CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN MISCHO

présentées le 8 mai 2001 [1]

1. La Cour est saisie de deux questions préjudicielles posées par le Verfassungsgerichtshof (Autriche) (Cour constitutionnelle, ci-après le «VGH») relatives à des taxes prélevées à l'occasion de la consommation d'énergie électrique et de gaz naturel et au remboursement partiel de celles-ci.

2. À l'occasion d'une réforme fiscale et dans le cadre du Strukturanpassungsgesetz de 1996 (loi sur l'adaptation des structures), la république d'Autriche a adopté, publié et fait entrer en vigueur simultanément trois lois, à savoir:

— l'Elektrizitätsabgabegesetz (loi relative à la taxe sur l'énergie électrique, ci-après l'«EAG»);

— l'Erdgasabgabegesetz (loi relative à la taxe sur le gaz naturel, ci-après l'«EGAG»);

— l'Energieabgabenvergütungsgesetz (loi relative au remboursement des taxes sur l'énergie, ci-après l'«EAVG»).

3. L'EAG prévoit une taxe de 0,00726728 euro par kilowattheure d'énergie électrique consommée. En vertu de l'article 1er, paragraphe 1, de l'EAG, sont soumises à la taxe sur l'électricité:

— la fourniture d'énergie électrique, sauf celle aux entreprises de distribution d'énergie électrique, ainsi que

— la consommation d'énergie électrique par les entreprises de distribution d'énergie électrique ainsi que la consommation d'énergie électrique produite par le consommateur lui-même, ou d'énergie électrique transférée dans le champ d'application territorial de la taxe.

4. En vertu de l'article 6, paragraphe 3, de l'EAG, le fournisseur d'électricité répercute

1 — Langue originale: le français.

la taxe sur le destinataire de la fourniture, qu'il s'agisse d'une entreprise/exploitation ou d'un ménage.

5. Sur le gaz naturel, une taxe de 0,04360368 euro par mètre cube est perçue selon des règles analogues.

6. Enfin, l'EAVG prévoit un remboursement partiel de la taxe sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'électricité. En vertu de l'article 1er, paragraphe 1, de cette loi, les taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'électricité doivent être remboursées sur demande, dans la mesure où elles dépassent (au total) 0,35 % de la valeur nette de la production. Le montant du remboursement est versé après déduction d'une franchise de 5 000 ATS au maximum.

7. Toutefois, selon l'article 2, paragraphe 1, de l'EAVG, disposition au centre du litige au principal, seules les entreprises dont il est prouvé que l'activité principale consiste dans la production de biens économiques corporels ont droit au remboursement des taxes sur l'énergie.

8. Les affaires au principal soulèvent pour le VGH la question de savoir si les dispositions de l'EAVG constituent une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE). Ces dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une notification, il est tout d'abord déterminant, pour le VGH, de savoir si l'effet suspensif produit par l'article 93, paragraphe 3, du traité CE (devenu article 88, paragraphe 3, CE) pour les aides non notifiées ne s'oppose pas à l'application de l'EAVG.

9. Rappelons que l'article 92, paragraphe 1, du traité dispose ce qui suit:

«Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.»

10. L'article 93, paragraphe 3, du traité dispose ce qui suit:

«La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 92, elle ouvre sans délai

la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.»

11. Le VGH admet provisoirement que le non-respect de cette dernière procédure peut affecter la mise en œuvre, sur le plan interne, d'un régime d'aides d'État, de telle sorte qu'une loi adoptée sans suivre cette procédure est sans effet.

12. Le VGH a, dès lors, posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les mesures législatives d'un État membre qui prévoient un remboursement partiel des taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'énergie électrique, mais n'accordent ce remboursement qu'aux entreprises dont il est prouvé qu'elles ont pour activité principale la fabrication de biens économiques corporels, doivent-elles être considérées comme une aide d'État au sens de l'article 92 du traité CE?

2) En cas de réponse affirmative à la première question: une telle mesure législative doit-elle être considérée comme une aide d'État au sens de l'article 92 du traité CE, même si elle s'applique à toutes les entreprises, sans considération de la question de savoir s'il est prouvé que leur activité principale consiste en la fabrication de biens économiques corporels?»

Sur la recevabilité des questions préjudicielles

13. Le gouvernement autrichien s'interroge sur la pertinence des questions préjudicielles aux fins des procédures devant le VGH, compte tenu de l'organisation des juridictions autrichiennes.

14. Il expose que la constitution autrichienne répartit le contrôle juridictionnel des décisions administratives entre le Verwaltungsgerichtshof et le VGH. Ce dernier ne peut connaître, en tant que manquements à la constitution, que des violations qualifiées et donc manifestes. En revanche, si ces violations ne sont pas manifestes, il doit laisser au Verwaltungsgerichtshof le soin d'en exercer le contrôle.

15. Dès lors, même si la règle litigieuse devait être considérée comme une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité — ce qui n'est pas le cas, selon le gouvernement autrichien — cela n'aurait pas de pertinence dans la procédure devant le VGH. En effet, l'autorité ayant adopté la

décision litigieuse n'aurait commis aucune violation manifeste des dispositions communautaires en matière d'aide d'État. Le VGH lui-même, comme cela ressort des motifs de l'ordonnance de renvoi, aurait des doutes à cet égard.

16. Nous sommes toutefois de l'avis que l'argumentation développée ci-dessus n'est pas de nature à amener la Cour à la conclusion qu'il n'y a pas lieu de répondre aux questions posées.

17. Il est, en effet, de jurisprudence constante qu'il appartient aux juridictions nationales saisies du litige d'apprécier tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour.

18. Celle-ci ne peut rejeter la demande formée par la juridiction nationale que s'il apparaît, de manière manifeste, que l'interprétation du droit communautaire demandée par celle-ci n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal [2].

19. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque la juridiction nationale est saisie d'un litige relatif à des dispositions nationales prévoyant un remboursement de taxes sur l'énergie, remboursement dont ladite juridiction se demande s'il constitue une aide au sens de l'article 92 du traité.

20. Remarquons que Adria-Wien Pipeline GmbH (ci-après «Adria-Wien»), requérante au principal, développe également une argumentation dont on pourrait déduire l'absence de nécessité des questions posées.

21. Elle fait, en effet, valoir, d'une part, que le remboursement des taxes litigieuses n'est pas une aide d'État, mais que la limitation du bénéfice de celui-ci à certaines entreprises est contraire à la constitution autrichienne. Or, le VGH pourrait remédier à cette inconstitutionnalité sans recourir au droit communautaire.

22. Elle ajoute que, si le mécanisme de remboursement devait être considéré comme une aide, ce ne pourrait être que du fait de son caractère sélectif, auquel le VGH devrait remédier en tout état de cause en raison des exigences de la constitution autrichienne.

23. Nous estimons toutefois que cette argumentation n'enlève rien au fait que, comme nous l'avons vu, c'est au juge national d'apprécier la nécessité des questions posées.

2 — Voir, par exemple, arrêt du 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099).

24. Il découle de ce qui précède que la Cour est tenue de répondre aux questions posées par le VGH.

25. Passons donc à l'examen de celles-ci. À notre avis, la réponse à la première question devient plus facile si l'on commence par la seconde.

Quant à la seconde question

26. Par sa seconde question, le VGH nous demande, en substance, si une mesure législative prévoyant le remboursement partiel des taxes frappant l'électricité et le gaz naturel, selon les règles décrites ci-dessus, devrait être considérée comme une aide au sens de l'article 92 du traité dans le cas où ce remboursement serait accordé à l'ensemble des entreprises.

27. Nous estimons que, dans cette hypothèse, le régime en question aurait pour effet d'imposer, à chaque entreprise établie en Autriche, un impôt s'élevant à 0,35 % de sa valeur nette de production.

28. Or, il n'existe, à notre connaissance, aucune disposition de droit communautaire qui interdirait aux États membres d'imposer un nouvel impôt à l'ensemble de leurs entreprises [3], même si c'est au moyen d'un mécanisme complexe comportant, dans un premier stade, la perception d'une taxe en fonction de l'énergie consommée et, dans un deuxième stade, le remboursement obligatoire, sur simple demande et sur la base de critères objectifs, d'une partie du montant perçu.

29. Toutes les parties ayant pris position à ce sujet parviennent à la conclusion que, si le remboursement bénéficiait à l'ensemble des entreprises, la condition de sélectivité de la mesure ne serait pas remplie et on ne serait pas en présence d'une aide au sens du traité.

30. Par ailleurs, il ne saurait être contesté que, en imposant à l'ensemble de ses entreprises une charge nouvelle, l'État membre ne procure pas à celles-ci un avantage de nature à engendrer, en leur faveur, des distorsions de concurrence, mais qu'il réduit, au contraire, leur compétitivité.

31. Nous concluons donc qu'une mesure législative consistant dans le remboursement, sur simple demande, à toutes les entreprises, d'une taxe sur l'électricité et d'une taxe sur le gaz naturel, pour autant

3 — Le droit communautaire a introduit des limitations à l'autonomie des États membres en ce qui concerne les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, les accises et la TVA, qui ne sont cependant pas en cause ici.

que l'incidence de ces deux taxes a dépassé au total, au cours d'une année civile, 0,35 % de la valeur nette de production d'une entreprise, ne doit pas être considérée comme une aide d'État au sens de l'article 92 du traité.

Quant à la première question

32. La première question revient à demander, en substance, si, à partir du moment où le mécanisme de remboursement partiel n'est appliqué qu'en faveur des entreprises qui ont pour activité principale la fabrication de biens économiques corporels, l'on est en présence d'un régime d'aides d'État tombant dans le champ d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

33. Adria-Wien et les gouvernements autrichien, danois et finlandais estiment que tel n'est pas le cas.

34. La Commission, en revanche, adopte la position opposée. Elle fait valoir que l'on est en présence d'un avantage ou d'un traitement préférentiel, imputable à l'État. Il n'est accordé qu'à une partie des entreprises et ne relève, dès lors, pas d'une mesure de politique économique générale. De plus, cette mesure n'est pas justifiée par la nature et l'économie du système.

A — *Le régime litigieux consiste-t-il en une dérogation par rapport à l'application normale d'un système général?*

35. À l'appui de son raisonnement, la Commission invoque l'arrêt du 19 mai 1999, Italie/Commission [4], dans lequel on peut lire qu'«une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables constitue une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité».

36. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un crédit d'impôt sous la forme d'une bonification que les transporteurs routiers italiens pouvaient déduire, au choix, des sommes qu'ils devaient au titre de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, de l'impôt sur le revenu des personnes morales, de l'impôt local sur le revenu et de la taxe sur la valeur ajoutée ainsi que des retenues à la source sur les revenus des dépendants et des compensations sur le travail autonome (point 3 de l'arrêt).

37. Nul n'osera évidemment contester que, par suite de ce privilège absolument unique

4 — C-6/97, Rec. p. I-2981, point 16.

en son genre, les transporteurs routiers étaient placés dans une «situation financière plus favorable que les autres contribuables»!

38. Mais l'importance de cet arrêt ne réside pas dans cette constatation, qui s'explique essentiellement par les circonstances de l'espèce, mais dans le point 15 de l'arrêt, où la Cour a déclaré qu'«il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que la notion d'aide comprend non seulement des prestations positives telles que des subventions, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les *charges qui grèvent normalement* [5] le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques (voir arrêts du 23 février 1961, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité, 30/59, Rec. p. 1, 39, et du 1er décembre 1998, Ecotrade, C-200/97, Rec. p. I-7907, point 34)».

39. La Cour a d'ailleurs utilisé une formulation identique, en substance, dans l'arrêt du 2 juillet 1974, Italie/Commission [6], en ce qui concerne l'exemption accordée aux employeurs dans le secteur du textile en Italie par rapport aux charges pécuniaires découlant de l'application normale du système général de prévoyance sociale, ainsi que dans l'arrêt du 17 juin 1999, Belgique/Commission, dit Maribel bis/ter [7], en ce qui concerne une «majoration de la réduction du paiement des cotisations sociales» accordée à un grand nombre de secteurs en Belgique.

40. Mais sommes-nous, en l'espèce, placés devant une situation identique?

41. Nous ne le pensons pas, car il est extrêmement douteux que nous soyons, en l'occurrence, en présence d'une dérogation à une «règle normale».

42. Nous estimons plutôt pouvoir déduire de l'ensemble du contexte dans lequel cette législation a été introduite que nous nous trouvons en face d'un système général nouveau de taxes écologiques qui, *dès sa conception*, a été fondé sur le principe que les secteurs primaire et secondaire de l'économie nationale ne pouvaient pas, raisonnablement, être imposés proportionnellement à *l'ensemble* de leur consommation d'électricité et de gaz.

43. Nous nous rallions particulièrement, à cet égard, aux observations suivantes du gouvernement danois:

«La perception de la taxe autrichienne, qui a un champ d'application général, est

5 — Souligné par l'auteur.
6 — 173/73, Rec. p. 709, point 33.
7 — C-75/97, Rec. p. I-3671, point 33.

opérée sur la base de critères objectifs, ce qui est caractéristique des mesures générales.

Les conditions auxquelles est subordonné le remboursement partiel sont, en outre, directement déterminées par le législateur et les règles n'habilitent pas les autorités compétentes à exercer un quelconque pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le choix des entreprises susceptibles de bénéficier de cette prestation ni d'en moduler l'étendue, ce qui, le cas échéant, pourrait ôter à ce système son caractère général.

En outre, les règles autrichiennes en matière de remboursement de la taxe sur l'énergie électrique [...] font partie intégrante du système global de taxation de l'énergie.

Cela signifie, en d'autres termes, que le système général de taxation s'identifie à la 'normalité juridique', de sorte que les règles en matière de remboursement *ne sauraient être considérées comme une 'exception*[8] par rapport à l'économie du système général', qui est une condition pour que le système soit réputé avoir perdu son caractère général [...].

Le régime de bonification 'corrige' simplement le paiement d'une taxe dont, à aucun moment, il n'a été question qu'elle serait supportée en définitive par le consommateur.»

44. Les gouvernements autrichien et finlandais font encore valoir qu'il s'agit, en l'occurrence, d'une mesure à caractère général, reposant sur le droit des États membres de poursuivre la politique économique qui leur semble la plus appropriée et, en particulier, de répartir comme ils l'entendent, la charge fiscale entre les différents facteurs de production.

45. La Commission objecte, en revanche, qu'il s'agit de mesures favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

46. À cet égard, elle se fonde essentiellement sur l'arrêt Maribel bis/ter, précité. Elle fait valoir que la réduction des cotisations sociales en cause dans cette affaire bénéficiait à de très nombreux secteurs, à savoir l'extraction de produits non énergétiques, l'industrie chimique, la métallurgie et le travail des métaux, la fabrication d'instruments de précision et d'optique et d'autres industries de transformation, de nombreux secteurs du transport international, y compris les transports aériens et maritimes, l'horticulture, la sylviculture et l'exploitation forestière. De ce fait, la Commission déclare que, «vu que ce programme s'adressait aussi à des entreprises du secteur tertiaire, la Commission considère qu'il concernait une partie de l'économie tout aussi importante que celle concernée par l'EAVG».

8 — Souligné dans le texte original.

47. La Commission cite ensuite le point 32 de cet arrêt, libellé comme suit:

«Ni le nombre élevé d'entreprises bénéficiaires ni la diversité et l'importance des secteurs industriels auxquels ces entreprises appartiennent ne permettent de considérer que l'opération Maribel bis/ter constitue, comme le prétend le gouvernement belge, une mesure générale de politique économique.»

48. Nous sommes cependant d'avis qu'il convient de ne pas perdre de vue que l'article 92 utilise l'expression «certaines productions». Dès lors, une mesure qui vise un grand nombre de types de productions, énumérés individuellement, n'a pas nécessairement la même nature qu'une mesure qui vise l'ensemble du secteur primaire et secondaire d'une économie nationale. Rappelons aussi que la Cour a déclaré qu'«il résulte du libellé de l'article 92, paragraphe 1, du traité que des mesures à caractère général ne favorisant *pas uniquement* [9] certaines entreprises ou certaines productions ne relèvent pas de cette disposition» [10].

49. Nous reconnaissons cependant que sur ce point les arguments pour et contre sont d'une validité à peu près égale. Mais, ce qui compte à nos yeux, c'est que le traitement réservé aux secteurs primaire et secondaire ne constitue pas une dérogation par rapport à l'application normale d'un système général.

50. On nous objectera peut-être que, en acceptant ce raisonnement, on ouvrirait toutes grandes les portes à toutes sortes d'abus. Ainsi, demain, un État membre pourrait impunément relever le niveau général de ses cotisations sociales, tout en le faisant d'une manière plus forte en ce qui concerne le secteur des services.

51. À cela nous répondrons que, dans pareille hypothèse, il conviendrait également d'examiner où se situerait, dans un tel système, la règle normale, si la différence de traitement serait justifiée par la nature ou l'économie du système et s'il en résulterait des distorsions de concurrence dans les échanges intracommunautaires.

52. Comme toujours, l'arrêt que rendra la Cour dans la présente affaire interviendra «compte tenu des circonstances de l'espèce».

53. Le gouvernement autrichien rappelle, par ailleurs, que, dans le trente-troisième considérant de la proposition de directive 97/C 139/07 du Conseil restructurant le

9 — Souligné par l'auteur.

10 — Arrêt du 26 juin 1999, DM Transport (C-256/97, Rec. p. I-3913, point 27).

cadre communautaire de taxation des produits énergiques [11] fondée sur l'article 99 (devenu article 93 CE), non encore adoptée par le Conseil, la Commission elle-même a estimé «qu'il y a lieu d'autoriser les États membres à appliquer des remboursements de taxe aux entreprises supportant des dépenses d'investissement destinées à améliorer l'efficacité énergétique et à celles dont les coûts énergétiques représentent une part importante de la valeur des ventes».

54. La Commission a, dès lors, proposé l'article 15, paragraphe 2, suivant:

«Les États membres peuvent rembourser à une entreprise tout ou partie du montant de taxe qu'elle a payé sur la partie de ses coûts en énergie non liés au transport qui dépasse 10 % de ses coûts totaux de production.

Cependant, lorsque la part des coûts en énergie non liés aux transports d'une entreprise dépasse 20 % de ses coûts totaux de production, les États membres remboursent la totalité de la taxe payée par cette entreprise sur la part de ses coûts en énergie non liés au transport supérieur à 10 % de ses coûts totaux de production.

Le montant net de taxe payé par une entreprise après les remboursements prévus aux premier et deuxième alinéas du présent paragraphe ne doit pas être inférieur à 1 % de la valeur des ventes.»

55. Même si, à travers cette proposition, la Commission ne reconnaît pas qu'un régime tel que celui pratiqué par la république d'Autriche ne constitue pas une aide, elle admet cependant qu'une taxe écologique ne doit pas nécessairement frapper toutes les entreprises avec la même intensité et que la technique du remboursement d'une partie de la taxe, payée dans un premier stade, est admissible en soi.

56. Il est vrai que le critère retenu par la Commission dans sa proposition a l'avantage de se référer directement à la consommation d'énergie de chaque entreprise individuelle et non pas aux seules industries productrices de biens corporels. Il permet ainsi de couvrir les entreprises du secteur des services qui pourraient, dans ces cas plutôt rares sans doute, se trouver également être de gros consommateurs d'énergie. Mais, cela ne signifie pas qu'il s'agisse là du seul critère admissible.

57. Nous examinerons plus loin ce qu'il faut penser du souci du gouvernement autrichien de ne pas trop mettre en danger la compétitivité des entreprises productrices de biens corporels.

11 — JO 1997, C 139, p. 14.

58. À l'audience, le gouvernement autrichien a particulièrement souligné, ce qu'il avait indiqué de manière plus incidente dans ses observations écrites, que le législateur autrichien avait en réalité cherché à promouvoir les économies d'énergie là où il était réaliste de le faire. Or, il aurait estimé que, sous la pression de la concurrence et des prix élevés de l'énergie, le secteur producteur de biens corporels aurait déjà accompli tous les efforts qu'il était réalistement possible d'effectuer.

59. À cet égard, la question pourrait éventuellement se poser de savoir si de gros consommateurs relevant du secteur de la prestation de services n'ont pas, eux aussi, déjà fait des économies considérables et si, dès lors, le principe d'égalité de traitement d'entreprises se trouvant dans une situation identique ou comparable n'est pas violé par la législation en cause.

60. Ce principe semble déjà avoir été invoqué dans le cadre du litige principal, et il appartient évidemment à la juridiction nationale de statuer à cet égard.

61. Toujours est-il que, à notre avis, le régime autrichien n'a pas créé une dérogation en faveur de certaines entreprises ou de certaines productions par rapport à un «système normal» de taxation, et qu'il n'est pas, dès lors, constitutif d'un régime d'aides au sens de l'article 92 du traité soumis à l'obligation de notification.

62. Pour être complet, ajoutons encore que, à partir du moment où l'on accepte que le système, mis en place par la république d'Autriche, prévoit, d'office, une taxation moindre des entreprises en question, on peut même se demander si les sommes qui sont «remboursées» ont jamais réellement appartenu à l'État. En effet, dès que le montant des taxes payées dépasse le pourcentage de 0,35 % de la valeur nette de production, ce montant appartient de droit à l'entreprise qui l'a acquitté dans un premier stade, puisque l'État ne peut pas en refuser le remboursement. Il ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire quant à la somme à payer ni quant aux entreprises auxquelles il y a lieu de faire un versement.

63. Dès lors, il semble difficile de donner tort au gouvernement autrichien et à Adria-Wien lorsqu'ils affirment que le procédé consistant dans le paiement des taxes au fournisseur d'électricité ou de gaz, qui les verse à l'État, et dans le «remboursement» subséquent par celui-ci, ne constitue qu'une technique administrative destinée à éviter des méthodes plus compliquées. Il résulte d'ailleurs des explications fournies par Adria-Wien que les fournisseurs sont obligés, de par la loi, de distinguer, dans chaque facture, le prix de la livraison et le montant de la taxe écologique.

64. Comme nous estimons, sur la base des développements qui précèdent, pouvoir déjà conclure que nous ne sommes pas en présence d'un régime d'aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité, c'est à titre subsidiaire seulement que nous examinerons maintenant si le régime en question affecte les échanges entre États membres et est de nature à fausser la concurrence.

B — *Les échanges entre États membres sont-ils affectés et la concurrence est-elle faussée?*

65. Dans l'arrêt du 2 juillet 1974, Italie/Commission, la Cour a déclaré que «l'article 92 a pour *objectif* [12] de prévenir que les échanges entre États membres soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions» (point 26).

66. Dans son arrêt Philip Morris/Commission [13], cité par le gouvernement autrichien, la Cour a précisé qu'il faut examiner si la mesure litigieuse «renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires», c'est-à-dire si elle menace «de fausser la concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres».

67. À propos du dégrèvement des charges sociales qui avait été introduit par la République italienne, la Cour a déclaré, qu'«il faut nécessairement partir de la situation concurrentielle existante sur le marché commun avant que la mesure litigieuse soit prise» [14]. Il s'agit donc d'examiner si les coûts de production de l'entreprise ou des entreprises concernées de l'État membre où la mesure est introduite se trouvent réduits du fait de celle-ci [15].

68. Or, comme nous l'avons vu, à propos de la réponse à la seconde question, traitée en premier lieu, même lorsque l'incidence des deux taxes est plafonnée à 0,35 % de la valeur nette de production, les coûts de production des entreprises autrichiennes sont plus lourdement grevés qu'en l'absence de ces taxes et leur compétitivité par rapport aux entreprises similaires des autres États membres se trouve diminuée.

69. En effet, à moins que les entreprises en question n'aient réduit leur marge bénéficiaire, le prix des marchandises exportées par elles dans les autres États membres a dû augmenter. Les produits identiques fabriqués dans les autres États membres, et importés en Autriche, sont devenus plus compétitifs.

12 — Souligné par l'auteur. Voir note 5.

13 — Arrêt du 17 septembre 1980 (730/79, Rec. p. 2671, points 11 et 12).

14 — Arrêt du 2 juillet 1974, Italie/Commission, précité, point 36.

15 — Ibidem, points 43 à 45.

70. Nous ne nous trouvons *donc pas* précisément dans la situation que vous aviez évoquée au point 47 de votre arrêt Maribel bis/ter, précité, où vous aviez déclaré que «lorsqu'un État membre octroie une aide à une entreprise, la production intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres d'exporter leurs produits vers le marché de cet État membre en sont diminuées». C'est pourtant ce passage que cite la Commission pour essayer de démontrer que les échanges et la concurrence transfrontalière sont affectés.

71. Dans l'arrêt du 19 mai 1999, Italie/Commission, précité, concernant les transporteurs routiers italiens, la Cour a également retenu «qu'il importe, dès lors, d'examiner si le crédit d'impôt entraîne des effets négatifs sur les concurrents des bénéficiaires, à savoir les transporteurs routiers établis dans d'autres États membres» (point 21).

72. Or, dans la présente affaire, le fait que le nouvel impôt frappant les entreprises autrichiennes qui fabriquent des biens corporels ne s'élève qu'à 0,35 % de la production nette, alors qu'il serait plus élevé si ce plafonnement n'existait pas, n'entraîne aucun effet négatif pour les entreprises similaires établies dans les autres États membres.

73. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que, en raison du fait que les entreprises du secteur des services sont frappées encore plus fortement par les deux taxes que les entreprises productrices de biens corporels, la compétitivité de ces dernières est diminuée encore plus dans la mesure où elles ont recours, dans le cadre de leur processus de fabrication, de transport ou de vente, à des prestations effectuées par des entreprises du secteur tertiaire.

74. Ainsi les huiles minérales acheminées par Adria-Wien, et utilisées par des fabricants de biens corporels, sont devenues plus chères du fait de la taxe sur l'électricité qui frappe le pompage de ces huiles. Pareillement, les prestations des compagnies d'assurances et des entreprises effectuant des entretiens ou des réparations aux machines et aux bâtiments ont dû devenir plus onéreuses.

75. Enfin, on ne saurait reprocher au gouvernement autrichien d'avoir introduit le remboursement partiel afin, comme il nous l'indique lui-même, de ne pas grever outre mesure les entreprises industrielles de production ni trop restreindre leur compétitivité [16].

76. Nous sommes convaincu, au contraire, qu'un État membre qui introduit, sans y être obligé par une disposition de droit

16 — Observations du gouvernement autrichien (original p. 8, traduction p. 10).

communautaire, des taxes écologiques, a parfaitement le droit de procéder d'une manière prudente. Le problème se posera différemment le jour où des taxes harmonisées seront introduites dans l'ensemble de la Communauté.

77. En second lieu, il résulte d'une jurisprudence constante que «l'article 92 ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets» [17]. Or, ainsi que nous l'avons constaté ci-dessus, l'imposition d'un impôt de 0,35 % n'a pas pour effet de créer une distorsion de concurrence.

78. En troisième lieu, nous ne saurions accepter un raisonnement consistant à dire que l'imposition encore plus forte des entreprises du secteur tertiaire apporterait, pour ainsi dire «a contrario», un avantage aux entreprises des secteurs primaire et secondaire, car ces entreprises ne sont pas en concurrence. (Le fait de taxer plus fortement les chirurgiens-dentistes n'apporte aucun avantage aux fabricants de bicyclettes). Force est de constater, par ailleurs, qu'une bonne partie des entreprises du secteur tertiaire sont, elles aussi, soumises à la concurrence internationale. Tel est le cas pour les compagnies d'assurances qui agissent en prestation de services au-delà du territoire national, des entreprises de transport aérien ou routier et surtout du secteur hôtelier. La Cour n'a-t-elle pas établi qu'un touriste est un bénéficiaire de services et que le traité s'applique à son égard?

79. En résumé, nous ne saurions donc nous rallier à une thèse qui reviendrait soit:

— à abandonner la jurisprudence constante selon laquelle les mesures étatiques sont à apprécier en fonction de leurs effets;

— à donner à la notion d'effet une portée tout à fait nouvelle en ce sens que la Cour cesserait de comparer la situation des entreprises concernées par rapport à leur propre situation antérieure (charges allégées ou non) ou par rapport à leurs concurrents étrangers (compétitivité accrue ou non) pour ne plus les comparer qu'à des entreprises établies dans le même État membre avec lesquelles elles ne sont pas en concurrence.

80. Rappelons, encore une fois, que tous les passages de la jurisprudence de la Cour, cités au cours de la présente procédure en faveur de la thèse opposée, concernaient des situations où, en dérogation d'un

17 — Voir arrêts du 2 juillet 1974, Italie/Commission, précité, point 27, et Belgique/Commission, précité, point 25.

régime général dont le caractère de «régime normal» était incontestable, des réductions d'impôt, des crédits d'impôt ou des réductions de cotisations sociales avaient été accordés qui venaient alléger les charges ayant pesé jusque-là sur certaines entreprises et qui créaient d'incontestables distorsions de concurrence dans les échanges intracommunautaires.

81. Nous partageons ainsi l'avis des gouvernements autrichien, danois et finlandais et d'Adria-Wien, selon lequel, en l'espèce, les échanges intracommunautaires ne sont pas affectés et la concurrence n'est pas faussée. L'objectif visé par l'article 92, paragraphe 1, n'étant pas mis en cause, on n'est donc pas en présence d'une aide au sens de cet article.

Conclusions

82. Sur la base des considérations développées ci-dessus, nous vous proposons de répondre de la manière suivante aux questions posées par le Verfassungsgerichtshof:

«1) Des mesures législatives d'un État membre qui prévoient un plafonnement de l'incidence de taxes nouvellement introduites sur la consommation d'énergie électrique et de gaz naturel, obtenu à travers un remboursement partiel de ces taxes, accordé sur simple demande et sur la base de critères objectifs, mais qui n'accordent ce remboursement qu'aux entreprises dont il est prouvé qu'elles ont pour activité principale la fabrication de biens économiques corporels, ne doivent pas être considérées comme une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE).

2) Compte tenu de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde.»