

**Notion d'aide. Applicabilité du contrôle: notion
d'entreprise et d'activité économique (CJCE, Cassa di
Risparmio di Firenze, C-222/04)**

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Notion d'aide. Applicabilité du contrôle: notion d'entreprise et d'activité économique (CJCE, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04). Laurence Idot. Grands arrêts du droit de la concurrence. volume II, Concentrations et aides d'Etat, Institut de droit de la concurrence, 2016, 979-10-94201-08-4. halshs-01455922

HAL Id: halshs-01455922

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01455922>

Submitted on 16 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

1. NOTION D'AIDE

1.1 Applicabilité du contrôle: Notion d'entreprise et activité économique

CJCE, 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e. a., C-222/04

La Cour de justice des Communautés européennes considère qu'une activité économique peut être le fait d'un opérateur sur le marché et d'une autre entité contrôlant cet opérateur

Voilà une des premières affaires où la Cour est amenée à interpréter la notion d'«entreprise» dans le contexte du droit des aides d'État. Les concepts d'«entreprise» et d'«activité économique» doivent être interprétés dans le champ du droit des aides d'État selon les mêmes lignes directrices que celles que la Cour a dégagées pour l'application et l'interprétation des articles 81, 82 et 86, CE.

L'affaire est relative au processus de restructuration et de privatisation du secteur public bancaire en Italie que la Commission et la Cour connaissent bien (voir les arrêts dans les affaires *Italie c/ Commission*, aff. C-66/02 et *Unicredito Italiano*, aff. C-148/04). La loi italienne du 30 juillet 1990 et le décret du 20 novembre 1990 autorisèrent, au titre d'une première étape dans le processus de transformation du secteur public bancaire, les établissements publics bancaires, dont les caisses d'épargne, à faire apport de leurs entreprises bancaires à des sociétés anonymes constituées par leurs soins et dont ils devenaient les seuls actionnaires. Les sociétés anonymes nouvellement créées exerçaient les activités bancaires antérieurement exercées par les organismes publics «*apporteurs*».

Les textes prévoyaient que les organismes apporteurs étaient autorisés à administrer leur participation dans la banque cessionnaire sans pouvoir exercer directement d'activité bancaire ni pouvoir détenir (sauf autorisation du Trésor) des participations de contrôle dans le capital d'entreprises bancaires ou financières autres que la banque cessionnaire. Il était prévu à titre transitoire, pour garantir la continuité opérationnelle des banques, que les membres du comité de gestion de l'organisme apporteur seraient nommés au conseil d'administration de la banque cessionnaire et que des membres de l'organe de contrôle seraient nommés au conseil de surveillance de la banque cessionnaire. Les organismes apporteurs devaient par ailleurs, outre la gestion de leurs participations, poursuivre des activités d'intérêt public et d'utilité sociale dans les secteurs de la recherche scientifique, de l'enseignement, de l'art et de la santé, en pouvant exercer toutes opérations financières et commerciales nécessaires à la réalisation de ces buts.

Cette première étape fut à partir de 1999 par une substantielle étape imposant aux organismes apporteurs, devenus officiellement des “fondations bancaires”, de céder l'ensemble de leurs participations dans les sociétés anonymes bancaires avant la fin 2005 et imposant une séparation fonctionnelle plus nette entre les fondations bancaires et les sociétés bancaires tant que les fondations y seraient encore majoritaires. Leur statut de fondation était renforcé et mieux encadré. Le régime instauré en 1999 prévoyait expressément une dérogation au régime fiscal des personnes morales, dérogation que la

► [ALLER AU SOMMAIRE](#)

Commission avait jugée non contraire aux dispositions sur les aides d'État au motif que les fondations bancaires fonctionnant sous le régime de 1999 ne pouvaient pas être considérées comme des entreprises (Comm. CE, déc. 2003/146/CE du 22 août 2002, JOUE n° L. 55 du 1er mars 2003, p. 56).

C'est dans ce contexte que des «fondations bancaires» ont demandé à bénéficier de dispositions fiscales dérogatoires en faveur des fondations poursuivant exclusivement des buts d'intérêt public et d'utilité sociale pour la période antérieure à l'application du nouveau régime instauré à partir de 1999. L'administration fiscale italienne considérant que sous le régime antérieur à 1999 les fondations bancaires étaient des entreprises soumises aux dispositions fiscales de droit commun et ne pouvant bénéficier des dérogations applicables aux fondations, le litige s'est noué devant les juridictions italiennes et la Cour de cassation a interrogé la Cour de justice sur l'incompatibilité de l'application d'une telle dérogation avec les dispositions de l'article 87, paragraphe 1, CE sur les aides d'État.

Deux questions étaient en cause. Les fondations bancaires fonctionnant sous le régime des textes de 1990 sont-elles des entreprises ? Si oui, la dérogation fiscale en leur faveur constitue-t-elle une mesure spécifique, permettant de considérer qu'elle comporte bien un élément d'aide d'État ?

La notion d'entreprise

Se posait d'abord la question de savoir si l'activité de gestion des participations de contrôle des fondations bancaires dans les sociétés bancaires pouvait être considérée comme une activité économique en elle-même. Selon la jurisprudence de la Cour, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché.

Comme le faisait remarquer la Commission, l'activité de gestion de patrimoine exercée par les fondations bancaires ne comporte pas de prestations de services sur le marché. Le simple investisseur qui perçoit des dividendes ou les intérêts de son capital n'offre ni biens ni services sur le marché.

L'avocat général Jacobs, dans des conclusions stimulantes, invite cependant la Cour, dans la logique d'une application fonctionnelle du droit de la concurrence, à reconnaître son application chaque fois qu'un comportement peut venir fausser la concurrence sur un marché, et si, en vertu des caractéristiques d'une activité, il n'existe pas potentiellement une activité pouvant être exercée par une personne privée poursuivant un but lucratif. Or en l'espèce, tout en reconnaissant que les opérations de gestion des participations ne peuvent être assimilées à l'offre de biens ou de services sur marché donné, l'avocat général observe qu'il n'est pas possible d'exclure l'existence d'un marché des participations de contrôle dans les banques. Il n'est pas davantage possible d'exclure, en l'état de la législation italienne de 1990 permettant aux fondations bancaires de vendre leur participation de contrôle pour les réinvestir avec l'autorisation du Trésor dans d'autres sociétés bancaires, des comportements anticoncurrentiels de la part des fondations bancaires sur ce marché. Il faudrait donc en déduire que la gestion des participations bancaires par les fondations bancaires doit être considérée comme une activité relevant du champ d'application du droit de la concurrence. L'avocat général rappelle ici de façon intéressante cette ligne jurisprudentielle qui consiste à juger qu'une activité rentre dans le champ

► *ALLER AU SOMMAIRE*

d'application du droit de la concurrence «*dès lors qu'elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer*» (voy. CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA*, aff. C-244/94, Rec. p. I-4013, point 21).

La Cour ne suit pas cette première ligne de raisonnement. Pour elle, «*la simple détention de participations, même de contrôle, ne suffit pas à caractériser une activité économique de l'entité détentrice de ces participations, lorsqu'elle ne donne lieu qu'à l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé, ainsi que, le cas échéant, à la perception de dividendes, simples fruits de la propriété d'un bien*» (point 111). La Cour juge que les fondations bancaires peuvent être des entreprises au sens du droit de la concurrence en prenant en considération deux autres aspects de l'affaire (également envisagés par l'avocat général). La Cour juge qu' «*une entité qui, détenant des participations de contrôle dans une société, exerce effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci doit être considérée comme prenant part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée*» et qu' «*elle doit donc elle-même, à ce titre, être qualifiée d'entreprise au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*» (points 112 et 113). «*À défaut, un simple démembrement d'une entreprise en deux entités distinctes, dont la première poursuivrait directement l'activité économique antérieure et la seconde contrôlerait la première tout en s'ingérant dans sa gestion suffirait à priver de leur effet utile les règles communautaires relatives aux aides d'État. Il permettrait à la seconde entité de bénéficier de subventions ou d'autres avantages accordés par l'État ou au moyen de ressources d'État et de les utiliser en tout ou partie au profit de la première, dans l'intérêt, également, de l'unité économique formée par les deux entités*» (point 114).

En d'autres termes, et comme le dit encore la Cour, il n'est pas exclu qu'une activité économique soit «*le fait d'un opérateur direct sur le marché et, indirectement, d'une autre entité contrôlant cet opérateur dans le cadre d'une unité économique qu'ils forment ensemble*» (point 110).

Il appartient certes à la juridiction nationale d'apprécier si la fondation bancaire en cause dans l'affaire au principal non seulement détenait des participations de contrôle dans une société bancaire, mais, en outre, exerçait effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci. La Cour donne des indications précises à la juridiction de renvoi car dans le cadre d'un régime tel que celui issu, pour la période concernée, de la loi n° 218/90 et du décret n° 356/90, une «*immixtion, dans la gestion d'une société bancaire, d'une entité comme la fondation bancaire est susceptible de se concrétiser*», dès lors que la fondation bancaire doit assurer la «*continuité opérationnelle*» entre elle-même et la banque contrôlée, que des membres du comité de gestion de la fondation bancaire sont nommés au conseil d'administration et des membres de l'organe de contrôle au conseil de surveillance de la société bancaire, que la fondation bancaire doit affecter une quote-part déterminée des recettes provenant des participations dans la société bancaire à une réserve destinée à la souscription aux augmentations de capital de cette société et qu'elle peut investir la réserve, notamment, dans des titres de la société bancaire contrôlée. «*Detelles règles traduisent une mission des fondations bancaires s'étendant au-delà d'un simple placement de capitaux par un investisseur. Elles rendent possible l'exercice de fonctions de contrôle, mais également d'impulsion et de soutien financier. Elles illustrent l'existence de liens organiques et fonctionnels entre les fondations bancaires et les sociétés bancaires, ce qui est confirmé par le maintien, notamment en vertu d'une disposition comme l'article 14 du décret n° 356/90, d'une surveillance du ministre du Trésor*» (point 118).

► [ALLER AU SOMMAIRE](#)

On retiendra également les lignes de raisonnement de la Cour sur la qualification d'un autre des aspects des activités des fondations bancaires. L'analyse, bien que classique, est intéressante car lorsque les fondations bancaires agissent dans des domaines d'intérêt public ou d'utilité sociale comme la recherche, l'enseignement, les arts ou la santé, il n'est pas exclu qu'elles le fassent, alors même qu'elles agissent sans but lucratif, en concurrence avec des entités privées poursuivant de tels buts lucratifs. Dans ce cas, leurs activités sont nécessairement des activités économique au sens du droit de la concurrence, selon la ligne de raisonnement qui veut, depuis l'arrêt *Höfner*, que revêt le caractère d'entreprise une activité qui pourrait à tout le moins en principe être exercée par une entreprise privée en vue de réaliser un but lucratif (voir conclusions Tesouro sur FFSA et encore concl. Jacobs sur l'affaire *Cassadi Parmio di Firenze*).

Ainsi, la Cour juge que «*lorsqu'une fondation bancaire, agissant elle-même dans les domaines d'intérêt public et d'utilité sociale, utilise l'habilitation qui lui est donnée par le législateur national d'effectuer des opérations financières, commerciales, immobilières et mobilières nécessaires ou opportunes en vue de la réalisation des buts qui lui sont fixés, elle est susceptible d'offrir des biens ou des services sur le marché en concurrence avec d'autres opérateurs, par exemple dans des domaines comme la recherche scientifique, l'éducation, l'art ou la santé. Dans cette hypothèse, soumise à l'appréciation du juge national, la fondation bancaire doit être considérée comme une entreprise, en tant qu'elle exerce une activité économique, nonobstant la circonstance que l'offre de biens ou de services est faite sans but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but*» (points 122 et 123).

L'appréciation du caractère sélectif de l'aide

L'avantage fiscal revendiqué par les requérantes au principal constitue une dérogation au régime général de l'impôt des personnes morales accordé en considération de la forme juridique de l'entreprise, personne morale de droit public ou fondation, et des secteurs dans lesquels cette entreprise exerce son activité.

Une telle dérogation à un régime de droit commun et qui comporte un avantage concurrentiel au profit des bénéficiaires ne peut être considérée comme une mesure générale exclusive de l'application de l'article 87, paragraphe 1, CE que si elle est fondée sur la nature ou l'économie du système fiscal dans lequel elle s'inscrit (voir notamment, CJCE, 2 juillet 1974, Italie c/ Commission, aff. 173/73, Rec. p. 709, point 33 CJCE, 29 avril 2004, *Gil Insurance*, aff. C-308/01, Rec. p. I-4777, points 68-78).

Ce n'est pas le cas en l'espèce. En effet, pour qu'une mesure dérogatoire puisse être fondée sur la nature ou l'économie d'un système, il n'est pas suffisant qu'elle soit justifiée par des considérations objectives d'intérêt général si ces considérations sont extérieures aux objectifs du système (ici du système fiscal) dans lequel elles s'inscrivent. La Cour observe qu'en l'espèce «la dérogation n'est pas fondée sur la logique de la mesure ou de la technique d'imposition, mais résulte de l'objectif du législateur national de favoriser financièrement des organismes considérés comme socialement méritants» (point 137) et qu'«un tel avantage est donc sélectif» (point 138). Peut-être faut-il encore rappeler que le fait même que les mesures en cause poursuivent des buts sociaux est dénué de pertinence du point de vue de la qualification d'aide d'État au titre de l'article 87, paragraphe 1, CE.

J-Y. Chérot

Concurrences N° 2-2006, pp. 117-119

► [ALLER AU SOMMAIRE](#)