte que le taux d'imposition effectif applicable aux entités sans but lucratif et aux entités commerciales soit le même. Il ressort cependant de leurs mémoires écrits qu'ils contestent l'argument de la Commission selon lequel les déductions en question n'étaient pas en mesure de neutraliser, dans tous les exercices fiscaux, l'avantage conféré par un taux préférentiel d'imposition. Quant à l'argument soulevé par le FC Barcelona selon lequel le régime fiscal applicable aux entités commerciales analysé dans sa globalité aurait été plus favorable pour ce club, voir points 112 et 113 des présentes conclusions.

111. Contrairement aux considérations du Tribunal, une éventuelle prise en considération de ces déductions n'aurait pas pu amener la Commission à conclure, sur la base d'une analyse ex ante, que les moindres possibilités de déduction du régime des entités sans but lucratif puissent toujours, c'est-à-dire au cours de chaque exercice fiscal, contrebalancer l'avantage procuré par l'application d'un taux préférentiel d'imposition, en excluant ainsi l'existence d'un avantage dans tous les exercices fiscaux.

112. Je relève également, à cet égard, que la Commission n'était a fortiori pas tenue, au moment de constater si la mesure était susceptible de conférer un avantage à ses bénéficiaires sur la base d'une analyse ex ante, de vérifier si, en prenant en considération la totalité des exercices fiscaux en cause, l'imposition totale découlant de l'application du régime fiscal dérogatoire était supérieure ou inférieure à celle découlant de l'application du régime général.

113. En effet, outre l'impossibilité d'une vérification en ce sens ex ante, du moment qu'il était impossible d'établir ex ante le niveau et donc l'incidence des déductions en cause pour chaque exercice fiscal, il convient de relever que l'exception au régime général applicable aux clubs de football, laquelle donnait lieu à l'application du taux d'imposition préférentiel prévu par le régime fiscal des entités sans but lucratif, avait été conçue pour avoir une durée indéterminée[71]. Il s'ensuit que les effets cumulatifs des différentes impositions découlant de l'application des deux régimes distincts (celui général des SAS et celui dérogatoire des entités sans but lucratif) – et donc l'éventuelle existence d'une compensation globale des avantages résultant d'une imposition plus favorable, dans certains exercices, avec les désavantages découlant d'une imposition défavorable, dans d'autres exercices – n'auraient pu être établis qu'ex post, au moment où le régime dérogatoire aurait cessé d'être appliqué.

114. Il ressort, à mon avis, de toutes les considérations précédemment exposées que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que la Commission ne pouvait pas conclure dans le sens de l'existence d'un avantage découlant de l'application d'un taux préférentiel d'imposition aux clubs bénéficiaires du régime fiscal pour les entités sans but lucratif sans démontrer que la limitation des déductions fiscales à un niveau moins favorable par rapport aux SAS, prévue par ce régime, ne compensait pas l'avantage tiré de l'application de ce taux.

115. Il s'ensuit, en outre, que, du moment que la Commission n'était pas tenue de prendre en considération les déductions en cause au moment de la constatation de l'existence d'un avantage, il ne saurait lui être reproché, d'une part, de ne pas avoir demandé d'éléments supplémentaires en violation de son obligation de diligence et, d'autre part, de ne pas avoir prouvé à suffisance de droit l'existence d'un avantage faute d'avoir pris en considération ces déductions.

116. Il convient de relever, en outre, à cet égard, que le fait, souligné à juste titre par le Tribunal au point 60 de l'arrêt attaqué, que la prévision d'une déduction fiscale puisse, sous certaines conditions, constituer une aide en soi est sans préjudice de la considération que, si la portée d'une déduction n'est pas vérifiable ex ante, elle ne saurait être prise en compte dans le cadre d'une analyse prenant comme référence le moment de l'adoption du régime fiscal en cause pour exclure, dans tous les cas, l'avantage conféré par l'application d'un taux d'imposition préférentiel. En outre, en ce qui concerne également le point 60 de l'arrêt attaqué, dans un cas comme celui indiqué au point 109 des présentes conclusions, l'appréciation de l'incidence de l'éventuelle péréquation dans le temps de la possibilité de reporter les déductions fiscales sera effectuée, mais au moment de la récupération de l'aide.

117. Les conclusions auxquelles je suis parvenu aux points 114 et 115 ci-dessus, ne sont pas remises en question, à mon avis, par les autres arguments soulevés par le FC Barcelona et le Royaume d'Espagne.

71 Voir, par analogie, arrêt du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission (C-81/10 P, EU:C:2011:811, point 50) ; dans cette affaire, le régime d'imposition spécial avait également été conçu pour avoir une durée indéterminée. À cet égard, toutefois, le régime en question se distinguait de celui de la présente, comme constaté aux points 74 et 75 de l'arrêt attaqué.

118. Pour ce qui concerne, en premier lieu, les arguments du Royaume d'Espagne relatifs à l'autonomie fiscale des États membres, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, même si la fiscalité directe relève, en l'état actuel du développement du droit de l'Union, de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union [72]. Ils doivent donc s'abstenir d'adopter, dans ce contexte, des mesures susceptibles de constituer des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur.

119. En second lieu, pour ce qui concerne l'exigence, soulignée à maintes reprises tant par le FC Barcelona que par le Royaume d'Espagne, de prendre en considération, dans l'analyse portant sur l'existence de l'avantage, le taux d'imposition effectif, et pas seulement celui nominal, je rappelle que certes, comme exposé aux points 69 à 71, 100 et 101 des présentes conclusions, la Commission doit prendre en compte tous les éléments pertinents du régime fiscal en cause et, donc, pas seulement le taux d'imposition nominal. Il n'en reste pas moins que, comme je l'ai relevé aux points 104 à 107 des présentes conclusions, dans le cas où, sur la base de l'examen d'une composante du régime fiscal en question, il n'est pas possible d'exclure ex ante l'existence de l'avantage conféré par le taux d'imposition préférentiel, cet élément ne peut pas être pris en considération dans l'analyse ex ante, mais son incidence doit être considérée dans l'analyse ex post effectuée au moment de la récupération. Le même raisonnement s'applique aux arguments relatifs aux crédits d'impôt découlant de l'application de ce type de composante du régime fiscal en cause.

c) Conclusion sur le moyen unique du pourvoi

120. Il ressort de toutes les considérations précédemment exposées, à mon avis, qu'il convient de faire droit au pourvoi de la Commission et, partant, d'annuler l'arrêt attaqué.

V. Sur le recours devant le Tribunal

121. En vertu de l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, cette dernière peut, en cas d'annulation de la décision du Tribunal, soit statuer définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue.

122. À ce propos, pour ce qui concerne les griefs soulevés en première instance par le FC Barcelona, soutenu par le Royaume d'Espagne, dans le cadre du deuxième moyen du recours, et accueillis par le Tribunal dans l'arrêt attaqué [73], j'estime qu'ils peuvent être analysés à la lumière des indications fournies aux points 99 à 119 des présentes conclusions.

123. À cet égard, j'observe que la Commission, dans la décision litigieuse, à son considérant 68 in fine, a, d'une part, relevé que, dans le cadre du régime fiscal applicable aux entités sans but lucratif, le crédit d'impôt lié à la déduction fiscale pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels n'était pas accordé systématiquement, mais seulement sous certaines conditions qui ne sont pas toujours réunies [74], ce qui implique qu'il n'était pas de nature à neutraliser systématiquement et pour chaque exercice fiscal l'avantage conféré par le taux d'imposition préférentiel. D'autre part, au considérant 95 de la décision litigieuse, la Commission a également indiqué que l'incidence effective de ces déductions aurait été prise en considération au moment de la quantification de l'aide en vérifiant, pour chaque exercice, la matérialisation éventuelle de l'aide. Il découle de cela que l'approche adoptée par la Commission dans la décision litigieuse est conforme aux considérations exposées aux points 99 à 113 des présentes conclusions. Il s'ensuit que les griefs mentionnés au point 122 des présentes conclusions doivent être définitivement rejetés.

72 Voir arrêt du 12 juillet 2012, Commission/Espagne (C-269/09, EU:C:2012:439, point 47 et jurisprudence citée).

73 Voir point 38 de l'arrêt attaqué.

74 Voir point 15 des présentes conclusions.

124. L'état du litige, toutefois, ne semble pas permettre à la Cour de statuer définitivement sur les autres arguments soulevés dans le cadre du deuxième moyen du recours, indiqués aux points 39 et 40 de l'arrêt attaqué, ni sur les troisième, quatrième et cinquième moyens de recours soulevés en première instance par le FC Barcelona.

125. Il s'ensuit que, à mon avis, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le Tribunal afin que ce dernier puisse examiner ces arguments et moyens du recours.

VI. Conclusion

126. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer de la manière suivante :

1) L'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 février 2019, Fútbol Club Barcelona/Commission (T-865/16, EU:T:2019:113) est annulé.

2) L'affaire est renvoyée devant le Tribunal de l'Union européenne.

3) Les dépens sont réservés.