DÉCISION (UE) 2015/314 DE LA COMMISSION

du 15 octobre 2014

relative à l'aide d'État SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) mise à exécution par l'Espagne Régime relatif à l'amortissement fiscal de la survaleur financière en cas de prise de participations étrangères

[notifiée sous le numéro C(2014) 7280]

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

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

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

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

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

après avoir invité les parties intéressées à présenter leurs observations conformément aux dispositions citées ci-dessus ([1]) et vu ces observations,

considérant ce qui suit:

1. PROCÉDURE

(1) Le 28 octobre 2009, la Commission a adopté une décision négative comportant un ordre de récupération de l'aide accordée aux bénéficiaires sur la base d'un régime espagnol qui permettait de réaliser des déductions fiscales en cas de prise de participations dans des entreprises étrangères (ci-après, la «première décision») ([2]). Cette décision portait uniquement sur les prises de participations à l'intérieur de l'Union et la Commission a maintenu ouverte la procédure en ce qui concerne les prises de participations en dehors de l'Union en attendant les nouvelles informations que les autorités espagnoles se sont engagées à apporter en ce qui concerne les obstacles présumés aux fusions transfrontières en dehors de l'Union.

(2) Le 12 janvier 2011, la Commission a adopté une décision négative comportant un ordre de récupération de l'aide accordée aux bénéficiaires sur la base de la législation en cause lors d'acquisitions réalisées en dehors de l'Union (ci-après, la «seconde décision») ([3]).

(3) Néanmoins, la Commission a décidé de limiter la portée de l'obligation de récupération contenue dans les première et seconde décisions en raison de l'existence d'une confiance légitime.

(4) Par un courrier électronique du 12 avril 2012, les autorités espagnoles ont informé la Commission qu'en date du 21 mars 2012, elles avaient adopté une nouvelle interprétation administrative («avis contraignant») ([4]) du régime d'aides en question, qui était également applicable aux opérations réalisées avant cette date.

(5) Par une lettre du 4 juillet 2012, dans le cadre de la procédure de récupération engagée par la seconde décision, la Commission a invité les autorités espagnoles à clarifier une série de questions relatives à la nouvelle interprétation administrative. L'Espagne a présenté ses observations le 5 septembre 2012.

(6) En octobre 2012, comme suite à cette nouvelle interprétation administrative, la Commission a inscrit une nouvelle affaire ([5]), engagée d'office, dans son registre des aides d'État.

([1]) JO C 258 du 7.9.2013, p. 8.
([2]) JO L 7 du 11.1.2011, p. 48.
([3]) JO L 135 du 21.5.2011, p. 1.
([4]) Voir l'avis contraignant V0608-12 du 21 mars 2012.
([5]) SA.35550 (12/CP).

(7) Par lettre du 29 octobre 2012, la Commission a adressé une demande d'informations à l'Espagne. Les autorités espagnoles ont fourni les informations demandées le 5 décembre 2012. Le 12 décembre 2012, une réunion technique a eu lieu entre les autorités espagnoles et la Commission. À la suite de cette réunion, le 19 décembre 2012, la Commission a adressé une autre lettre à l'Espagne, dans le cadre de la procédure de récupération, dans laquelle elle a également fait part de ses doutes quant à la légitimité de la nouvelle interprétation administrative. L'Espagne a présenté ses observations le 14 février 2013.

(8) Le 26 avril 2013, la Commission a adressé une lettre aux autorités espagnoles les priant instamment de réviser la nouvelle interprétation administrative du régime d'aides à la lumière de la réglementation relative aux aides d'État. Le 31 mai 2013, les autorités espagnoles ont répondu à la lettre de la Commission.

(9) Par lettre du 21 juin 2013, les services de la Commission ont informé les autorités espagnoles que la Commission envisageait de délivrer une injonction exigeant la suspension de toute aide illégale octroyée au titre de la nouvelle interprétation administrative, et les invitant à formuler des observations à cet égard. Le 26 juin 2013, les autorités espagnoles ont demandé une prorogation du délai initialement établi par la Commission, demande qui a été rejetée le jour même. Par lettre du 1er juillet 2013, l'Espagne a présenté ses observations concernant l'injonction de suspension.

(10) Dans la mesure où la modification du régime n'avait pas été notifiée à la Commission conformément à l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, le «traité»), et que le régime modifié était déjà appliqué avant la réception de l'approbation préalable de la Commission conformément à l'article 107 du traité, la mesure a été publiée dans le registre des aides d'État de la Commission en tant qu'aide non notifiée sous la référence SA.35550 (13/NN).

(11) Par lettre du 17 juillet 2013, la Commission a informé l'Espagne de sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité concernant cette aide.

(12) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ([6]). La Commission a invité les parties intéressées à présenter leurs observations sur l'aide en cause.

(13) La Commission a reçu les observations des autorités espagnoles et de cinq tiers intéressés. La Commission a transmis les observations des tiers intéressés aux autorités espagnoles en leur donnant la possibilité d'y réagir. Leurs observations ont été reçues par lettres des 25 novembre 2013 et 20 décembre 2013.

(14) Par lettre du 26 mars 2014, la Commission a adressé une demande d'informations à l'Espagne. Les autorités espagnoles ont fourni les informations demandées le 7 mai 2014.

2. **DESCRIPTION DE LA MESURE**

2.1. **Introduction**

a) *L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS*

(15) La base légale du régime d'aides en question est la loi espagnole relative à l'impôt des sociétés (décret législatif royal no 4/2004 du 5 mars 2004 portant approbation de la refonte de la loi sur l'impôt des sociétés, ci-après le «TRLIS»), et notamment son article 12, paragraphe 5, en liaison avec son article 21.

(16) L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, entré en vigueur le 1er janvier 2002, a introduit la possibilité pour une entreprise résidant en Espagne, de déduire de l'assiette imposable de l'impôt des sociétés la survaleur financière résultant de la prise de participations dans une entreprise étrangère dont les revenus auraient pu bénéficier de l'exonération fiscale prévue à l'article 21 du TRLIS (ancien article 20 *bis* de la loi sur l'impôt des sociétés).

(17) La survaleur financière est définie à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS comme étant le montant de l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable à la date de l'acquisition qui n'a pas pu être imputé aux biens et droits de l'entité étrangère. La partie de l'écart qui n'a pas été imputée est déductible de l'assiette imposable, avec pour plafond annuel le vingtième de son montant. Cela s'entend sans préjudice de la législation comptable en vigueur.

([6]) Voir note 1 de bas de page.

b) *Les critères de l'article 21 du TRLIS*

(18) L'article 21 du TRLIS fixe les critères auxquels sont soumis les revenus de l'entité qui ne réside pas sur le territoire espagnol pour que l'entreprise résidente puisse appliquer la déduction prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS:

a) le pourcentage de la participation, directe ou indirecte, au capital ou aux capitaux propres de l'entité étrangère doit être au moins de 5 %. L'entreprise résidente doit en outre détenir la participation durant une période ininterrompue d'un an minimum ([7]);

b) l'entité étrangère doit être assujettie à un impôt étranger similaire à l'impôt espagnol des sociétés. Cette condition est réputée remplie si le pays de résidence de l'entreprise acquise a signé une convention fiscale avec le Royaume d'Espagne visant à éviter la double imposition internationale et pourvue d'une clause sur l'échange d'informations ([8]);

c) les revenus doivent provenir de la réalisation d'activités à l'étranger. Cette condition est remplie lorsqu'au moins 85 % des revenus satisfont aux critères suivants ([9]):

i) les revenus de l'entité étrangère doivent provenir de l'étranger et ne peuvent être compris dans l'assiette imposable du fait de l'application des règles en matière de transparence fiscale. En particulier, sont réputés remplir ces conditions les revenus tirés des activités suivantes:

— le commerce de gros, lorsque les biens sont mis à la disposition des acquéreurs dans le pays ou le territoire où réside l'entité étrangère ou dans tout autre pays ou territoire que l'Espagne, pour autant que les opérations soient réalisées par l'entité étrangère,

— les services fournis sur le territoire sur lequel l'entreprise étrangère a son domicile fiscal, pour autant que ces prestations soient effectuées par l'entité étrangère,

— les services financiers fournis à des bénéficiaires qui n'ont pas leur domicile fiscal en Espagne, pour autant que ces prestations soient effectuées par l'entité étrangère,

— les services d'assurances relatifs à des risques situés en dehors de l'Espagne, pour autant que les services d'assurances soient fournis par l'entité étrangère;

ii) les dividendes ou participations aux bénéfices d'entités étrangères tirés de participations indirectes satisfaisant aux critères figurant à l'article 21, paragraphe 1, point a), du TRLIS. De même, les revenus du capital tirés du transfert de participations dans des entreprises étrangères, pour autant que les critères fixés à l'article 21, paragraphe 2, du TRLIS soient satisfaits.

(19) Il y a lieu de signaler que, bien que l'article 12, paragraphe 5, renvoie à l'article 21 du TRLIS, ce dernier visait initialement à établir les conditions régissant l'exonération des dividendes et revenus provenant de l'étranger et résultant de la prise de participations dans des entités étrangères de l'impôt sur les sociétés en vue d'éviter la double imposition internationale ([10]).

c) *Le concept de survaleur*

(20) La survaleur financière est un concept fiscal qui a été introduit par le législateur espagnol à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS et qui est lié au concept comptable de survaleur.

(21) La survaleur est une immobilisation incorporelle qui représente la valeur de la bonne réputation du nom commercial, les bonnes relations avec les clients, la qualification des travailleurs et d'autres facteurs similaires qui permettent d'espérer qu'ils produiront à l'avenir des gains supérieurs aux gains apparents. D'un point de vue comptable, la survaleur est l'écart entre le prix de la prise de participations dans une entité et la valeur comptable de son actif net.

(22) D'après les informations fournies par les autorités espagnoles, le fait que le prix payé pour une participation au capital d'une entreprise soit supérieur à sa valeur comptable peut s'expliquer par deux raisons différentes: 1) la valeur ajoutée intrinsèque des actifs de l'entreprise et 2) un supplément de prix résultant du fait d'escompter des revenus plus élevés à l'avenir. Cette dernière raison correspond à la survaleur financière.

([7]) Voir l'article 21, paragraphe 1, point a), du TRLIS.
([8]) Voir l'article 21, paragraphe 1, point b), du TRLIS.
([9]) Voir l'article 21, paragraphe 1, point c), du TRLIS.
([10]) L'article 21 intitulé «Exonération visant à éviter la double imposition internationale sur les dividendes et les revenus de source étrangère résultant du transfert de valeurs représentatives des fonds propres d'entreprises ne résidant pas sur le territoire espagnol» fait partie du titre IV du TRLIS.

(23) Au titre de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, le montant de l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable à la date de l'acquisition doit être imputé aux biens et droits de l'entreprise étrangère, conformément aux critères fixés dans le décret royal nº 1815/1991 relatif aux comptes consolidés. La «survaleur financière» est la partie de l'écart qui n'a pas été imputée aux biens et droits de l'entité étrangère. Elle peut être déduite de l'assiette imposable, avec pour plafond annuel le vingtième de son montant.

(24) Dès lors, pour déterminer le montant de la survaleur financière pouvant être déduit de l'assiette imposable, il convient de procéder comme suit:

i) calculer l'écart entre le prix de la prise de participations et la valeur comptable de la participation de l'entreprise étrangère à la date de l'acquisition. La valeur comptable doit refléter la partie des capitaux propres représentative de la participation et de sa valeur comptable;

ii) imputer l'écart aux biens et droits de l'entreprise étrangère conformément aux critères établis dans le décret royal nº 1815/1991 relatif aux comptes consolidés;

iii) le montant (dudit écart) qui n'aurait pas pu être imputé aux biens et droits de l'entreprise étrangère constitue la survaleur financière. Elle peut être déduite de l'assiette imposable jusqu'à un plafond d'un vingtième par an.

d) *Le concept des prises de participations directes et indirectes*

(25) On entend par prise de participation directe la prise d'une participation aux capitaux propres d'une entreprise par une autre entreprise. On entend par prise de participation indirecte la prise d'une participation aux capitaux propres d'une filiale de deuxième niveau ou de niveau ultérieur par une autre entreprise en conséquence d'une prise de participation directe antérieure. Par conséquent, l'entreprise acquéreuse devient indirectement détentrice de participations dans des filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur.

(26) Toutefois, au vu des informations fournies par les autorités espagnoles et les tiers intéressés, la Commission fait observer que, dans le cas d'espèce, le litige concerne essentiellement les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes aux capitaux propres d'une holding étrangère. De fait, les holdings sont des entreprises dont l'objectif principal est la détention d'actions ou de parts dans d'autres entreprises opérationnelles. Les holdings n'exercent aucune activité économique à proprement parler, et ne peuvent donc générer une survaleur (et, par conséquent, ne peuvent pas non plus générer une survaleur financière). La survaleur n'est générée aux niveaux ultérieurs par des entreprises opérationnelles que si celles-ci exercent une activité économique. Par conséquent, en l'espèce, il s'agit de déterminer si les participations acquises indirectement en conséquence d'une prise de participations directes dans une holding étrangère peuvent donner droit à la déduction prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

2.2. **Modification de la formulation de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS**

(27) Le titre de l'article 12 est le suivant: «Corrections de valeurs: perte de valeurs des éléments patrimoniaux». Le paragraphe 5 dudit article est entré en vigueur le 1er janvier 2002. Il a été introduit dans la loi espagnole nº 43/1995 du 27 décembre 1995 sur l'impôt des sociétés par l'article 2, paragraphe 5, de la loi nº 24/2001 du 27 décembre 2001 ([11]). Par la suite, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS a été inclus dans le décret législatif royal nº 4/2004 du 5 mars 2004, portant approbation de la refonte de la loi sur l'impôt des sociétés ([12]).

(28) L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS a été modifié à plusieurs reprises depuis son introduction dans la loi sur l'impôt des sociétés. D'après la formulation initiale de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, introduit par la loi nº 24/2001, l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable à la date de l'acquisition devait être imputé aux biens et droits de l'entreprise étrangère, conformément aux critères fixés dans le décret royal nº 1815/1991 du 20 décembre 1991 portant approbation des règles relatives à la présentation des comptes annuels consolidés. En 2007, la référence au décret royal nº 1815/1991 du 20 décembre 1991 portant approbation des règles relatives à la présentation des comptes annuels consolidés a été remplacée par une référence à la méthode d'intégration globale établie à l'article 46 du code de commerce et dans d'autres modalités d'exécution.

([11]) Loi nº 24/2001 du 27 décembre 2001 établissant des mesures fiscales, administratives et d'ordre social.
([12]) Décret législatif royal nº 4/2004 du 5 mars 2004, portant approbation de la refonte de la loi sur l'impôt des sociétés.

(29) D'après les autorités espagnoles, cette modification est une conséquence de l'adoption de la loi nº 16/2007 du 4 juillet 2007 modifiant et adaptant les règles comptables en vue de leur harmonisation internationale conformément au droit de l'Union ([13]). En conséquence de l'adoption de cette loi, diverses lois et dispositions, telles que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, ont dû subir une série de modifications. Dans la mesure où le décret royal nº 1815/1991 devait être abrogé et actualisé en raison des modifications apportées à la législation en matière comptable, le code de commerce, norme de rang supérieur, a été invoqué. Les autorités espagnoles ont expliqué que la modification susmentionnée est de nature purement technique: elle ne modifiait pas les règles applicables en matière de consolidation et n'avait pas d'incidence sur la méthode de calcul de la survaleur financière. Les autorités espagnoles affirment que la méthode d'intégration globale a toujours été utilisée pour calculer la survaleur financière et que ce principe comptable figurait tant dans le décret royal nº 1815/1991 qu'à l'article 46 du code de commerce espagnol.

(30) À la suite de l'adoption des première et seconde décisions, à des fins de conformité, l'Espagne a inséré un nouvel alinéa à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Bien que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ait été déclaré comme constituant une aide illégale et incompatible, il n'a pas été formellement abrogé, puisqu'il pouvait toujours être appliqué par les bénéficiaires qui pouvaient avoir une confiance légitime dans le fait de penser que l'aide octroyée ne serait pas récupérée et pour lesquels il a été reconnu que la période de transition établie dans les première et seconde décisions était applicable.

(31) L'Espagne a introduit un troisième point à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, établissant que la déduction de la survaleur financière ne s'appliquerait pas à la prise de participations dans des entreprises ne résidant pas sur le territoire de l'Union réalisée à compter du 21 décembre 2007 (sans préjudice des dispositions de l'article 1er, paragraphe 3, de la décision de la Commission du 28 octobre 2009 et de l'article 1er, paragraphe 3, de la décision de la Commission du 12 janvier 2011, concernant les prises de participations liées à l'engagement irrévocable pris avant le 21 décembre 2007). Toutefois, en ce qui concerne la prise de participations majoritaires dans des entités résidant en dehors de l'Union et acquises entre le 21 décembre 2007 et le 21 mai 2011 (date de publication de la seconde décision au *Journal officiel de l'Union européenne*), les déductions pourraient être appliquées si l'existence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises est démontrée conformément aux dispositions de l'article 1er, paragraphes 4 et 5, de la seconde décision de la Commission du 12 janvier 2011.

2.3. **L'interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS**

(32) La principale disposition juridique, à savoir l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, n'indique pas si la déduction de la survaleur financière pourrait être applicable dans le cas des prises de participations directes ou indirectes. Néanmoins, l'article 21 du TRLIS fait référence aux participations directes et indirectes en établissant une liste des critères auxquels les revenus de l'entreprise étrangère doivent satisfaire pour que l'entreprise résidente puisse appliquer la déduction prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

2.3.1. L'interprétation administrative initiale

(33) Dans le cadre de la procédure administrative qui a donné lieu à l'adoption de la décision d'ouverture de la procédure de 2007, les autorités espagnoles ont expliqué à la Commission que conformément à la pratique administrative constante de la direction générale espagnole des impôts (*Dirección General de Tributos*; ci-après, la «DGT») et à la jurisprudence du tribunal économique administratif central (*Tribunal Económico y Administrativo Central*; ci-après, le «TEAC»), seule la survaleur financière résultant de prises de participations directes est déductible ([14]). Les motifs avancés par les autorités espagnoles étaient les suivants:

a) l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est une méthode d'amortissement de l'investissement qui a une incidence directe sur l'assiette imposable. La gestion de la déduction requiert un contrôle de l'investissement qui peut uniquement être effectué au moyen d'une prise de participations directes dans des entreprises opérationnelles de premier rang;

b) les critères fixés à l'article 21 du TRLIS, selon lesquels l'entreprise étrangère doit exercer une activité économique à l'étranger et être assujettie à un impôt comparable à l'impôt des sociétés, reposent sur les règles fiscales applicables en matière de lutte contre les abus à l'égard de territoires à fiscalité nulle;

c) par ailleurs, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS couvre uniquement les prises de participations de premier niveau, étant donné qu'aux fins de l'application de la déduction prévue audit article, l'article 21 du TRLIS exige uniquement une prise de participations d'au moins 5 % des actions dans le capital de l'entité étrangère. Ce pourcentage ne tient compte ni de la consolidation de l'entité étrangère de premier niveau ni de celle de ses filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur. La survaleur ne pourra être générée dans les filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur qu'après la consolidation;

([13]) Loi nº 16/2007 du 4 juillet 2007 modifiant et adaptant le droit des sociétés en matière comptable en vue de son harmonisation internationale conformément au droit de l'Union.

([14]) Voir la lettre du 4 juin 2007 envoyée par l'Espagne en réponse à une demande d'informations du 26 mars 2007.

d) de plus, l'administration fiscale doit contrôler l'application de la déduction de la survaleur financière. Ce contrôle ne peut être réalisé que par l'intermédiaire de l'entité résidant en Espagne. En effet, l'administration fiscale espagnole peut facilement procéder à des contrôles afin de déterminer si les participations sont situées au premier niveau, puisqu'elles font partie des actifs de l'entreprise résidant en Espagne. Il serait plus difficile de contrôler la survaleur générée dans des filiales de niveau ultérieur étrangères, étant donné que les participations sont imputées aux actifs des entités étrangères, qui ne sont pas obligatoirement soumises au contrôle de l'administration fiscale espagnole.

(34) Dans le cadre de la procédure formelle d'examen qui a donné lieu à l'adoption de la présente décision, les autorités espagnoles ont été appelées à fournir une liste des avis contraignants de l'administration fiscale relatifs à l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Les autorités espagnoles ont présenté ([15]) une copie des avis contraignants 1490-02 du 4 octobre 2002 et V0391-05 du 10 mars 2005 ([16]). Ces avis ont confirmé que depuis l'adoption de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, la DGT a explicitement exclu de son champ d'application les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding.

(35) Il a également été demandé aux autorités espagnoles de présenter la jurisprudence du TEAC faisant référence à l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Les autorités espagnoles ont fourni ([17]) des copies de quatre décisions ([18]) du TEAC qui confirmaient l'exclusion du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS des prises de participations indirectes découlant d'une prise de participations directes dans une holding. Le raisonnement qui sous-tend l'exclusion des prises de participations indirectes du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS et qui a été développé dans les avis de la DGT et les décisions du TEAC peut être résumé comme suit:

a) l'un des critères fixés à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est que la survaleur résultant de l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable doit être imputé aux actifs de l'entité étrangère acquise;

b) la survaleur est générée dans des entités opérationnelles. En conséquence de l'exercice d'une activité économique, un actif incorporel découlant du portefeuille de clients, de la localisation géographique, des connaissances techniques spécialisées, des ressources humaines, de la réputation, etc., est généré. Tout cela se traduit, en dernier lieu, par un prix d'achat supérieur au prix imputé comme valeur comptable. Ainsi, la survaleur financière peut uniquement être générée à la suite de la prise de participations directes dans une entité opérationnelle résultant de l'écart entre le prix d'achat et la valeur comptable, pour autant que cet écart ne soit pas imputable aux plus-values implicitement générées par les actifs de l'entreprise;

c) pour calculer le montant de la survaleur financière (l'écart entre le prix d'achat et la valeur comptable non imputable à l'actif net de l'entité étrangère), il est nécessaire d'accomplir les trois tâches suivantes: 1) calculer l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable; la valeur comptable devant refléter la partie des capitaux propres représentative de la participation de l'entité résidente dans l'entité étrangère; 2) imputer l'écart entre les deux valeurs précitées aux actifs de l'entité étrangère dans la limite de la valeur de marché des actifs concernés selon les critères fixés dans la législation en matière de comptes consolidés ([19]); 3) le montant restant constitue la survaleur financière qui peut être déduite de l'assiette imposable, avec pour plafond annuel le vingtième de son montant;

d) les holdings sont des entités dont l'objectif principal est la détention d'actions ou de parts dans d'autres entités opérationnelles, raison pour laquelle elles n'exercent pas d'activité économique ou entrepreneuriale à proprement parler. Conformément à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, si une entreprise résidant sur le territoire espagnol acquiert une participation dans une holding étrangère (dont l'activité principale est la détention d'actions ou de parts et la gestion d'actifs d'autres entreprises opérationnelles), l'écart entre le prix d'achat et la valeur comptable des capitaux propres de la participation doit être imputé en tant qu'actif de la holding dans la limite de la valeur de marché de l'actif concerné. Étant donné que les actifs d'une holding sont des participations dans des entités opérationnelles étrangères, la valeur de marché de ces actifs correspond au prix d'achat des actions et, par conséquent, aucune survaleur n'est générée. Selon cette interprétation, la survaleur financière peut uniquement être générée à la suite de la prise de participations directes dans une entreprise opérationnelle résultant de l'écart entre le prix d'achat et la valeur comptable, pour autant que cet écart ne soit pas directement imputable aux plus-values intrinsèques générées par les biens et droits de l'entité acquise.

([15]) Voir la lettre des autorités espagnoles du 7 mai 2014, en réponse à une demande d'informations du 26 mars 2014.
([16]) D'après les informations fournies par certains des tiers intéressés, d'autres interprétations administratives portent sur l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, à savoir les avis contraignants V316-05 et V2245-06.
([17]) Voir note 15 de bas de page.
([18]) Décision 00/2842/2009; décision 00/4872/2009 et décisions jointes, décision 00/5337/2009 et décision jointe; décision 00/3637/2010 et décision jointe.
([19]) Articles 23 et 24 du décret royal nº 1815/1991.

(36) La pratique administrative constante des autorités espagnoles, qui permettait de déduire la survaleur financière résultant exclusivement des prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles, a continué à être appliquée même après l'adoption des première et seconde décisions ([20]).

2.3.2. La nouvelle interprétation administrative

(37) Le 21 mars 2012, à la suite d'une demande d'avis fiscal adressée par une entreprise espagnole, la DGT a adopté l'avis contraignant V0608/12 ([21]) dans lequel il est établi que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS permet de déduire la survaleur financière non seulement en cas de prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles, mais aussi en cas de prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding.

(38) Dans l'avis contraignant précité, la DGT a reconnu qu'elle s'était écartée de son interprétation initiale de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS quant à son application aux prises de participations indirectes. En conséquence, la DGT a modifié le critère sur lequel elle avait fondé ses réponses antérieures aux demandes d'avis formulées par des entreprises espagnoles à cet égard.

(39) En outre, dans une décision du 26 juin 2012 ([22]), le TEAC s'est aligné sur la position adoptée par la DGT concernant l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS aux prises de participations indirectes. Même si la décision portait sur un autre sujet et que l'entreprise en question n'était pas l'entreprise concernée par l'avis contraignant de la DGT du 21 mars 2012, le TEAC a reconnu qu'il avait modifié sa jurisprudence antérieure en élargissant le champ d'application de la déduction de la survaleur pour couvrir les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding.

(40) Le TEAC admet également s'être écarté de sa jurisprudence antérieure. D'après le tribunal, sa position était fondée sur l'obligation contenue à l'article 15 du décret royal nº 1777/2004, qui portait exclusivement sur l'entreprise directement acquise. Toutefois, au vu du litige relatif à l'interprétation de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS et compte tenu des deux décisions adoptées par la Commission européenne, le TEAC a été obligé de reconsidérer sa jurisprudence antérieure. Pour l'essentiel, les motifs invoqués par la DGT et le TEAC peuvent être résumés comme suit:

a) premièrement, la DGT et le TEAC renvoient à l'article 21, paragraphe 1, point c), du TRLIS pour affirmer que les prises de participations indirectes peuvent également donner droit à la déduction prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. D'après le TEAC et la DGT, le critère de l'exercice d'une activité économique peut être satisfait si l'entité opérationnelle est également présente dans des filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur. Plus précisément, la DGT et le TEAC renvoient à l'article 21, paragraphe 1, point c), second alinéa, du TRLIS dans lequel il est explicitement établi que la disposition s'applique également aux dividendes ou participations résultant de prises de participations directes ou indirectes. La DGT et le TEAC concluent que le fait que l'entreprise soit présente dans des filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur ne doit pas constituer un obstacle à l'application de la déduction prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS;

b) deuxièmement, la DGT et le TEAC font référence à la logique de la disposition: étant donné que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS vise à encourager l'internationalisation et l'investissement à l'étranger des entreprises espagnoles, il serait contraire à l'esprit de la disposition d'exclure de son champ d'application les investissements réalisés par des entreprises espagnoles dans des holdings étrangères. Par ailleurs, la DGT et le TEAC affirment que, comme en témoigne la réalité économique, la prise de participations dans des entreprises étrangères est généralement le fruit de l'acquisition d'une holding. Le fait qu'un investissement soit réalisé au travers de la prise de participations dans une holding est une circonstance extérieure qui ne dépend pas de l'entreprise qui acquiert des participations dans la holding, mais de la structure du marché. La présence d'entreprises intermédiaires, comme les holdings, ne devrait pas constituer un obstacle à la réalisation d'investissements, ni susciter une distinction entre différents types de prises de participations;

c) troisièmement, la DGT et le TEAC avancent que le texte des première et seconde décisions de la Commission fait constamment référence aux prises de participations aussi bien directes qu'indirectes. Sur la base de la formulation de ces deux décisions, la DGT et le TEAC concluent que la Commission européenne admet la déduction de la survaleur financière aussi bien pour les prises de participations directes que pour les prises de participations indirectes;

([20]) Voir la décision du TEAC du 3 novembre 2011; R.G.: 2842-09.
([21]) Voir également l'avis contraignant CV5615-12 du 25 octobre 2012, qui suit le même raisonnement.
([22]) Décision du TEAC du 26 juin 2012; R.G.: 00/3637/2010 et R.G.: 00/1439/2011.

d) quatrièmement, la DGT reconnaît également que cette interprétation est donnée en dépit de l'obligation de fournir des informations établie à l'article 15 du règlement d'application de la loi relative à l'impôt des sociétés. Cet article exige uniquement que soient fournies toutes les informations relatives à la prise de participations d'une entreprise directement acquise afin de pouvoir appliquer l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Si la déduction était aussi applicable aux prises de participations indirectes, il aurait été logique d'inclure également les prises de participations indirectes aux fins d'une plus grande transparence. Néanmoins, cela ne doit pas être un élément déterminant pour donner une interprétation restrictive de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS;

e) enfin, pour appliquer la déduction aux prises de participations indirectes, il est nécessaire de convertir la participation indirecte en participation directe par une opération de concentration préalable. Il serait contraire au principe de neutralité fiscale de traiter différemment, d'un point de vue fiscal, une prise de participations entraînant un regroupement d'entreprises et une prise de participations n'ayant pas un tel effet. La DGT et le TEAC concluent que la déduction doit pouvoir également être appliquée à différents niveaux de prise de participations. À cet égard, il est nécessaire de démontrer, par un bilan consolidé ou tout autre élément de preuve admis en droit, qu'une partie du prix de la prise de participations correspond à la survaleur financière existant dans une prise de participations réalisée dans une entreprise opérationnelle acquise «indirectement».

(41) Les deux décisions 00/2842/2009 et 00/4871/2009 du TEAC ont fait l'objet d'un recours devant l'Audiencia nacional. Dans sa décision du 6 février 2014 ([23]), l'Audiencia nacional n'a pas soutenu la nouvelle interprétation administrative et a confirmé les critères initiaux utilisés par la DGT et le TEAC en vertu desquels les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding sont exclues du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Dans sa décision, l'Audiencia nacional estime que la survaleur et, par conséquent, la survaleur financière, peuvent uniquement être générées dans des entreprises opérationnelles exerçant une activité économique. Les holdings sont des entreprises dont l'objectif principal est la détention d'actions ou de parts dans d'autres entreprises opérationnelles. Étant donné que les holdings n'exercent aucune activité économique, elles ne peuvent générer ni une survaleur ni, par conséquent, une survaleur financière.

3. JUSTIFICATION DE L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

(42) Par lettre du 17 juillet 2013, la Commission a informé les autorités espagnoles de sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité eu égard aux effets de la nouvelle interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS introduite par les autorités espagnoles après l'adoption des première et seconde décisions.

(43) Dans sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, la Commission a considéré que cette nouvelle interprétation administrative semblait élargir la portée de la mesure qu'elle avait examinée dans ses première et seconde décisions, puisqu'elle serait désormais applicable non seulement à la survaleur financière résultant de prises de participations directes dans des entreprises étrangères, mais aussi à celle résultant de prises de participations indirectes.

(44) La Commission a conclu à titre préliminaire que la nouvelle interprétation administrative avait élargi la portée d'un régime qui avait déjà été déclaré comme constituant une aide illégale et incompatible, et n'avait pas été notifié à la Commission, et qu'elle constituait par conséquent une aide illégale. La Commission a aussi émis des doutes quant au fait que la nouvelle interprétation en question pourrait être jugée compatible avec le marché intérieur.

(45) À titre préliminaire, la Commission a considéré que l'aide devait être récupérée et que la confiance légitime reconnue dans les première et seconde décisions ne pouvait être étendue (rétroactivement) à des situations (prises de participations indirectes) qui, conformément à la pratique administrative constante des autorités espagnoles, n'étaient pas couvertes par le champ d'application de la mesure en cause au moment de l'adoption des première et seconde décisions.

(46) La Commission a décidé d'arrêter une décision d'injonction en suspension conformément à l'article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 659/1999 ([24]) du Conseil obligeant les autorités espagnoles à suspendre le versement de toute aide dans l'attente d'une décision définitive de la Commission.

(47) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ([25]). La Commission a invité les autorités espagnoles et les parties intéressées à présenter leurs observations.

4. POSITION DES AUTORITÉS ESPAGNOLES ET DES TIERS INTÉRESSÉS

(48) La Commission a reçu les observations des autorités espagnoles et de cinq tiers intéressés, à savoir Telefónica, Iberdrola, Santander, Abertis et AXA. Toutes les parties intéressées ont soutenu la position des autorités espagnoles.

([23]) Voir la décision de l'Audiencia nacional, recours nº 125/2001 du 6 février 2014.
([24]) Règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 83 du 27.3.1999, p. 1).
([25]) Voir note 1 de bas de page.

(49) Ni les autorités espagnoles ni les tiers intéressés ne partagent l'avis de la Commission selon lequel la nouvelle interprétation administrative constitue une aide nouvelle; ils considèrent que la confiance légitime serait également applicable aux prises de participations indirectes résultant de la prise de participations directes dans une holding.

A. CARACTÈRE D'AIDE NOUVELLE DE LA MESURE

(50) Selon les autorités espagnoles et les cinq tiers intéressés, la nouvelle interprétation administrative ne constitue pas une aide nouvelle, pour les motifs présentés ci-après.

4.1. **L'interprétation administrative initiale n'est pas définitive et ne constitue pas une pratique administrative systématique ou pertinente**

(51) Les autorités espagnoles se sont référées à l'interprétation administrative initiale de la DGT, incluse dans les avis 1490-02 du 4 octobre 2002 et V0391-05 du 10 mars 2005, qui autorisait la déduction de la survaleur financière en cas de prises de participations directes dans des holdings étrangères, pour autant que les revenus générés par l'entreprise étrangère respectent les critères fixés à l'article 21 du TRLIS. Les autorités espagnoles ont expliqué que le raisonnement sous-tendant leur interprétation administrative initiale de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, comme cela est indiqué dans les deux avis, est que la comptabilité individuelle d'une holding ne peut générer une survaleur.

(52) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés avancent que l'avis contraignant ne constitue pas une pratique administrative pertinente. Les avis de la DGT ne sont pas une source de droit et ne sont contraignants ni pour les juridictions ni pour les citoyens, puisqu'ils ne lient que l'administration fiscale. Ce caractère contraignant signifie que l'administration fiscale est tenue d'appliquer les mêmes critères lorsqu'il existe des faits et circonstances identiques entre les assujettis. En outre, les autorités espagnoles ont expliqué que l'avis 1490-02 n'est pas contraignant pour l'administration fiscale et n'a qu'un caractère informatif pour des tiers. L'avis V0391-05 est contraignant pour l'administration fiscale. S'il existe des différences au niveau des critères fixés dans l'avis contraignant, l'assujetti pourrait introduire un recours auprès des juridictions compétentes. Par conséquent, les juridictions nationales ne sont pas tenues d'appliquer les critères fixés dans l'avis contraignant.

(53) D'après les autorités espagnoles, la Commission a tort d'affirmer, dans la décision d'ouverture de la procédure, que «la nouvelle interprétation du ministère des finances a été confirmée par la décision du tribunal économique administratif central (TEAC) du 26 juin 2012». La DGT et le TEAC sont des institutions indépendantes: la DGT fait partie de l'administration et le TEAC a été qualifié de juridiction par la Cour de justice de l'Union européenne ([26]). Le TEAC contrôle l'application de la législation en matière fiscale et fixe la doctrine et les critères à appliquer par le reste de l'administration. Les tiers intéressés affirment que le TEAC n'est pas une juridiction, mais une entité intégrée à l'administration fiscale, dépendant du ministère des finances. Ils soutiennent également que la doctrine du TEAC ne fait pas partie de l'ordre juridique. Bien que sa doctrine soit contraignante pour l'administration fiscale, elle est soumise au contrôle des instances judiciaires supérieures.

(54) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés soutiennent que les avis contraignants et les critères qu'ils contiennent n'ont pas force obligatoire et peuvent toujours être modifiés, pour autant que ces modifications puissent être objectivement justifiées. À cet égard, les autorités espagnoles renvoient à l'article 89 de la loi nº 58/2003 du 17 décembre 2003 établissant le code général des impôts, qui détermine les effets juridiques des interprétations en matière fiscale:

a) la réponse à une demande d'interprétation des dispositions fiscales a des effets contraignants pour l'administration fiscale;

b) pour autant que la législation ou la jurisprudence applicables en l'espèce n'aient pas été modifiées, les critères contenus dans l'interprétation fiscale s'appliquent à l'assujetti concerné;

c) les organes de l'administration fiscale compétents en matière d'imposition doivent appliquer les critères contenus dans les avis fiscaux, à condition qu'il existe des faits et circonstances identiques entre l'assujetti concerné et le destinataire de l'avis contraignant.

(55) De même, les tiers intéressés affirment que l'interprétation administrative initiale ne peut être qualifiée de pratique constante de l'administration fiscale. Certains d'entre eux affirment que cette pratique consiste uniquement en quatre avis et une décision du TEAC ([27]). De plus, certains des tiers intéressés prétendent qu'avant l'adoption de l'avis de la DGT et de la décision du TEAC de 2012, l'interprétation administrative avait été modifiée progressivement par une décision du TEAC du 1er juin 2010 et une décision de l'Audiencia nacional du 13 octobre 2011. La question analysée dans la décision du TEAC et la décision de l'Audiencia nacional concernait l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS en cas de prises de participations intragroupes. La décision de l'Audiencia nacional du 13 octobre 2011 a été confirmée par la Cour suprême d'Espagne (*Tribunal Supremo español*) dans un arrêt du 24 juin 2013.

([26]) Voir Gabalfrisa et autres, affaires jointes C-110/98 et C-147/98.
([27]) Avis 1490-02, V0391-05, V1316-05 et V2245-06; décision nº 4871-09 du TEAC du 17 septembre 2011.

(56) Les autorités espagnoles affirment qu'elles n'ont pas systématiquement rejeté les demandes formulées par les entreprises concernant la déduction de la survaleur financière en cas de prises de participations indirectes comme l'a indiqué la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure de 2013. Les demandes n'ont pas été systématiquement rejetées puisque le système de recouvrement des impôts n'exige pas que l'assujetti concerné demande que soit appliqué l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Le système de recouvrement des impôts sur les sociétés est fondé sur l'autoliquidation en vertu de laquelle l'assujetti concerné doit suivre toutes les opérations fiscales, comme l'interprétation de la législation, la qualification des opérations fiscales et le calcul du montant de l'impôt finalement dû. L'administration fiscale n'intervient pas dans ce processus. Néanmoins, les opérations d'autoliquidation peuvent faire l'objet d'une supervision et d'un contrôle par l'administration fiscale qui déterminera, en dernier lieu, la liquidation nécessaire.

(57) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que malgré l'interprétation administrative initiale de la DGT, les entreprises espagnoles ont appliqué la déduction de la survaleur financière pour les prises de participations indirectes. D'après les autorités espagnoles, les assujettis qui pensaient être en droit d'appliquer l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS pour les prises de participations indirectes l'ont fait. L'existence d'une interprétation différente de la DGT ne constituait pas un obstacle à l'application de cette disposition: d'une part, les assujettis qui n'ont pas été soumis à un contrôle fiscal ont confirmé de fait leurs critères après expiration du délai de prescription de quatre ans; et d'autre part, les assujettis qui ont été soumis à un contrôle fiscal ont pu introduire un recours concernant les critères établis par la DGT auprès d'instances supérieures.

4.2. **La nouvelle interprétation administrative ne constitue pas une modification substantielle du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS**

(58) Aussi bien les autorités espagnoles que les tiers intéressés affirment que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'a pas fait l'objet de modifications substantielles et que l'interprétation administrative relative au champ d'application d'une disposition ne peut être considérée comme une modification de l'aide. Le fait que l'interprétation administrative ait été modifiée par la DGT n'a pas d'incidence sur le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(59) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que le champ d'application n'a pas été modifié par la nouvelle interprétation administrative parce que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS faisait déjà référence à l'article 21 du TRLIS, qui mentionne dans son paragraphe 1, point a), les prises de participations directes et indirectes d'au moins 5 %. Ce critère n'a pas été modifié depuis l'introduction de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS dans la législation espagnole relative à l'impôt des sociétés.

a) *Méthode de calcul de la survaleur financière*

(60) Un des tiers intéressés remet en cause l'affirmation, faite par la Commission dans la décision d'ouverture de la procédure, selon laquelle différentes hypothèses qui n'avaient pas été initialement envisagées dans le cadre de la mesure ont ensuite été incluses dans le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Il considère que les prises de participations dans des holdings ont toujours été réalisées dans le respect des critères objectifs fixés pour l'application de cette mesure et que le litige relatif à l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS se limite à un désaccord quant à la méthode de calcul à appliquer. Le tiers intéressé estime qu'il est fondamental de comprendre cet aspect en l'espèce.

(61) Il affirme que les règles en matière de consolidation comptable justifiaient une interprétation radicalement différente de celle adoptée initialement par la DGT et le TEAC. En vertu de ces règles, la survaleur financière doit être calculée en appliquant la méthode d'intégration globale, qui veut que tous les actifs et passifs de toutes les entreprises appartenant à une entité déterminée soient traités comme s'ils étaient les actifs et passifs d'une entité unique. Selon ce principe, la participation de la holding dans la filiale opérationnelle est éliminée et sa valeur comptable est remplacée par la valeur de marché des actifs et passifs qui composent l'entité opérationnelle dans le bilan de la holding. Ainsi, lorsque les actifs de l'entité opérationnelle sont incorporés à ceux de la holding, une réserve d'un montant égal à l'écart entre la valeur de marché des actifs de la filiale opérationnelle et leur valeur comptable est imputée au le bilan consolidé de la holding. L'écart entre le prix payé pour la participation au capital de la holding et l'actif net de la holding après consolidation totale des actifs de sa filiale opérationnelle est donc imputé comme survaleur financière appartenant à la holding.

(62) Selon cette méthode de calcul, les actifs de la holding et de l'entreprise opérationnelle devraient être traités comme s'ils étaient les actifs d'une entité unique. Par conséquent, la holding pourrait déduire la survaleur financière au titre des dispositions de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

b) *Motifs justifiant la modification de l'interprétation administrative initiale*

(63) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés reconnaissent également que la DGT et le TEAC se sont écartés de leur pratique antérieure, selon laquelle l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'était applicable qu'aux prises de participations directes dans des entités opérationnelles.

(64) Les autorités espagnoles ont expliqué que la DGT et le TEAC ont justifié la modification de l'interprétation administrative initiale par les motifs suivants:

a) premièrement, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS s'inscrit dans le cadre d'un ensemble de mesures destinées à encourager la croissance économique et l'internationalisation des entreprises espagnoles. Cette mesure visait à favoriser les investissements espagnols à l'étranger. Par conséquent, il serait contraire à l'esprit de la disposition d'exclure du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS les investissements réalisés par des entreprises espagnoles dans des holdings étrangères;

b) deuxièmement, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS renvoie à l'article 21 du TRLIS qui mentionne explicitement les prises de participations directes et indirectes. Il convient donc d'interpréter que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS couvre les prises de participations indirectes dans des entreprises étrangères par l'intermédiaire de la prise de participations directes dans une holding étrangère dans la mesure où elles respectent les critères énoncés à l'article 21 du TRLIS;

c) troisièmement, les deux décisions de la Commission de 2009 et 2011 relatives à l'amortissement fiscal de la survaleur financière portent sur les prises de participations aussi bien directes qu'indirectes;

d) quatrièmement, afin de pouvoir appliquer la déduction en cas de prises de participations indirectes, il est nécessaire de convertir la participation indirecte en une participation directe par une opération préalable de concentration. Étant donné les difficultés inhérentes à la constitution de regroupements d'entreprises étrangères, il serait contraire au principe de neutralité fiscale de traiter différemment, du point de vue fiscal, une prise de participations entraînant un regroupement d'entreprises et une prise de participations n'ayant pas un tel effet. En outre, le fait qu'un investissement soit réalisé au travers de la prise de participations dans une holding est une circonstance extérieure qui ne dépend pas de l'entreprise qui acquiert la holding, mais plutôt de la structure du marché.

c) *Références aux prises de participations indirectes dans les première et seconde décisions, les questions parlementaires et le communiqué de presse accompagnant la décision d'ouvrir la procédure de 2007*

(65) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que la nouvelle interprétation administrative, telle qu'établie dans l'avis contraignant V0608-12 du 21 mars 2012 et dans la décision du TEAC du 26 juin 2012, est cohérente avec les première et seconde décisions. Deux éléments confirment cette affirmation:

a) premièrement, les deux décisions de la Commission mentionnent à plusieurs reprises les prises de participations directes et indirectes. Les deux décisions considèrent que la déductibilité de la survaleur financière pour les prises de participations directes et indirectes constitue une aide illégale. Les autorités espagnoles et les tiers intéressés citent une série de points des première et seconde décisions faisant référence aux prises de participations directes et indirectes, à savoir les points 21, 167, 170 et 175 de la première décision, et l'article 1er des première et seconde décisions;

b) deuxièmement, il semble que la Commission n'ait pas considéré que l'interprétation administrative était pertinente puisqu'elle n'est mentionnée ni dans la première, ni dans la seconde décision.

(66) En outre, les autorités espagnoles indiquent que le 26 mars 2007, les services de la Commission leur ont envoyé une lettre de service, avant l'ouverture de la procédure formelle d'examen, dans laquelle ils leur signalaient que l'interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS semblait trop restrictive.

(67) Les autorités espagnoles avancent que l'administration fiscale et la DGT ont respecté les principes d'interprétation cohérente avec le droit de l'Union, d'effet direct et de primauté du droit de l'Union au moment d'adopter l'avis V0608-12 du 21 mars 2012 et la décision du TEAC du 26 juin 2012. Les autorités, les juges ou les administrations au niveau national doivent toujours appliquer le droit national dans le respect du droit de l'Union, et sont tenus de se conformer au principe de coopération loyale consacré à l'article 4 du traité.

(68) Étant donné que les décisions adoptées par la Commission européenne sont contraignantes pour leur destinataire, la DGT et le TEAC ont été obligés de modifier leurs critères administratifs concernant l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Ainsi, l'avis contraignant de la DGT et la décision du TEAC étaient pleinement en ligne avec le contenu et le champ d'application des deux décisions de la Commission, puisque la survaleur financière, résultant des prises de participations directes et indirectes, réalisées au moment où la Commission a reconnu l'existence d'une confiance légitime pour les bénéficiaires, n'est pas sujette à récupération et que les conditions spécifiques incluses dans les première et seconde décisions étaient respectées.

(69) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment qu'en appliquant la jurisprudence de la Cour de justice dans les arrêts Kahla ([28]) et Namur-Les assurances du crédit SA ([29]) au cas d'espèce, la Commission est parvenue à une conclusion erronée. Dans l'arrêt Kahla, la Cour indique que tous les renseignements complémentaires sollicités par la Commission afin de clarifier le champ d'application d'un régime d'aides font partie du régime d'aides notifié. D'après les autorités espagnoles, en dépit du fait que la Commission avait déjà connaissance de l'interprétation administrative excluant les prises de participations indirectes du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, elle ne l'a mentionné ni dans la première, ni dans la seconde décision. En outre, bien qu'elle ait eu connaissance de l'interprétation administrative, la Commission a mentionné les prises de participations directes et indirectes dans les deux décisions. Les tiers intéressés prétendent n'avoir jamais eu connaissance de l'échange entre la Commission et les autorités espagnoles dans le cadre duquel il avait été indiqué que, dans la pratique, la survaleur financière pourrait uniquement être applicable en cas d'une prise de participations directes.

(70) Dans l'arrêt Namur-Les assurances du crédit, la Cour établit que seules les modifications qui constituent des changements substantiels à un régime d'aides sont soumises à notification. D'après les autorités espagnoles, il n'y a eu ni modification d'un régime d'aides existant ni aide nouvelle et ni les dispositions juridiques qui contenaient initialement le régime d'aides, ni leurs limites ou leurs modalités n'ont été modifiées. Par conséquent, il est possible de déduire de l'arrêt de la Cour que puisque les dispositions juridiques litigieuses [article 12, paragraphe 5, et article 21, paragraphe 1, point a), du TRLIS] et leurs modalités ou leurs limites n'ont pas été modifiées, la nouvelle interprétation ne peut être qualifiée d'aide nouvelle.

(71) Par ailleurs, les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que, dans les première et seconde décisions, la Commission a reconnu que les questions parlementaires formulées par des députés européens ont donné lieu à l'ouverture de la procédure formelle d'examen. Ces questions parlementaires portaient en grande partie sur les prises de participations indirectes, c'est-à-dire les prises de participations dans des holdings étrangères, qui dans le même temps détenaient des participations dans des entités opérationnelles étrangères. Parmi les exemples de ce type de participations figurent le rachat d'O2 par Telefónica, celui de Scottish Power Ltd par Iberdrola, et celui d'Abbey National Bank par la banque Santander. La Commission savait donc que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS couvrait également les prises de participations indirectes.

(72) En outre, les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que le communiqué de presse de la Commission annonçant l'ouverture de la procédure formelle d'examen en 2007 faisait référence aux questions parlementaires qui mentionnaient certaines de ces opérations, en particulier l'acquisition d'O2 par Telefónica, de Scottish Power par Iberdrola, ainsi que les offres publiques d'achat de Sacyr, d'Abertis et de Cintra concernant la concession d'autoroutes en France. Par ailleurs, Iberdrola avance que dans la mesure où la Commission a autorisé la fusion ([30]) d'Iberdrola et de Scottish Power, elle ne pouvait ignorer qu'Iberdrola avait acheté des actions d'une holding étrangère ayant des filiales opérationnelles.

d) *Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de neutralité fiscale*

(73) Les autorités espagnoles et certains des tiers intéressés considèrent qu'en vertu des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, des situations qui sont de fait comparables ne doivent pas être traitées différemment et des situations qui sont de fait différentes ne doivent pas être traitées de la même manière, à moins que cette différence de traitement ne soit objectivement justifiée.

(74) Les autorités espagnoles et certains des tiers intéressés affirment que la prise de participations indirectes dans des entités opérationnelles étrangères résultant d'une prise de participations directes antérieure dans une holding est comparable à une prise de participations directes dans une entité opérationnelle. Par conséquent, les conclusions tirées dans les première et seconde décisions doivent s'appliquer aussi bien aux prises de participations directes, qu'aux prises de participations indirectes. Cela signifierait que l'avis contraignant qui couvre les prises de participations indirectes doit également être déclaré aide illégale et incompatible et, qu'automatiquement, la Commission doit reconnaître l'existence d'une confiance légitime quant aux prises de participations indirectes réalisées entre le 1er janvier 2002 et le 21 décembre 2007 (21 mai 2011) conformément aux conditions établies à l'article 1er des première et seconde décisions.

([28]) Voir l'arrêt du 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Commission, affaire C-537/08 P.
([29]) Voir l'arrêt du 9 août 1994, Namur-Les assurances du crédit/Commission, affaire C-44/93.
([30]) Opération de concentration COMP M. 4517 — Iberdrola/Scottish Power.

(75) Les tiers intéressés mentionnent également le principe de neutralité fiscale. Ce principe exige de traiter de manière égale tous les investissements, indépendamment des moyens utilisés pour les réaliser. Dans le cas de la prise de participations indirectes, la survaleur financière peut uniquement être générée si la prise de participations indirectes est convertie en prise de participations directes par une opération de concentration par laquelle l'entreprise résidente acquiert l'entreprise étrangère. Compte tenu des difficultés inhérentes aux regroupements transfrontières d'entreprises, il ne devrait pas être nécessaire de réaliser une opération de fusion avec l'entité opérationnelle afin de générer une survaleur financière. Pour la même raison, il ne devrait pas être nécessaire de réaliser une opération de fusion à plusieurs niveaux entre l'entreprise mère et la holding étrangère, qui fusionnera au même moment avec sa filiale opérationnelle. Selon la logique du principe de neutralité fiscale, il y aurait donc lieu de conclure que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS couvre les prises de participations tant directes qu'indirectes.

e) *L'interprétation administrative n'a pas d'effet rétroactif*

(76) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés mettent également en doute le contenu de la décision d'ouvrir la procédure de 2013 quant aux effets rétroactifs de l'interprétation administrative. D'après les autorités espagnoles, la rétroactivité n'existe que pour les dispositions ou actes juridiques qui entraînent des conséquences juridiques pour des tiers. D'après la Cour suprême, une interprétation administrative, comme par exemple la réponse à un avis fiscal, n'est pas un acte juridique, mais un simple acte de procédure. Les avis fiscaux ne peuvent être contestés par l'assujetti et sont fournis à titre d'information uniquement. Dans la mesure où ils n'ont aucun effet juridique, ils ne peuvent avoir d'effet rétroactif. Les tiers intéressés s'accordent à reconnaître qu'il n'existe pas d'application rétroactive de la mesure. Premièrement, les interprétations fiscales sont présentées par l'assujetti concernant les impôts qui n'ont pas encore été liquidés. Deuxièmement, de nombreux assujettis n'ont pas tenu compte des critères initiaux inclus dans l'avis contraignant et ont appliqué la déduction de la survaleur financière prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS aux prises de participations indirectes.

B. CONFIANCE LÉGITIME, SÉCURITÉ JURIDIQUE ET PRINCIPE D'*ESTOPPEL* (OU «*DE LOS ACTOS PROPRIOS*»)

(77) D'après les autorités espagnoles, si la Commission établit que le nouvel avis contraignant relatif à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide nouvelle illégale, les mêmes conditions que celles exposées à l'article 1er des première et seconde décisions quant à l'existence de la confiance légitime doivent également être applicables aux prises de participations indirectes.

(78) Les autorités espagnoles invoquent l'article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) no 659/1999 pour affirmer qu'en l'espèce, l'aide n'est pas sujette à récupération en raison de l'existence d'une confiance légitime. Conformément à ladite disposition, la Commission n'exige pas la récupération de l'aide si, ce faisant, elle allait à l'encontre d'un principe général de droit de l'Union.

(79) Selon les autorités espagnoles et les tiers intéressés, les actes suivants de la Commission soutenaient la naissance d'une confiance légitime chez les bénéficiaires de l'aide:

a) la Commission a fait naître une confiance légitime chez les opérateurs qui ont réalisé des prises de participations indirectes et qui remplissent les conditions fixées dans les deux décisions de la Commission, en raison des références constantes aux prises de participations indirectes aussi bien dans la première que dans la seconde décision. En effet, la reconnaissance de la confiance légitime dans la première décision (points 164 à 167) et dans la seconde (points 190 à 193) concernerait tant les prises de participations directes que les prises de participations indirectes;

b) les réponses fournies par la Commission aux questions écrites des députés européens MM. Erik Mejier et David Martín et Mme Sharon Bowles ([31]), portant sur la question de savoir si la mesure en cause devait être qualifiée d'aide, faisaient explicitement référence au rachat d'O2 par Telefónica, à la surenchère d'Albertis, de Cintra et de Sacyr concernant les concessions autoroutières françaises et au rachat de Scottish Power par Ibderdrola. Dans les première et seconde décisions, il est admis que les réponses fournies à ces questions parlementaires ont fait naître une confiance légitime. Les autorités espagnoles et les tiers intéressés estiment que ces réponses non seulement ne limitent pas expressément l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS aux prises de participations directes, mais aussi qu'il était envisageable qu'elles concernent les prises de participations indirectes compte tenu de la structure des groupes d'entreprises acquis. Plus précisément, les autorités espagnoles et les tiers intéressés mentionnent la fusion d'Iberdrola et de Scottish Power, autorisée par la Commission. Les autorités espagnoles et les tiers intéressés considèrent donc que la Commission avait connaissance, sur la base des informations fournies par la DG Concurrence, du fait que cette dernière acquisition était une prise de participations indirectes dans une entreprise étrangère découlant d'une prise de participations antérieure dans une holding. Par conséquent, un opérateur économique prudent et diligent ne pouvait déduire des réponses données aux députés européens qu'elles portaient uniquement sur les prises de participations directes.

([31]) Les questions écrites E-4431/05 et E-4772/05.

(80) De l'avis des autorités espagnoles, l'existence d'une interprétation administrative antérieure restrictive de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'a pas d'incidence sur la confiance légitime des bénéficiaires qui ont réalisé des prises de participations indirectes. La raison est que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est une disposition claire, qui contient une référence spécifique aux règles en matière de consolidation comptable et dont l'objectif est de favoriser les investissements espagnols à l'étranger, pour autant qu'il existe une certaine influence sur l'activité de l'entité acquise et qu'ils aient une fonction productive.

(81) D'après les tiers intéressés, les échanges internes entre la Commission et les autorités espagnoles qui ont eu lieu dans le cadre de la procédure formelle d'examen n'altèrent pas la confiance légitime concernant les bénéficiaires d'une mesure d'aide. Ces débats internes pourraient provoquer des effets juridiques à l'égard de tiers s'ils étaient intégrés d'une manière ou d'une autre dans le texte des décisions.

(82) Les tiers intéressés soutiennent que la Commission a enfreint le principe d'*estoppel*, en vertu duquel la Commission ne peut revenir sur ces propres actes ou mesures. Dans les première et seconde décisions, la Commission fait constamment référence aux prises de participations indirectes, raison pour laquelle elle ne doit pas modifier la garantie initiale fournies dans ledit acte juridique, en déclarant que l'administration fiscale a changé l'interprétation de la disposition.

(83) Les tiers intéressés affirment également que la Commission enfreint le principe de sécurité juridique. Non seulement elle mentionne à plusieurs reprises les prises de participations aussi bien directes qu'indirectes, mais en outre, le texte des deux décisions ne mentionne pas l'avis contraignant relatif à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Les tiers intéressés estiment qu'il ressort du contenu des décisions qu'un opérateur prudent et diligent aurait pensé que les prises de participations indirectes relevaient du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

5. **OBSERVATIONS DE L'ESPAGNE EN RÉPONSE AUX COMMENTAIRES DES TIERS INTÉRESSÉS**

(84) Les autorités espagnoles font observer que tous les tiers intéressés partagent le même avis et approuvent les arguments présentés dans leurs observations.

(85) Elles rappellent que la nouvelle interprétation administrative de la DGT, reprise dans l'avis contraignant V0608-12 du 21 mars 2012 et dans la décision du TEAC du 26 juin 2012, ne constitue pas une aide nouvelle. Ni les réponses aux avis fiscaux, ni les décisions du TEAC ne produisent des effets juridiques.

(86) L'arrêt rendu par la Cour suprême le 24 juin 2013 démontre que la détermination de la survaleur financière doit prendre en considération les règles en matière de consolidation comptable, indépendamment du fait que les entreprises étrangères acquises présentent des comptes consolidés ou des comptes individuels. Même si l'objet dudit arrêt n'était pas de déterminer si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS s'applique aux prises de participations directes ou indirectes, la nécessité de faire référence aux règles comptables signifie qu'il faut accorder un traitement similaire aux prises de participations directes et indirectes au sens de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(87) Dans leurs commentaires, les cinq tiers intéressés signalent que, dans leurs liquidations de l'impôt des sociétés, ils ont déduit la survaleur financière pour les prises de participations indirectes. La nouvelle interprétation administrative n'a donc pas eu d'incidence sur le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(88) La Commission a admis l'existence d'une confiance légitime dans les première et seconde décisions en raison des réponses aux questions écrites posées par M. Erik Mejier et M^{me} Sharon Bowles. Les réponses ne suggèrent pas qu'elles se limitent aux prises de participations directes. En revanche, les réponses aux questions parlementaires mentionnaient des prises de participations indirectes spécifiques.

(89) En outre, le principe de confiance légitime vise à protéger les bénéficiaires d'une aide d'État présumée, et non l'État membre. Il revient donc aux bénéficiaires de l'aide (et non à l'État membre) d'évaluer si les mesures adoptées par la Commission pourraient donner lieu à l'existence d'une confiance légitime.

(90) Par l'ouverture de la procédure d'examen actuellement en cours, la Commission entendrait réviser ses propres actes, ce qui constituerait une violation des principes de sécurité juridique et d'*estoppel*.

(91) Les autorités espagnoles rappellent à la Commission que la nature de l'aide prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'est pas définitive, puisqu'elle est sujette à révision par la Cour de justice de l'Union européenne.

6. **APPRÉCIATION DE LA MESURE**

(92) Dans les première et seconde décisions, la Commission a conclu que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constituait un régime d'aides illégal et incompatible pour les prises de participations réalisées aussi bien à l'intérieur de l'Union qu'en dehors. Plus particulièrement, la Commission a signalé que la mesure litigieuse, qui permet aux entreprises espagnoles de déduire la survaleur financière résultant d'une prise de participations d'au moins 5 % dans une entreprise étrangère, constituait un avantage sélectif, qui ne se justifie pas par la logique du système fiscal. En outre, la mesure n'est pas considérée comme étant compatible avec le marché intérieur ([32]). La Commission renvoie à l'argumentation exposée dans ces décisions afin de démontrer que la mesure en cause constituait une aide d'État illégale et incompatible.

(93) Les autorités espagnoles n'ont introduit aucun recours en annulation contre l'une ou l'autre décision. Néanmoins, de nombreuses actions en justice sont continuellement introduites devant le Tribunal par des tiers intéressés ([33]).

(94) La présente décision concerne exclusivement les effets de la nouvelle interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, qui a été introduite par les autorités espagnoles après l'adoption des première et seconde décisions.

A. CARACTÈRE D'AIDE NOUVELLE DE LA MESURE

(95) L'objectif des première et seconde décisions était d'évaluer la compatibilité avec le marché intérieur d'un régime espagnol, tel qu'il a été présenté par les autorités espagnoles au cours de la procédure administrative qui a mené à l'adoption desdites décisions. Ces décisions ont conclu que le régime «appliqué illégalement par l'Espagne» (article 12, paragraphe 5, du TRLIS) constituait une aide illégale et incompatible ([34]).

(96) Il est de jurisprudence constante que la portée d'une décision doit être déterminée non seulement en se référant au texte même de ladite décision, mais également en tenant compte du régime d'aides notifié par l'État membre concerné ([35]) Dans l'arrêt Kahla Thüringen, la Cour a estimé que toute demande d'informations supplémentaires, par laquelle la Commission sollicite des renseignements complémentaires quant au champ d'application d'un régime d'aides notifié par un État membre, ainsi que la réponse des autorités nationales à cette demande doivent être considérées comme faisant indissociablement partie du régime d'aides notifié ([36]).

(97) Dans une lettre du 4 juin 2007 ([37]), les autorités espagnoles avaient expliqué que la pratique administrative appliquée autorisait uniquement la déduction de la survaleur financière en cas de prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles.

(98) Cette pratique est également mise en évidence dans les interprétations administratives de la DGT et du TEAC en vigueur de 2002 à 2012. En dépit de la formulation des dispositions applicables du TRLIS au moment de l'adoption des première et seconde décisions, la DGT et le TEAC appliquaient de manière systématique et constante l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS exclusivement aux prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles. Cette interprétation était appliquée depuis le 1er janvier 2002, date de l'entrée en vigueur de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

([32]) Voir les points 83 et suivants de la première décision et les points 96 et suivants de la seconde décision.

([33]) La décision C45/07 du 28 octobre 2009 a donné lieu à l'introduction de nombreux recours. En particulier, l'arrêt du Tribunal du 8 mars 2012, Iberdrola/Commission, affaire T-221/10; les ordonnances du Tribunal du 21 mars 2012, BBVA/Commission, affaire T-225/10; Telefónica/Commission, affaire T-228/10; Ebro/Puleva/Commission, affaire T-234/10 et Modelo Continente/Commission, affaire T-174/11; et l'ordonnance du 29 mars 2012, AEB/Commission, affaire T-236/10. Arrêt de la Cour du 19 décembre 2013, Telefónica/Commission, affaire C-274/12 P. Affaires toujours pendantes devant le Tribunal: Deutsche Telekom/Commission, affaire T-207/10; Autogrill/Commission, affaire T-219/10; Banco Santander/Commission, affaire T-227/10. La décision C45/07 du 12 janvier 2011 a également donné lieu à de nombreux recours. En particulier, les ordonnances du Tribunal de 5 juin 2012, Iberdrola/Commission, affaire T-431/11, l'ordonnance du 13 décembre 2012, Cementos Molins/Commission, affaire T-424/11; l'ordonnance du 10 juin 2013, Barloworld/Commission, affaire T-459/11; l'ordonnance du 9 septembre 2013 liée aux ordonnances BBVA/Commission, affaire T-429/11; Telefónica/Commission, affaire T-430/11; Altadis/Commission, affaire T-400/11. Affaires toujours pendantes devant le Tribunal: Sigma/Commission, affaire T-239/11; Banco Santander/Commission, affaire T-399/11; Axa/Commission, affaire T-405/11; et Prosegur/Commission, affaire T-406/11. Les recours suivants sont toujours pendants devant la Cour de justice: BBVA/Commission, affaire C-587/13 P; et Telefónica/Commission, affaire C-588/13 P.

([34]) Il apparaît clairement que la question de la confiance légitime est limitée à la portée de la mesure, qui a été qualifiée d'aide illégale et incompatible par les deux décisions. En effet, la reconnaissance de l'existence d'une confiance légitime par une décision ne peut ni ne doit donner lieu à l'extension de la portée d'une aide illégale et incompatible, qui avait déjà été examinée, mais peut ou doit avoir pour effet de limiter la portée de l'obligation de récupération.

([35]) Voir l'arrêt du 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Commission, affaire C-537/08 P, point 44 et suivants; voir également l'arrêt Todaro Nunziatina, affaire C-138/09, Rec. 2010, point 31.

([36]) Voir l'arrêt du 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Commission, affaire C-537/08 P, point 45.

([37]) Voir la lettre du 4 juin 2007 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 26 mars 2007.

(99) Par ailleurs, la nouvelle interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, introduite par les autorités espagnoles en mars 2012, a élargi le champ d'application de ladite disposition, puisque la mesure serait actuellement applicable non seulement à la survaleur financière résultant de prises de participations directes dans des entreprises étrangères, mais également à la survaleur financière résultant de prises de participations indirectes dans des entreprises étrangères par l'intermédiaire d'une prise de participations dans une holding.

(100) Il convient de signaler qu'en l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer si l'aide peut être qualifiée d'aide existante. Les première et seconde décisions ont déjà conclu que la mesure examinée (l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, tel qu'il est appliqué par les autorités espagnoles) constituait une aide illégale et incompatible. La nouvelle interprétation administrative ne pouvait donc en aucun cas constituer une aide existante. En revanche, il s'agit en l'espèce de déterminer si la portée des première et seconde décisions couvrait également les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding.

(101) Pour les motifs exposés ci-après, la Commission considère qu'aucun des arguments présentés par les autorités espagnoles et les tiers intéressés ne démontre que la mesure ne constitue pas une aide nouvelle.

6.1. **L'interprétation administrative n'a pas force obligatoire et ne constitue pas une pratique administrative pertinente ou systématique**

(102) Afin de soutenir leur argumentation démontrant que la mesure ne constituerait pas une aide nouvelle, les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que l'interprétation administrative initiale n'avait pas force obligatoire, puisqu'elle pouvait faire l'objet de recours devant les instances judiciaires supérieures.

(103) Ces arguments ne sont pas pertinents aux fins de la présente décision. Dans les première et seconde décisions, la Commission a examiné le régime d'aides tel qu'il était appliqué par les autorités espagnoles. Le fait que le régime d'aides puisse être modifié ou altéré à un stade ultérieur (que ce soit par l'administration ou par les instances judiciaires) n'a aucune incidence sur la portée de l'examen ni, par conséquent, sur la portée des décisions.

(104) En tout état de cause, les allégations des autorités espagnoles doivent être rejetées pour les autres motifs suivants.

(105) En ce qui concerne l'argument selon lequel l'interprétation administrative ne constituait pas une pratique constante et pertinente de l'administration fiscale, la Commission fait observer que les avis contraignants de la DGT et les décisions du TEAC fournis par les autorités espagnoles révélaient une tendance systématique et cohérente à exclure du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding.

(106) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment également que l'avis contraignant initial n'est pas une pratique administrative pertinente ayant force obligatoire, étant donné qu'elle n'est pas une source de droit et qu'elle peut toujours être contestée en justice devant les instances compétentes.

(107) La Commission considère que le fait que l'avis contraignant et les décisions du TEAC peuvent être contestés en justice devant des instances judiciaires supérieures ne signifie pas que ces avis — et en particulier les décisions du TEAC — ne produisent aucun effet juridique pour l'assujetti. En vertu des dispositions de l'article 89 de la loi n° 58/2003 du 17 décembre 2003 établissant le code général des impôts, les réponses fournies dans le contexte d'un avis fiscal ont des effets contraignants pour l'administration fiscale. Cela signifie que l'administration fiscale est tenue d'appliquer les mêmes critères lorsqu'il existe des faits et circonstances identiques entre les assujettis. Par conséquent, un opérateur prudent et diligent attendrait de l'administration fiscale qu'elle suive une approche cohérente lorsqu'il existe des faits et circonstances identiques entre les assujettis.

(108) Les autorités espagnoles et certains tiers intéressés soutiennent que l'avis contraignant initial n'est pas une pratique administrative cohérente, puisque les critères qu'elle contient peuvent toujours faire l'objet de modifications supplémentaires. Néanmoins, comme l'ont expliqué les autorités espagnoles, au titre de l'article 89 de la loi n° 58/2003, les critères contenus dans une interprétation administrative doivent être appliqués de manière cohérente, dans la mesure où ils ne sont pas modifiés par la jurisprudence ou la législation applicable. La Commission fait observer que les avis de la DGT et les décisions du TEAC démontrent que la pratique constante appliquée au cours de la période 2002-2012 n'a pas été modifiée par la législation ou la jurisprudence.

(109) Les autorités espagnoles et certains tiers intéressés affirment que l'interprétation administrative a progressivement été modifiée par une décision du TEAC de juin 2010 et une décision de l'Audiencia nacional du 13 octobre 2011 ([38]), confirmée ultérieurement pas la Cour suprême dans un arrêt du 24 juin 2013 ([39]). La Commission considère que la décision et l'arrêt précités ne démontrent pas l'existence d'une modification du traitement fiscal des prises de participations indirectes quant à l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. La décision du TEAC, la décision de l'Audiencia nacional et l'arrêt de la Cour suprême concernaient des prises de participations intragroupes, ce qui est une question différente de celle du cas d'espèce. Ni la décision ni l'arrêt ne mentionnent expressément la question des prises de participations indirectes ni n'entendent apprécier l'existence d'une survaleur financière en tant que telle, étant donné que l'existence d'une survaleur financière avait déjà été confirmée par le Cour et qu'elle n'entrait pas dans le cadre du recours. À cet égard, la pratique administrative de l'administration fiscale espagnole dans la procédure de récupération a consisté à analyser en premier lieu le caractère direct ou indirect des prises de participations, indépendamment du fait qu'il s'agisse de prises de participations intragroupes, afin de déterminer si elles induisent ou non des avantages fiscaux.

(110) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés mettent également en doute l'affirmation faite par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure, du 17 juillet 2013, selon laquelle les déductions de la survaleur financière concernant des prises de participations indirectes qui figurent dans les déclarations fiscales ont été systématiquement refusées. Les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que la déduction ne pouvait pas être systématiquement refusée, puisque le système espagnol de recouvrement des impôts est fondé sur un système d'autoliquidation.

(111) La Commission considère que l'existence d'un système d'autoliquidation n'écarte pas le caractère d'aide nouvelle de la mesure. Le fait que le système de recouvrement se fonde sur l'autoliquidation ne garantit ni l'exactitude ni, en dernier lieu, la légalité de chacune des opérations fiscales réalisées par l'assujetti. L'administration fiscale est habilitée à contrôler et superviser les opérations d'autoliquidation réalisées par les assujettis. En effet, comme l'ont indiqué les autorités espagnoles, si un assujetti, qui a déduit la survaleur financière résultant de prises de participations indirectes, avait été soumis à un contrôle fiscal, l'administration fiscale, qui est tenue d'appliquer les mêmes critères lorsqu'elle est confrontée à des situations où il existe des faits et circonstances identiques entre les assujettis, n'aurait pas accepté la déduction de la survaleur financière contenue dans la déclaration fiscale de l'entité. Par conséquent, l'existence d'un système fiscal d'autoliquidation ne contredit pas l'argumentation de la Commission selon laquelle les demandes présentées par les entreprises concernant la déduction de la survaleur financière dans le contexte de prises de participations indirectes ont été systématiquement rejetées.

(112) En outre, le fait que certains assujettis ignoraient l'interprétation administrative applicable au moment de déduire la survaleur financière pour les prises de participations indirectes n'est pas pertinent aux fins de la présente analyse. Conformément aux dispositions de l'article 89 de la loi n° 58/2003, l'administration fiscale est tenue d'appliquer les critères contenus dans les interprétations fiscales lorsqu'il existe des faits et circonstances identiques entre les assujettis. Ainsi, les assujettis qui ont déduit la survaleur financière pour les prises de participations indirectes et qui ont par la suite fait l'objet d'un contrôle fiscal devraient corriger leurs déclarations fiscales.

(113) En conclusion, les avis de la DGT et les décisions du TEAC confirment que, au moment de l'adoption des première et seconde décisions et même après (jusqu'en mars 2012), la pratique administrative constante des autorités espagnoles a consisté à appliquer le régime fiscal en cause uniquement aux prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles étrangères, tandis que les déductions fiscales concernant les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding ont été systématiquement refusées. De même, la Commission considère que le fait que le système espagnol de recouvrement de l'impôt se fonde sur l'autoliquidation ne change pas le fait que la nouvelle interprétation administrative a élargi le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

6.2. **L'interprétation administrative ne constitue pas une modification substantielle du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS**

(114) Tant les autorités espagnoles que les tiers intéressés affirment que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'a pas fait l'objet de modifications substantielles et que l'interprétation administrative relative au champ d'application d'une disposition ne peut être considérée comme une modification substantielle de l'aide. Le fait que l'interprétation administrative ait été modifiée par la DGT et le TEAC n'a pas d'incidence sur le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

([38]) Voir la décision de l'Audiencia nacional du 13 octobre 2011, recours n° 432/2008.
([39]) Voir l'arrêt de la Cour suprême du 24 juin 2013; RJ/2013/5335.

(115) Toutefois, il ne fait aucun doute que l'extension de la portée de l'avantage fiscal (ce qui pourrait supposer l'octroi de milliards d'euros d'aides d'État) aux prises de participations indirectes constitue une modification substantielle de la portée du régime d'aides ([40]).

(116) Il est clair que la méthode de calcul de la survaleur financière a été modifiée, celle-ci ayant été redéfinie afin de permettre la déduction de la survaleur financière résultant de prises de participations indirectes dans des entreprises étrangères par l'intermédiaire d'une prise de participations directes dans une holding. Cette modification de la méthode de calcul a clairement élargi le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

6.2.1. *Méthode de calcul de la survaleur financière*

(117) Il ressort clairement des avis de la DGT et de la jurisprudence du TEAC transmises par les autorités espagnoles à la Commission au cours de la procédure administrative et de la procédure formelle d'examen que, depuis l'adoption de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, entre 2002 et 2012, la pratique administrative constante excluait du champ d'application de ladite disposition les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding. Globalement, la doctrine de la DGT et la jurisprudence du TEAC ont justifié leur interprétation initiale en se fondant sur le raisonnement présenté ci-après.

(118) La survaleur est un actif incorporel généré lorsqu'une entreprise en acquiert une autre et qui correspond à l'écart entre le prix d'achat et la valeur comptable de son actif net. En conséquence de l'exercice d'une activité économique, un actif incorporel découlant du portefeuille de clients, de la localisation géographique, des connaissances techniques spécialisées, des ressources humaines, de la réputation, etc., est généré. Tout cela se traduit, en dernier lieu, par un prix d'achat supérieur au prix imputé comme valeur comptable. La survaleur peut donc être générée à la suite d'une prise de participations directes dans une entreprise opérationnelle, en d'autres termes, une entreprise qui exerce réellement une activité économique. En revanche, la survaleur ne peut être générée par une holding, dont l'objectif principal est la détention d'actions ou de parts dans des filiales opérationnelles ([41]).

(119) Le fait que le prix payé pour une participation au capital d'une entreprise soit supérieur à sa valeur comptable peut s'expliquer par deux raisons différentes: 1) la valeur ajoutée intrinsèque des actifs de l'entreprise, et 2) un supplément de prix résultant du fait d'escompter des revenus plus élevés à l'avenir. Cette dernière raison correspond à la survaleur financière ([42]).

(120) La DGT et le TEAC ont appliqué la méthode suivante organisée en quatre étapes pour calculer le montant de la survaleur financière, c'est-à-dire l'écart entre le prix d'achat et sa valeur comptable non imputable à l'actif net de l'entité étrangère:

a) calculer l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable;

b) la valeur comptable doit refléter la partie des capitaux propres représentative de la participation de l'entreprise résidente dans l'entreprise étrangère;

c) l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable doit être imputé aux actifs de l'entreprise étrangère dans la limite de la valeur de marché des actifs en question et selon les critères établis dans les règles en matière de consolidation comptable ([43]);

d) le montant restant constitue la survaleur financière qui peut être déduite de l'assiette imposable, avec pour plafond annuel le vingtième de sa valeur.

(121) Conformément à cette méthode de calcul, si une entreprise résidant en Espagne acquiert une participation dans une holding étrangère dont l'activité principale est la détention d'actions ou de parts et la gestion des actifs d'autres entreprises opérationnelles, l'écart entre le prix d'achat et la valeur comptable de l'actif net de la holding étrangère doit être imputé en tant qu'actif de la holding dans la limite de la valeur de marché de l'actif concerné. Étant donné que les actifs d'une holding sont des participations au capital de filiales opérationnelles étrangères, la valeur de marché de ses actifs correspond au prix d'achat des actions et, par conséquent, aucune survaleur financière ne pourrait être générée. Selon cette interprétation, la survaleur financière ne peut être générée qu'à la suite de la prise de participations directes dans une entreprise opérationnelle.

(122) L'avis contraignant de la DGT du 21 mars 2012 et la décision ultérieure du TEAC du 26 juin 2012, ont élargi le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS pour y inclure les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding. D'après les autorités espagnoles et un des tiers intéressés, il faut appliquer la méthode de calcul de la survaleur financière exposée ci-après.

([40]) Il convient de signaler qu'avec la nouvelle interprétation, la DGT et le TEAC reconnaissent un changement par rapport à l'interprétation administrative initiale de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS concernant la nouvelle possibilité d'appliquer ladite disposition aux prises de participations indirectes (voir la section 2.3.2.).
([41]) Voir la décision du TEAC du 3 novembre 2011; R.G.: 2842-09.
([42]) Voir la décision du TEAC du 26 juin 2012; R.G.: 3637/2010 et 1439/2011.
([43]) D'après le TEAC, articles 23 et 24 du décret royal nº 1815/1991.

(123) Dans le cas de la prise de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding, il est nécessaire de procéder à une consolidation de manière à pouvoir transférer la survaleur générée dans les filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur au niveau de la holding. Il convient pour ce faire d'éliminer l'investissement en capitaux propres entre l'entreprise acquéreuse et l'entreprise acquise. À cet effet, le processus d'élimination de l'investissement en capitaux propres doit être réalisé en différentes étapes, conformément à l'article 30 du décret royal nº 1815/1991:

a) premièrement, l'investissement en capitaux propres sera annulé au niveau de l'entreprise qui ne participe pas directement au capital d'une autre entité. La participation de la holding dans l'entreprise opérationnelle est annulée et la valeur comptable de ladite participation est remplacée par la valeur de marché des actifs et passifs qui composent la filiale opérationnelle dans le bilan de la holding. Une réserve de consolidation équivalant à l'écart entre la valeur de marché des actifs de l'entreprise opérationnelle et leur valeur comptable apparaît dans le bilan de la holding;

b) deuxièmement, la suppression de l'investissement en capitaux propres doit également être réalisée au cours d'étapes ultérieures, en tenant compte des réserves de consolidation générées au cours des étapes précédentes pour le calcul de la valeur des capitaux propres.

(124) La survaleur financière est l'écart entre le prix de la prise de participations et la nouvelle valeur des capitaux propres de la holding après consolidation qui ne peut être imputé aux actifs de la holding. En appliquant cette méthode, les actifs et passifs de toutes les filiales appartenant à une holding sont traités comme s'ils étaient des actifs et passifs d'une seule entreprise.

(125) Ainsi, la nouvelle méthode de calcul contenue dans les avis de la DGT et les décisions du TEAC de 2012 requiert une simulation ([44]) préalable de la consolidation, afin d'être en mesure de transférer les actifs de l'entreprise opérationnelle étrangère (celle qui génère la survaleur) au niveau de la holding, en suivant les étapes figurant à l'article 30 du décret royal nº 1815/1991. Cette simulation du processus de consolidation permet d'imputer aux biens et droits de la holding étrangère l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable. L'écart restant constituerait la survaleur financière à déduire de l'assiette imposable. En définitive, cette méthode de calcul permet d'éviter la compensation de l'écart entre le prix de la prise de participations et la valeur de marché des actifs de la holding (actions), ce qui empêchait de générer une survaleur financière au niveau de la holding.

(126) Le litige concernant le calcul de la survaleur financière survient en conséquence de la référence aux règles en matière de consolidation à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Cette référence ne précise pas quelles sont les règles ou dispositions spécifiques en matière de consolidation des comptes qui doivent être appliquées pour calculer le montant final de la survaleur financière:

«L'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable à la date de l'acquisition sera imputé aux biens et droits de l'entité étrangère, conformément aux critères fixés dans le décret royal nº 1815/1991 du 20 décembre 1991 portant approbation des règles relatives à la présentation des comptes annuels consolidés.» [*soulignement ajouté*].

(127) Dans ses décisions antérieures, le TEAC a expliqué que la référence aux règles en matière de consolidation comptable avait pour seul but d'imputer l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur comptable aux biens et droits de l'entité étrangère ([45]) et que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'exige pas en réalité de procéder à une consolidation des comptes. Dans une décision du TEAC du 3 novembre 2011, il est indiqué que «la référence au décret royal nº 1815/1991 (règles en matière de consolidation) faite à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est mentionnée aux fins de l'imputation de l'écart entre le prix de la prise de participations et sa valeur théorique comptable aux biens et droits de l'entité acquise». [*traduction libre*]

(128) Plus précisément, dans le cas d'une prise de participations dans une holding, il s'agit de déterminer quelle est la valeur comptable à prendre en considération afin de calculer le montant de la survaleur financière: la valeur comptable résultant des comptes consolidés ou la valeur comptable résultant des comptes individuels. La valeur choisie peut donner lieu à un résultat très différent: d'une part, s'il est fait référence à la valeur comptable incluse dans les comptes individuels, la prise de participations dans une holding ne génèrerait pas de survaleur financière; d'autre part, s'il est fait référence à la valeur comptable incluse dans les comptes consolidés, alors la survaleur serait générée au niveau de la holding.

([44]) La Commission se réfère à une simulation de l'exercice de consolidation, étant donné que l'un des critères de l'article 21 du TRLIS est une prise de participations d'au moins 5 %. Ce pourcentage ne tient pas compte de la consolidation avec l'entreprise acquéreuse.

([45]) Voir la décision du TEAC 2842-09 du 3 novembre 2011.

(129) Sur la base des décisions du TEAC, il convient de déduire que des assujettis ont déjà demandé la déduction de la survaleur financière résultant de prises de participations indirectes et ayant lieu dans des filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur en appelant l'administration fiscale à examiner les valeurs de référence incluses dans les comptes consolidés du groupe, plutôt que celles qui figuraient dans les comptes individuels. Néanmoins, la Commission note que, dans leurs avis et décisions antérieurs à 2012, la DGT et le TEAC ont soutenu à plusieurs reprises que la valeur comptable à prendre en considération devait être celle qui figurait dans les comptes individuels.

(130) Le TEAC a notamment affirmé initialement que la consolidation fiscale et la consolidation comptable ne sont pas des concepts équivalents, ce qui n'est pas non plus le cas des concepts de groupe consolidé à des fins fiscales et de groupe consolidé à des fins comptables ([46]). À titre d'exemple, le TEAC fait observer que la loi espagnole relative à l'impôt des sociétés ne tient pas compte des bénéfices du groupe inclus dans les états financiers consolidés, mais du total des bénéfices individuels inclus dans les états financiers individuels. C'est la raison pour laquelle les objectifs poursuivis par les règles comptables et les règles fiscales sont en fin de compte différents: si l'objectif des états financiers consolidés est de rendre compte de la situation économique et financière d'un groupe, du point de vue fiscal, il importe de déterminer la capacité économique du groupe qui sera imposé ([47]). La prise en considération des états financiers consolidés pourrait donner lieu à des distorsions dans le calcul de l'assiette imposable. Par exemple, il se pourrait que l'investissement ait été réalisé lorsque l'entreprise ne faisait pas partie d'un groupe, ou l'inverse, c'est-à-dire que l'investissement ne soit pas encore reflété dans les états financiers consolidés même après que l'entreprise a cessé de faire partie du groupe. Dès lors, même si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'exclut pas explicitement la prise en considération de la valeur comptable reflétée dans les états financiers consolidés, la valeur comptable à laquelle il est fait référence doit être celle qui est incluse dans les comptes individuels de l'entreprise étrangère acquise, comme l'indiquent d'autres dispositions fiscales de la loi espagnole relative à l'impôt des sociétés.

(131) La Commission considère que la méthode de calcul de la survaleur financière sur laquelle se fondent les interprétations administratives fait partie intégrante de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, qui définit son champ d'application et ses effets juridiques. En effet, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue, en lui-même, une méthode de calcul de la survaleur financière: il précise les étapes à suivre pour obtenir le montant qui constitue la survaleur financière. Il est évident qu'une modification ou une altération de la méthode de calcul actuelle, qui suppose une modification substantielle de l'avantage fiscal découlant de cette disposition, pourrait avoir une incidence directe sur les effets juridiques de la disposition.

(132) D'après la méthode de calcul initiale utilisée systématiquement par la DGT et le TEAC, la valeur comptable à prendre en considération doit être celle reflétée dans les comptes individuels de l'entreprise étrangère acquise. Par conséquent, aucune survaleur (et donc aucune survaleur financière) ne pourrait être générée dans le contexte d'une prise de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans des holdings étrangères. La pratique administrative initiale autorisait uniquement la déduction de la survaleur financière découlant des prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles.

(133) La nouvelle méthode de calcul incluse dans l'avis contraignant de la DGT et la décision du TEAC de 2012 étend les limites initialement fixées de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS en autorisant la déduction de la survaleur financière également dans le contexte des prises de participations indirectes résultant de prises de participations directes dans une holding. Par conséquent, des entreprises qui, au moment des première et seconde décisions, supposaient qu'elles ne devaient pas appliquer la mesure aux prises de participations indirectes, peuvent désormais demander à bénéficier de déductions pour ce type de prises de participations.

(134) Par ailleurs, la Commission relève qu'en permettant que la survaleur générée dans des filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur soit transférée au niveau de la holding, l'un des éléments de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'est pas respecté: la création de la survaleur résultant d'une prise de participations dans une entreprise étrangère par une entreprise résidant sur le territoire espagnol [*soulignement ajouté*]. En effet, la survaleur serait générée dans des filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur; et dans ces cas, les deux entreprises ne sont pas établies en Espagne.

(135) En conclusion, bien que la formulation de l'article 12, paragraphe 5, et de l'article 21 du TRLIS n'ait pas été modifiée, la Commission estime que la nouvelle interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, qui est fondée sur la nouvelle méthode de calcul susmentionnée, constitue une changement fondamental du régime, puisqu'elle élargit le champ d'application initial de la disposition en autorisant la déduction la survaleur financière également en cas de prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding.

([46]) Voir la décision du TEAC du 17 février 2011; R.G.: 4871-09, 4872-09, 4873-09 et 4874-09.
([47]) Voir l'arrêt de la Cour suprême du 24 juin 2013; RJ/2013/5335.

6.2.2. *Motifs avancés par les autorités espagnoles et les tiers intéressés pour justifier la dérogation à l'interprétation administrative antérieure*

(136) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés ont admis ([48]) que jusqu'à la modification de l'interprétation administrative de 2012, la déduction prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS était uniquement applicable, dans la pratique, aux prises de participations directes dans des entreprises étrangères. Les autorités espagnoles et les tiers intéressés ont présenté une série de motifs pour justifier la modification de la pratique administrative concernant l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(137) Toutefois, ces arguments ne sont pas pertinents aux fins de la présente analyse. En effet, les motifs justifiant la modification du régime d'aides en question en 2012 ne peuvent altérer la portée des première et seconde décisions adoptées respectivement en 2009 et 2011.

(138) De plus, la Commission fait observer que les motifs initialement invoqués par les autorités espagnoles en clarifiant la portée de la mesure lors de la procédure administrative qui a donné lieu à l'adoption de la décision d'ouvrir la procédure de 2007, ainsi que ceux qui figuraient dans les avis contraignants de la DGT et les décisions du TEAC, contrastent avec les motifs allégués durant l'actuelle procédure formelle d'examen pour revendiquer le fait que la nouvelle interprétation administrative ne constitue pas une aide nouvelle.

(139) À titre subsidiaire, les motifs invoqués par les autorités espagnoles et les tiers intéressés ne justifient en aucun cas un changement par rapport à l'interprétation administrative antérieure.

a) *La finalité de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS: encourager l'internationalisation des entreprises espagnoles*

(140) Comme il est indiqué dans les commentaires des autorités espagnoles, afin de justifier le changement dans l'interprétation administrative, aussi bien la DGT que le TEAC renvoient à la finalité sous-jacente à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Cette dernière disposition vise à encourager l'internationalisation et l'investissement à l'étranger des entreprises espagnoles. L'exclusion des prises de participations indirectes ne serait pas en ligne avec cet objectif.

(141) Le traitement fiscal différencié entre les prises de participations nationales et étrangères établi à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, dont l'objectif est d'encourager l'internationalisation et l'investissement à l'étranger des entreprises espagnoles, a été déclaré aide illégale et incompatible avec le marché intérieur dans les première et seconde décisions. La Commission considère qu'une modification de la pratique administrative ne peut être justifiée par la finalité (internationalisation des entreprises espagnoles) d'une disposition (l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS), puisqu'elle avait déjà été déclarée aide illégale et incompatible avec le marché intérieur dans les première et seconde décisions.

b) *Références à la prise de participations indirectes dans les première et seconde décisions et le communiqué de presse accompagnant la décision d'ouvrir la procédure de 2007*

(142) L'un des arguments avancés par les autorités espagnoles et les tiers intéressés pour remettre en question le fait que la nouvelle interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide nouvelle, réside dans le fait que le texte des première et seconde décisions mentionne la prise de participations aussi bien directes qu'indirectes. Par conséquent, ils estiment que la nouvelle interprétation administrative est en ligne avec les deux décisions.

(143) La Commission n'est pas d'accord sur le fait que ces références éliminent le caractère d'aide nouvelle de la mesure. Les références faites dans les première et seconde décisions aux prises de participations directes et indirectes sont dues au renvoi, dans l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, à l'article 21 du TRLIS, qui établit explicitement que le pourcentage de la participation, directe ou indirecte, au capital de l'entreprise étrangère doit être d'au moins 5 %. Il n'appartient pas à la Commission de déterminer dans les première et seconde décisions comment appliquer une disposition de la loi espagnole relative à l'impôt des sociétés; sa tâche consiste en revanche à examiner si la disposition constitue une aide d'État, en tenant compte de la manière dont elle est appliquée par l'État membre concerné au moment de la notification.

(144) Par ailleurs, il y a lieu de signaler qu'au cours de la procédure formelle d'examen qui a mené à l'adoption des première et seconde décisions, l'examen a consisté à déterminer si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constituait ou non une aide d'État, et il n'exigeait pas d'analyser si les prises de participations à la fois directes et indirectes étaient couvertes par l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Le débat sur la question de savoir si les prises de participations indirectes relevaient du champ d'application matériel de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS s'est ouvert dans le contexte de la procédure de récupération, lorsque les autorités espagnoles ont informé la Commission de la modification de la pratique administrative antérieure. Le fait qu'à un stade précoce, avant la procédure formelle d'examen, la Commission a posé des questions par écrit dans une lettre de service du 26 mars 2007 sur le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, n'est pas pertinent aux fins de la présente analyse. En l'espèce, il importe en revanche de déterminer de quelle manière les autorités espagnoles appliquaient l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS au moment de l'adoption des première et seconde décisions.

([48]) Voir la lettre du 4 juin 2007 envoyée par l'Espagne en réponse à une demande d'information du 26 mars 2007.

(145) Dans le cas d'espèce, il convient de rappeler la jurisprudence constante de la Cour de justice dans l'arrêt Kahla ([49]), qui établit que la portée d'une décision doit être déterminée non seulement en se référant au texte même de ladite décision, mais également en tenant compte du régime d'aides notifié par l'État membre concerné. À cet égard, dans une lettre du 4 juin 2007, les autorités espagnoles ont précisé que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS couvrait uniquement les prises de participations directes dans des entreprises étrangères. L'absence de référence explicite audit article dans les première et seconde décisions ne change pas le fait que, depuis son adoption, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS a été appliqué en excluant de son champ d'application les prises de participations indirectes.

(146) De même, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'arrêt Kahla que, dans le cadre de l'adoption de la nouvelle interprétation administrative, les autorités espagnoles avaient déjà connaissance des informations contenues dans la lettre envoyée à la Commission, dans laquelle il était indiqué que seules les prises de participations directes pourraient donner droit à la déduction établie à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Les autorités espagnoles auraient dû garantir que la décision s'applique conformément aux informations déjà fournies aux services de la Commission ([50]).

(147) La Commission considère que la portée des première et seconde décisions n'est pas uniquement déterminée par le contenu littéral de la décision, mais aussi par toutes les informations fournies par les autorités espagnoles afin de décrire l'application du régime d'aides examiné au moment de l'adoption des deux décisions.

(148) La question de savoir si les tiers intéressés avaient connaissance de l'échange entre les autorités espagnoles et la Commission n'est pas pertinente pour déterminer si la nouvelle interprétation administrative constitue une aide nouvelle. Bien que le texte de la disposition légale en cause, à savoir l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, lu conjointement avec l'article 21 du TRLIS, n'ait pas été changé, la Commission estime que ses limites et modalités ont été modifiées. La nouvelle interprétation administrative élargit le champ d'application initial de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, en autorisant la déduction de la survaleur financière en cas de prises de participations indirectes réalisées par l'intermédiaire d'une prise de participations directes dans une holding. Cette situation n'était en principe pas envisagée par l'interprétation administrative initiale, qui autorisait uniquement la déduction de la survaleur financière découlant de prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles.

(149) Dans l'arrêt Namur-Les assurances du crédit ([51]), la Cour a statué que seules les modifications qui constituent des changements substantiels à un régime d'aides sont soumises à notification en tant qu'aide nouvelle. La Commission estime que la nouvelle interprétation administrative constitue une modification substantielle du régime d'aides examiné dans ses première et seconde décisions, étant donné que les limites et modalités de l'interprétation de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ont été étendues à des situations qui ne relevaient initialement pas du champ d'application de la disposition. En outre, il convient de signaler qu'en l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer si l'aide pourrait être considérée comme une aide existante ou comme une aide nouvelle. En effet, les première et seconde décisions ont déjà conclu que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constituait une aide illégale et incompatible. Néanmoins, dans le cas présent, il importe de déterminer si les première et seconde décisions couvraient également les prises de participations indirectes découlant d'une prise de participations directes dans une holding afin de déterminer l'existence d'une aide, sa compatibilité et l'existence d'une confiance légitime.

(150) En outre, les autorités espagnoles et les tiers intéressés soutiennent que la mesure ne serait pas une aide nouvelle puisqu'une série de prises de participations qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure en 2007 étaient des prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding. Les autorités espagnoles et les tiers intéressés affirment que le communiqué de presse relatif à l'ouverture de la procédure formelle d'examen de 2007 ne contenait aucune référence à ces prises de participations et que les réponses de la Commission aux questions parlementaires démontrent que la Commission avait connaissance de la nature indirecte de ces participations.

(151) Même si les prises de participations visées dans les réponses aux questions parlementaires ou dans le communiqué de presse sur la décision d'ouvrir la procédure de 2007 pourraient inclure les prises de participations indirectes, la Commission ne pouvait pas savoir, du moins concernant la grande majorité des opérations, quelle était la structure des entreprises qui faisaient l'objet des acquisitions, en d'autres termes, si les entreprises acquises étaient des entreprises opérationnelles ou des holdings. Comme indiqué au point 128 de la présente décision, il s'agit ici de déterminer si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constituait une aide d'État illégale en raison de la différence de traitement fiscal entre les prises de participations nationales et étrangères, raison pour

([49]) Voir l'arrêt du 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Commission, affaire C-537/08 P, point 44. Voir également l'arrêt Todaro Nunziatina, affaire C-138/09, Rec. 2010, point 31.
([50]) Voir l'arrêt du 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Commission, affaire C-537/08 P, point 44.
([51]) Voir l'arrêt du 9 août 1994, Namur-Les assurances du crédit/Commission, affaire C-44/93.

laquelle il n'était pas nécessaire d'analyser la structure de l'entreprise étrangère acquise. En effet, la distinction entre les prises de participations directes et indirectes n'a pas été considérée comme pertinente aux fins de l'appréciation requise dans les première et seconde décisions. Enfin, une telle distinction n'aurait pas modifié l'appréciation définitive d'aide d'État de la mesure, selon laquelle, d'après la Commission, la mesure était sélective en raison de ses caractéristiques propres, ce qui signifie qu'elle ne permettait pas d'amortir la survaleur financière au niveau des opérations effectuées entre des entreprises résidant en Espagne.

(152) Plus précisément, en ce qui concerne la fusion notifiée d'Iberdrola et de Scottish Power ([52]), il convient de signaler que la Commission avait clairement indiqué au point 42 qu'aux fins de ladite décision de concentration, il n'était ni nécessaire ni approprié de déterminer si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constituait une aide d'État. En tout état de cause, les réponses apportées par la Commission aux questions parlementaires étaient antérieures à l'ouverture de la procédure formelle d'examen du régime d'aides ([53]). Par conséquent, au moment où elle a répondu aux questions parlementaires, la Commission ne pouvait pas avoir, et n'avait pas, de position sur le sujet ([54]).

(153) En conclusion, aux fins de l'appréciation de l'aide d'État, l'élément pertinent est la manière dont la mesure a été exécutée par l'État membre concerné. À cet égard, l'Espagne avait expliqué que le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS était limité aux prises de participations directes, ce que confirme également l'existence d'une pratique administrative constante et pertinente appliquée jusqu'en 2012. À ce sujet, la Commission considère, comme l'a déjà signalé la Cour de justice, qu'elle doit analyser un régime d'aides tel qu'il est appliqué. En l'espèce, il est incontestable que la pratique administrative consolidée ne permettait pas de déduire la survaleur financière correspondant aux prises de participations indirectes.

c) *Le renvoi à l'article 21 du TRLIS*

(154) Un autre argument avancé par les autorités espagnoles ([55]) est que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS renvoie à l'article 21, paragraphe 1, point c), second alinéa, qui établit explicitement que les dividendes résultant de prises de participations directes ou indirectes sont également couverts par la disposition. Ainsi, le fait que l'entreprise opérationnelle soit une filiale de deuxième niveau ou de niveau ultérieur ne doit pas constituer un obstacle à l'application de la déduction prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Toutefois, comme l'ont expliqué les autorités espagnoles au cours de la procédure administrative qui a donné lieu à l'adoption de la décision d'ouvrir la procédure de 2007, l'un des motifs justifiant l'exclusion des prises de participations indirectes du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est que l'article 21 du TRLIS exige également que l'entreprise étrangère exerce une activité économique à l'étranger et qu'elle soit sujette à un impôt similaire à l'impôt des sociétés. Cette disposition repose sur les règles fiscales en matière de lutte contre les pratiques abusives afin d'éviter que les entreprises établies dans des paradis fiscaux ou sur des territoires à fiscalité nulle bénéficient de la déduction. Si elles n'exerçaient pas une activité économique à proprement parler, les holdings étaient exclues du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(155) Dans leurs avis contraignants et décisions initiaux, la DGT et le TEAC ont expliqué que la survaleur (et par conséquent la survaleur financière) ne pouvait être générée dans une holding dans la mesure où ce type d'entreprise n'exerce pas d'activité économique, comme l'exigent les critères fixés à l'article 21, du TRLIS. Par conséquent, une survaleur financière ne pouvait être générée au niveau de la holding. Toutefois, en 2012, la DGT et le TEAC ont revu leur interprétation antérieure en affirmant que le critère de l'exercice d'une activité économique peut être respecté si l'entreprise opérationnelle est une filiale de premier niveau ou de deuxième niveau ou de niveau ultérieur.

(156) Bien que l'article 21 du TRLIS mentionne explicitement les prises de participations directes et indirectes, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de son point c), les bénéfices doivent provenir de l'exercice d'activités entrepreneuriales à l'étranger. Comme l'a reconnu l'Audiencia nacional ([56]) dans sa décision du 6 février 2014, ce n'est pas le cas si l'entreprise étrangère qui entend réaliser la prise de participations est une holding, dont l'activité principale consiste en la simple détention d'actions ou de parts d'autres entreprises opérationnelles.

([52]) COMP M.4517, paragraphe 42.
([53]) Par lettre du 4 juin 2007, les autorités espagnoles ont informé la Commission que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, s'appliquait exclusivement aux prises de participations directes.
([54]) Il y a lieu de signaler que dans les réponses aux questions parlementaires écrites, aucune distinction explicite n'a été faite entre les prises de participations directes et indirectes.
([55]) Voir la lettre du 4 juin 2007 envoyée par l'Espagne en réponse à une demande d'information du 26 mars 2007.
([56]) Voir la décision de l'Audiencia nacional, recours nº 125/2011 du 6 février 2014.

(157) Il y a lieu de signaler que l'article 21 du TRLIS visait initialement à établir les conditions régissant l'exonération de l'impôt sur les sociétés pour les dividendes et revenus de source étrangère résultant de la prise de participations dans des entreprises étrangères en vue d'éviter la double imposition internationale. L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS renvoie uniquement à cette disposition afin de vérifier si les revenus provenant de l'entreprise étrangère acquise satisfont à ces critères, de sorte que l'entreprise acquéreuse puisse déduire la survaleur résultant de ladite opération. Ainsi, l'extrapolation des critères établis à l'article 21 du TRLIS doit être réalisée à condition que cette disposition vise à déterminer les conditions nécessaires à l'exonération des dividendes et revenus de source étrangère.

(158) D'après les informations fournies par les autorités espagnoles dans leur lettre du 4 juin 2007, l'administration fiscale doit contrôler l'application de l'amortissement de la survaleur financière. Ce contrôle ne peut être effectué que par l'intermédiaire de l'entreprise résidant en Espagne, dans laquelle l'administration fiscale espagnole peut contrôler facilement la déduction puisque les participations font partie des actifs de cette entreprise. Il serait plus difficile pour l'administration fiscale de contrôler la survaleur générée dans des filiales de niveau ultérieur étrangères, dans lesquelles les participations font partie des actifs des entreprises étrangères qui ne sont pas soumises à l'obligation d'informer l'administration fiscale espagnole.

(159) De fait, cette nécessité de contrôler l'application de la déduction liée à un investissement est reflétée dans l'obligation contenue à l'article 15 du règlement d'application de la loi sur l'impôt des sociétés (décret royal n° 1777/2004), qui exige uniquement la communication d'informations relatives à la prise de participations de l'entreprise acquise pour pouvoir appliquer l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Si le but avait été que cette déduction soit également applicable aux prises de participations indirectes, la logique aurait été de les inclure. La Commission considère qu'en limitant l'obligation d'information aux prises de participations directes, le législateur a délibérément exclu les prises de participations indirectes du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. C'est ce que confirme également la DGT, qui admet avoir reconsidéré sa doctrine antérieure en dépit de l'obligation d'information reprise à l'article 15 du décret royal n° 1777/2004.

(160) En outre, aux fins de l'appréciation de l'aide d'État, l'élément pertinent est la manière dont la mesure a été appliquée par l'État membre concerné. À cet égard, l'Espagne avait expliqué à la Commission que son administration fiscale autorisait uniquement la déduction de la survaleur financière résultant de la prise de participations directes, en raison notamment de l'argument selon lequel l'article 21 du TRLIS exige clairement l'exercice d'une activité économique pour pouvoir appliquer l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Ce critère est uniquement satisfait dans le cas des entreprises opérationnelles étant donné que les holdings n'exercent aucune activité économique réelle. Par conséquent, compte tenu des explications fournies par les autorités espagnoles sur l'exécution de la disposition, la Commission a considéré, au moment de l'adoption des première et seconde décisions, que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS couvrait uniquement les prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles, ce qui a également été confirmé par l'existence d'une pratique administrative constante et pertinente, appliquée jusqu'en 2012.

(161) La Commission considère qu'en dépit des références faites à l'article 21, paragraphe 1, point c), second alinéa, aux prises de participations directes et indirectes, la pratique administrative constante de la DGT, également confirmée par le TEAC, indique que les prises de participations indirectes étaient exclues du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Cette situation résulte du fait que les holdings n'exercent pas d'activité économique conformément aux dispositions de l'article 21, paragraphe 1, point c), du TRLIS, qui exige que les bénéfices soient tirés de l'exercice d'activités à l'étranger. En reconsidérant cette position, en avançant que l'article 21, paragraphe 1, point c), second alinéa, du TRLIS fait référence aux prises de participations indirectes, les autorités espagnoles élargissent le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, en englobant des situations qui n'étaient pas couvertes au moment de l'adoption des première et seconde décisions.

d) *Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de neutralité fiscale*

(162) Les autorités espagnoles et certains des tiers intéressés soutiennent que les prises de participations indirectes dans des entreprises opérationnelles étrangères résultant d'une prise de participations directes dans une holding sont comparables à des prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles. Pour cette raison, et afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, les conclusions tirées dans les première et seconde décisions doivent s'appliquer aux prises de participations aussi bien directes qu'indirectes.

(163) Les tiers intéressés affirment également qu'en vertu du principe de neutralité fiscale, il convient de garantir l'égalité de traitement tant pour des investissements réalisés en tant que prise de participations directes dans des entreprises opérationnelles que pour des prises de participations indirectes par l'intermédiaire d'une holding. Plus précisément, les intéressés avancent que compte tenu des difficultés inhérentes aux regroupements transfrontières d'entreprises, il ne devrait pas être nécessaire de réaliser une opération de concentration (seul cas dans lequel la survaleur financière peut être générée par la prise de participations indirectes) ou des opérations de concentration à plusieurs niveaux.

(164) En premier lieu, il convient de rappeler que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de neutralité fiscale ne sont pas pertinents pour déterminer la portée des première et seconde décisions ou, en d'autres termes, pour déterminer si les deux décisions couvrent les prises de participations indirectes.

(165) En tout état de cause, la Commission fait observer qu'il ressort de l'interprétation initiale incluse dans les avis contraignants de la DGT et les décisions du TEAC antérieurs à 2012, que les prises de participations directes et indirectes résultant d'une prise de participations antérieure dans une holding n'étaient pas comparables au sens de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(166) La logique sous-jacente à la différence de traitement dans l'interprétation administrative initiale était que l'un des éléments de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'était pas respecté dans le cas de la prise de participations dans une holding et la prise de participations indirectes ultérieure dans des filiales opérationnelles. De fait, le concept fiscal de survaleur financière est lié au concept comptable de survaleur. Il existe une survaleur lorsque le prix payé par une entreprise est supérieur à la valeur comptable de son actif net. Cette différence peut s'expliquer par deux raisons différentes: 1) la valeur ajoutée intrinsèque des biens et droits de l'entreprise, ou 2) un supplément dû à de meilleures perspectives d'obtenir des revenus plus élevés à l'avenir. Cette dernière raison correspond à la survaleur financière. La survaleur et, par conséquent, la survaleur financière, peuvent uniquement être générées dans des entreprises opérationnelles, puisqu'elles exercent une activité économique. Les holdings, dont l'objectif principal est la détention de participations dans des filiales opérationnelles, n'exercent pas une activité économique réelle, et par conséquent, ne peuvent générer une survaleur. C'est ce que démontre la méthode de calcul utilisée dans les interprétations administratives initiales et qui fait partie intégrante de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Selon cette méthode de calcul, la valeur de marché des actifs d'une holding (actions des filiales opérationnelles étrangères) correspond au prix des prises de participations et, par conséquent, aucune survaleur financière ne saurait être générée. L'existence d'une compensation entre le prix d'achat et la valeur de marché des actifs (actions) de la holding est due à une caractéristique propre des holdings, à savoir, le fait que leurs actifs sont des actions d'autres filiales opérationnelles.

(167) Dans le cadre de la procédure administrative qui a donné lieu à la décision d'ouvrir la procédure de 2007, les autorités espagnoles ont expliqué ([57]) que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS exige uniquement une prise de participations d'au moins 5 % au capital de l'entreprise étrangère, un pourcentage qui ne tient compte ni de la consolidation avec l'entreprise étrangère, ni de la consolidation avec des filiales de niveau ultérieur. La survaleur ne pourrait être générée dans les états financiers consolidés qu'après la consolidation des holdings et de leurs filiales opérationnelles avec la société mère acquéreuse.

(168) En ce qui concerne le choix de prendre en considération les valeurs contenues dans les comptes consolidés ou celles contenues dans les comptes individuels, le TEAC avait soutenu à plusieurs reprises que les valeurs de référence à prendre en considération aux fins du calcul de la survaleur financière sont celles établies dans les comptes individuels. Le TEAC a plusieurs fois maintenu que les règles comptables et les règles fiscales poursuivent des objectifs différents et que l'analyse des informations contenues dans les états financiers consolidés à des fins fiscales pourrait donner lieu à des distorsions dans l'interprétation de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(169) En outre, les autorités espagnoles ont également expliqué que l'article 12, paragraphe 5, est une méthode d'amortissement d'un investissement dont la gestion requiert un contrôle de la part de l'administration fiscale. L'amortissement peut uniquement être contrôlé par l'intermédiaire de l'entreprise résidant en Espagne, puisque les participations, situées au premier niveau, font partie de l'actif de cette entreprise. Il serait plus difficile pour l'administration fiscale de contrôler la survaleur financière découlant de filiales de deuxième niveau ou de niveau ultérieur étrangères, dans lesquelles les participations seraient imputées aux actifs d'entreprises étrangères qui ne sont pas soumises à l'obligation d'informer l'administration fiscale espagnole.

(170) Conformément à la jurisprudence de la Cour, le principe général d'égalité de traitement requiert que des situations comparables ne soient pas traitées différemment et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié ([58]).

(171) La Commission fait observer que l'exclusion des prises de participations indirectes du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, comme indiqué dans les avis contraignants initiaux, ne semble pas se fonder sur des raisons arbitraires mais plutôt se justifier par la nature et la logique intrinsèque de la disposition, ainsi que par la possibilité de gérer l'impôt.

([57]) Voir la lettre du 4 juin 2007 envoyée par l'Espagne en réponse à une demande d'informations du 26 mars 2007.
([58]) Voir les arrêts Salumi et autres, affaires jointes 66/79, 127/79 et 128/79, Rec. 1980, p. 1237, point 14; et Niemann, affaire C-14/01, Rec. 2003, p. I- 2279, point 49.

(172) La Commission souhaite souligner qu'aux fins de la présente appréciation de l'aide d'État, il n'est pas pertinent de déterminer si l'interprétation administrative initiale donne lieu à une discrimination entre les prises de participations directes et indirectes ou si elle enfreint le principe de neutralité fiscale. Comme expliqué précédemment, la Commission n'est pas compétente pour déterminer dans une décision la manière dont une disposition nationale doit être appliquée. La Commission est tenue d'évaluer si la disposition en question constitue une aide d'État, en tenant compte de sa mise en œuvre par les autorités nationales au moment de sa notification. En l'espèce, il est clair que l'interprétation administrative antérieure a été modifiée, une modification qui élargit le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS en y incluant des situations qui n'étaient à l'origine pas couvertes par l'interprétation administrative initiale.

e) *Rétroactivité de la mesure*

(173) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés remettent en question l'effet rétroactif de l'interprétation administrative. Les autorités espagnoles ont mentionné les explications fournies précédemment ([59]) selon lesquelles, pour les prises de participations réalisées jusqu'au 21 décembre 2007 et dont la survaleur financière est sujette à révision, le montant de la survaleur financière résultant de prises de participations indirectes (et directes) est déduit de l'assiette imposable. En ce qui concerne les prises de participations réalisées après le 21 décembre 2007, la déduction de la survaleur financière résultant de prises de participations directes ou indirectes n'est pas acceptée.

(174) Les autorités espagnoles ont expliqué que, conformément à l'article 120 de la loi nº 58/2003 du 17 décembre 2003 établissant le code général des impôts, les entreprises qui considèrent que la déclaration fiscale a une incidence négative sur leurs intérêts légitimes peuvent demander que l'autoliquidation soit rectifiée conformément à la procédure applicable. La procédure est établie aux articles 126 à 129 du décret royal nº 1065/2007 ([60]). Une entreprise peut demander la rectification de l'autoliquidation une fois que celle-ci a été présentée et avant que l'administration fiscale n'adopte la liquidation définitive ou, à défaut, avant l'expiration du délai de prescription dont dispose l'autorité fiscale pour déterminer le montant de l'impôt à recouvrer. Au titre des articles 66 et 67 de la loi établissant le code général des impôts, le délai pour demander la rectification de la déclaration fiscale est de quatre ans à compter de la date limite de remise de la déclaration.

(175) Les autorités espagnoles ont reconnu que les entreprises qui ont effectué des prises de participations indirectes dans des entreprises étrangères jusqu'au 21 décembre 2007 et qui n'ont pas inclus la déduction de la survaleur financière résultant de prises de participations indirectes pourraient désormais rectifier leurs déclarations afin de déduire la survaleur financière découlant de ces prises de participations. Les entreprises qui ont appliqué dans leurs déclarations fiscales antérieures la déduction de la survaleur financière résultant de prises de participations indirectes et qui ont déjà été soumises à une évaluation par l'administration fiscale ne pourront pas demander la rectification de leurs déclarations déjà remises. Toutefois, étant donné que la déduction est applicable sur une période de 20 ans, cela n'exclut pas la possibilité pour ces entreprises de déduire la survaleur financière dans des déclarations futures.

(176) En premier lieu, le fait que la nouvelle interprétation administrative ait ou non des effets rétroactifs n'a aucune incidence sur la détermination de la portée des première et seconde décisions ou, en d'autres termes, sur la question de savoir si les deux décisions couvrent les prises de participations indirectes.

(177) En tout état de cause, la Commission estime que la nouvelle interprétation administrative comporte des effets juridiques rétroactifs. En effet, la nouvelle interprétation administrative du 21 mars 2012 peut être appliquée à des prises de participations effectuées avant cette date.

6.3. **Compatibilité de l'aide**

(178) Après avoir déterminé, à titre préliminaire, que le régime litigieux constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, il convient d'examiner si ce régime peut être considéré comme compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphes 2 et 3, du TFUE. Les autorités espagnoles n'ont présenté aucun argument à cet égard.

(179) La Commission estime que la nouvelle interprétation administrative de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur. En ce sens, elle considère que le même raisonnement que celui suivi dans les première et seconde décisions s'applique. Par conséquent, elle renvoie aux points 140 et suivants de la première décision et aux points 166 et suivants de la seconde décision.

([59]) Lettre du 4 décembre 2012.

([60]) Décret royal nº 1065/2007 du 27 juillet 2007 portant approbation du règlement général des actions et procédures de gestion et de contrôle fiscal et mettant en œuvre les règles de procédure jointes relatives à l'application des impôts.

(180) Plus précisément, en ce qui concerne l'application de l'article 107, paragraphe 3, point c), du traité, les déductions fiscales octroyées dans le cadre de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne sont pas liées à un investissement, à la création d'emplois ou à des projets spécifiques. Les déductions fiscales ne font que soulager les entreprises concernées de charges qu'elles devraient normalement supporter et doivent donc être considérées comme une aide au fonctionnement. En règle générale, les aides au fonctionnement ne relèvent pas du champ d'application de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité, car elles faussent la concurrence dans les secteurs où elles sont octroyées. Les aides de ce genre ne peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur parce qu'elles ne favorisent pas le développement de certaines activités ou secteurs économiques, qu'elles ne sont pas limitées dans le temps et qu'elles ne sont pas progressivement réduites ni proportionnées à ce qui est nécessaire pour remédier à un handicap économique spécifique des secteurs concernés. En conclusion, la Commission ne considère pas que l'aide est compatible avec le marché intérieur.

B. CONFIANCE LÉGITIME, SÉCURITE JURIDIQUE, PRINCIPE D'*ESTOPPEL* ET RÉCUPÉRATION DE L'AIDE

6.4. **Principes d'*estoppel* et de sécurité juridique**

(181) La Commission considère qu'aucun élément ne justifie de s'écarter des considérations formulées dans la décision d'ouvrir la procédure, dans la mesure où ni le principe d'*estoppel* ni celui de la sécurité juridique n'ont été enfreints.

(182) L'avis contraignant du 21 mars 2012, qui a introduit la nouvelle interprétation administrative, est le résultat d'un choix des autorités espagnoles. Cet acte administratif, qui a donné lieu à une situation d'aide nouvelle illégalement versée sans avoir été notifiée au préalable à la Commission, émane des autorités espagnoles et non de la Commission. Ainsi, le principe d'*estoppel* est hors de propos.

(183) Quant à la violation présumée du principe de sécurité juridique, la Commission rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour de justice, la portée d'une décision doit être déterminée non seulement en se référant au texte même de ladite décision, mais également en tenant compte du régime d'aides notifié et appliqué par l'État membre concerné ([61]).

(184) Même si une violation du principe de sécurité juridique pouvait être établie, la Commission considère que celle-ci aurait été commise par l'Espagne. En outre, la Commission estime que l'insécurité juridique proviendrait du manque de précision et de la confusion caractérisant le texte de certaines dispositions du régime.

6.5. **Récupération de l'aide**

(185) La mesure litigieuse a été exécutée sans avoir été préalablement notifiée à la Commission conformément à l'article 108, paragraphe 3, du traité. Par conséquent, elle constitue une aide illégale.

(186) Une aide d'État octroyée illégalement, déclarée incompatible avec le marché intérieur, doit être récupérée auprès de ses bénéficiaires, conformément à l'article 14 du règlement (CE) n° 659/1999. La récupération de l'aide rétablit, dans la mesure du possible, la situation concurrentielle qui existait avant son octroi. Le montant à récupérer permettra d'éliminer l'avantage économique accordé aux bénéficiaires.

(187) Aucun des arguments présentés par les autorités espagnoles ou les tiers intéressés ne justifie que l'on s'écarte de ce principe fondamental. La récupération de ces aides doit donc être exigée de l'Espagne.

(188) Pour un exercice et un bénéficiaire donnés, la valeur des aides correspond à la réduction fiscale octroyée en application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS eu égard à des prises de participations indirectes dans des entreprises opérationnelles étrangères résultant de prises de participations antérieures dans des holdings.

6.6. **Confiance légitime**

(189) Les autorités espagnoles et les tiers intéressés avancent que la confiance légitime reconnue dans les première et seconde décisions doit être appliquée de la même manière aux prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding. En ce sens, elles prétendent que l'existence d'une confiance légitime doit être reconnue en raison des références faites aux prises de participations indirectes dans le texte des première et seconde décisions, des réponses aux questions parlementaires et des prises de participations mentionnées dans le communiqué de presse de la décision d'ouvrir la procédure de 2007.

([61]) Voir l'arrêt Kahla Thüringen Porzellan GmbH, affaire C-537/08 P, points 40 et suivants.

(190) La Commission n'approuve pas les arguments présentés par les autorités espagnoles et les tiers intéressés et considère que la confiance légitime reconnue dans les première et seconde décisions ne pouvait être étendue à des situations (prises de participations indirectes résultant de la prise de participations dans une holding) qui n'étaient pas couvertes par le champ d'application de la mesure en cause au moment de l'adoption des première et seconde décisions. En effet, la confiance légitime peut uniquement être fondée sur des éléments de fait connus au moment de l'adoption d'une décision et non au cours d'événements futurs comme, par exemple, l'introduction d'une nouvelle interprétation administrative.

(191) Selon une jurisprudence constante ([62]), le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime s'étend à tout justiciable dans le chef duquel une institution de l'Union a fait naître des espérances fondées, en lui donnant des assurances précises. De telles assurances, quelle que soit leur forme, constituent des informations précises, inconditionnelles et concordantes.

(192) On ne saurait considérer que l'absence de restrictions explicites dans le régime d'aides en question constitue une déclaration précise, inconditionnelle et concordante de la Commission aux entreprises concernées pour ce qui est d'appliquer également la mesure aux prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding. Par conséquent, l'absence de restrictions explicites ne saurait permettre aux entreprises intéressées de penser légitimement que la mesure pourrait être appliquée légalement aux prises de participations indirectes ([63]).

(193) Même si les références aux prises de participations indirectes faites dans les première et seconde décisions avaient suscité une confiance chez les entreprises en question, il aurait été nécessaire d'examiner si la confiance ainsi fondée est légitime ([64]). La Commission estime que les entreprises qui ont effectué des prises de participations indirectes ne peuvent invoquer la confiance légitime en ce que les prises de participations indirectes étaient couvertes par l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, étant donné que ces entreprises avaient connaissance de la pratique administrative de l'administration fiscale et du TEAC qui a été appliquée jusqu'en 2012. Ces entreprises savaient que le régime fiscal notifié à la Commission (article 12, paragraphe 5, du TRLIS) excluait à ce moment de son champ d'application les prises de participations indirectes résultant d'une prise de participations directes dans une holding.

(194) Les autorités espagnoles soutiennent que l'existence d'une interprétation administrative restrictive n'amoindrit pas la confiance légitime que des agents économiques, qui ont effectué des prises de participations indirectes par l'intermédiaire d'une prise de participations directes dans une holding, auraient pu avoir quant à l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Cela est dû au fait que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS 1) est une disposition claire; 2) renvoie explicitement à l'article 21 du TRLIS, qui mentionne les prises de participations aussi bien directes qu'indirectes; 3) contient une référence explicite aux règles en matière de consolidation comptable; et 4) vise à encourager les investissements des entreprises espagnoles à l'étranger.

(195) La Commission réfute cette affirmation. L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS s'est avéré être une disposition manquant de clarté en raison de la référence vague aux règles de consolidation des comptes et à l'extrapolation imprécise aux critères établis à l'article 21 du TRLIS. Ce dernier article a été initialement conçu pour fixer les conditions relatives à l'exonération des dividendes et revenus de sources étrangères. La référence de l'article 21 aux prises de participations indirectes contraste avec l'exigence selon laquelle l'entreprise directement acquise doit exercer une activité économique. De plus, la confiance légitime ne peut être fondée sur la logique d'un régime d'aides, soit l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, qui avait déjà été déclaré aide illégale et incompatible dans les première et seconde décisions en raison de la différence de traitement fiscal entre les prises de participations étrangères et nationales réalisées par des entreprises résidant en Espagne. La Commission considère que l'interprétation litigieuse est le fruit de l'imprécision et la confusion caractérisant la disposition. De fait, ce litige est mis en évidence dans la plupart des avis de la DGT et des décisions du TEAC. Par conséquent, les autorités espagnoles ne peuvent prétendre qu'en dépit de l'interprétation administrative restrictive, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS pourrait avoir suscité une confiance légitime pour les entreprises qui ont effectué des prises de participations indirectes.

(196) En ce qui concerne, plus concrètement, le rachat de Scottish Power par Iberdrola, la Commission signale que la décision de concentration (COMP M.4517) indiquait clairement qu'il n'était ni nécessaire ni approprié de déterminer si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constituait une aide d'État (voir le point 42 de la décision) aux fins de la décision de concentration.

([62]) Arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2006, Forum 187 ASBL, affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Rec. 2006, p. I-5479, point 147.
([63]) Voir l'arrêt du 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Commission, affaire C-537/08 P, point 44.
([64]) Arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2006, Forum 187 ASBL, affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Rec. 2006, p. I-5479, point 159.

(197) Concernant les allégations de l'Espagne et des tiers intéressés, d'après lesquelles les réponses aux questions parlementaires écrites ont suscité une confiance légitime chez les bénéficiaires de l'aide, la Commission fait observer que ces questions parlementaires ne portaient pas sur la distinction entre une prise de participations directes et une prise de participations indirectes, mais sur le fait de déterminer si le régime établi à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS pourrait constituer une aide d'État. Par conséquent, il n'était pas possible de conclure des réponses fournies par la Commission aux questions parlementaires écrites que les prises de participations aussi bien directes qu'indirectes auraient été couvertes.

(198) En ce qui concerne l'allégation selon laquelle les première et seconde décisions auraient suscité une nouvelle confiance légitime, puisqu'elles mentionnent toutes deux les prises de participations indirectes, la Commission rappelle que ces références ont exclusivement été faites car les dispositions juridiques nationales mentionnent à la fois les prises de participations directes et indirectes. Plus concrètement, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS renvoie à l'article 21 du TRLIS, qui exige que le pourcentage de la participation, directe ou indirecte, de l'entreprise espagnole dans l'entreprise étrangère doit être d'au moins 5 % et que la participation doit être ininterrompue sur une durée d'au moins un an. Ni l'Espagne ni les tiers intéressés n'ont remis en cause le fait que les autorités espagnoles appliquaient l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS uniquement aux prises de participations directes. Comme indiqué précédemment, la Commission est par conséquent habilitée à invoquer les explications fournies par l'État membre en question et, ainsi, pouvait légitimement penser que le régime était appliqué comme l'avait indiqué l'État membre.

(199) Par ailleurs, la Commission considère qu'en dépit du fait que le contenu des décisions ne reflète pas les échanges entre les autorités espagnoles et la Commission, dans lesquels il était expliqué que, dans la pratique, il est uniquement possible de déduire la survaleur financière générée par des prises de participations directes dans des entreprises opérationnelles, les bénéficiaires de l'aide ne pouvaient légitimement penser que les prises de participations indirectes étaient également couvertes par l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Les bénéficiaires de l'aide avaient déjà connaissance de la pratique constante consistant à exclure du champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS les prises de participations indirectes réalisées par l'intermédiaire de la prise de participations directes dans une holding, pratique qui avait été appliquée jusqu'en 2012.

(200) En conclusion, la confiance légitime reconnue dans les première et seconde décisions ne pouvait être étendue à des situations qui n'étaient pas couvertes par le champ d'application de la mesure en cause au moment de l'adoption des première et seconde décisions.

7. **CONCLUSIONS**

(201) Au vu de ce qui précède, la Commission considère que la nouvelle interprétation administrative qui a élargi la portée d'un régime déjà déclaré illégal et incompatible sans avoir été notifiée à la Commission constitue une aide illégale et incompatible au sens des dispositions de l'article 1er du règlement (CE) no 659/1999.

(202) La Commission ne considère pas que la mesure en cause est compatible avec le marché intérieur au titre de l'article 107, paragraphes 2 et 3, du traité.

(203) Les aides doivent être récupérées auprès des bénéficiaires, conformément à l'article 14 du règlement (CE) no 659/1999.

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCITION:

Article premier

La nouvelle interprétation administrative adoptée par le Royaume d'Espagne, qui élargit le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, du décret législatif royal no 4/2004 du 5 mars 2004 portant approbation de la refonte de la loi sur l'impôt des sociétés, afin de couvrir les prises de participations indirectes dans des entreprises étrangères par l'intermédiaire d'une prise de participations directes dans des holdings étrangères, et exécutée de manière illégale par le Royaume d'Espagne en violation de l'article 108, paragraphe 3, du traité est incompatible avec le marché intérieur.

Article 2

L'aide individuelle octroyée au titre du régime visé à l'article 1er n'est pas constitutive d'une aide d'État si, au moment de son octroi, elle remplit les conditions définies dans un règlement adopté en vertu de l'article 2 du règlement (CE) no 994/98 du Conseil ([65]), applicable au moment où l'aide est octroyée.

([65]) Règlement (CE) no 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 142 du 14.5.1998, p. 1).

Article 3

L'aide individuelle octroyée au titre du régime visé à l'article 1er qui, au moment de son octroi, remplit les conditions définies dans un règlement adopté en application de l'article 1er du règlement (CE) no 994/98 ou dans tout autre régime d'aides approuvé est compatible avec le marché intérieur jusqu'à concurrence des intensités d'aide maximales applicables à ce genre d'aide.

Article 4

1. Le Royaume d'Espagne est tenu de mettre fin au régime d'aides visé à l'article 1er, en ce qui concerne les aides octroyées aux bénéficiaires ayant réalisé des prises de participations indirectes dans des entreprises étrangères par l'intermédiaire d'une prise de participations directes dans une holding, dans la mesure où il est incompatible avec le marché commun.

2. Le Royaume d'Espagne est tenu de récupérer auprès des bénéficiaires l'aide incompatible octroyée au titre du régime visé l'article 1er.

3. Les sommes à récupérer produisent des intérêts à partir de la date à laquelle elles ont été mises à la disposition des bénéficiaires, jusqu'à leur récupération effective.

4. Les intérêts sont calculés sur une base composée conformément au chapitre V du règlement (CE) no 794/2004 de la Commission ([66]).

5. Le Royaume d'Espagne annule tous les paiements en cours de l'aide accordée en vertu du régime visé à l'article 1er, avec effet à la date d'adoption de la présente décision.

Article 5

1. La récupération de l'aide octroyée au titre du régime visé à l'article 1er est immédiate et effective.

2. L'Espagne veille à ce que la présente décision soit mise en œuvre dans les quatre mois suivant la date de sa notification.

Article 6

1. Dans les deux mois suivant la notification de la présente décision, le Royaume d'Espagne communique les informations suivantes:

a) la liste des bénéficiaires qui ont reçu une aide en vertu du régime visé à l'article 1er, ainsi que le montant total reçu par chaque bénéficiaire en vertu de ce régime;

b) le montant total (principal et intérêts) à récupérer auprès de chaque bénéficiaire;

c) une description détaillée des mesures prises et envisagées pour se conformer aux exigences de la présente décision;

d) les documents écrits par lesquels les bénéficiaires ont été invités à rembourser l'aide.

2. Le Royaume d'Espagne tient la Commission informée de l'avancement des mesures nationales adoptées afin de mettre en œuvre la présente décision jusqu'à la récupération complète des aides octroyées en vertu du régime visé à l'article 1er. Il transmet immédiatement, sur simple demande de la Commission, toute information sur les mesures déjà prises et sur celles prévues pour se conformer à la présente décision. Il fournit aussi des informations détaillées concernant les montants de l'aide et des intérêts déjà récupérés auprès des bénéficiaires.

Article 7

Le Royaume d'Espagne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 15 octobre 2014.

Par la Commission
Joaquín ALMUNIA
Vice-président

([66]) Règlement (CE) no 794/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 659/1999 du Conseil portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 140 du 30.4.2004, p. 1).