

N°s 376193, 380199, 380205, 380206, 380208, 380209

Société Carrefour hypermarchés et autres

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 27 mars 2019

Lecture du 12 avril 2019

CONCLUSIONS

Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public

Les retours de questions préjudicielles sont de deux ordres : les promenades de santé sur des voies juridiques aplanies par les réponses de la Cour de justice de l'Union européenne, dont l'application mécanique s'opère sans heurt ni débat, et les parcours du combattant ou chemins de douleur, lorsque, dans un paysage aux contours devenus incertains, les certitudes s'effondrent et les parties s'affrontent en bataille rangée sous le regard d'un juge national momentanément déboussolé. Les présentes affaires ressortissent, hélas, à cette seconde catégorie.

Le monde du cinéma et de l'audiovisuel, la Cour des comptes (dans ses rapports), le Gouvernement français (qui incluait systématiquement dans les notifications de ces régimes d'aides leurs modalités de financement par ces taxes et n'avait pas initialement remis en cause le bien-fondé d'une telle inclusion), la Commission européenne (dans ses décisions statuant sur ces notifications), et vous-mêmes dans une large mesure, ainsi qu'en témoigne votre avant dire droit du 21 septembre 2016... tous vivaient, jusqu'à une période récente - que d'aucuns pourraient d'ailleurs dater de votre renvoi préjudiciel et de la nouvelle stratégie de l'Etat dans sa défense devant les institutions européennes - sur l'idée sinon la certitude que la taxe sur le prix des billets de cinéma, la taxe sur la vente et la location de vidéogrammes et la taxe sur les services de télévision, prises ensemble, étaient affectées aux régimes d'aide au cinéma et à l'audiovisuel dans des conditions telles qu'elles faisaient partie intégrante de ces régimes.

Une telle intégration constituait l'hypothèse de départ implicite de votre raisonnement lorsque, par votre décision du 21 septembre 2016, vous avez regardé comme sérieuse et déterminante pour l'issue des présents litiges la question de savoir comment appliquer, en présence d'un régime d'aides financé par des taxes affectées, les dispositions du règlement (CE) n° 794/2004 en vertu desquelles une augmentation de plus de 20% du budget d'un régime d'aides autorisé constitue une modification de ce régime devant être notifiée à la Commission, et plus particulièrement, s'il y avait lieu d'apprécier cette augmentation au regard des aides effectivement allouées ou du montant des taxes collectées. En énonçant dans nos conclusions que la mise en réserve d'une partie du produit de ces taxes et le prélèvement au profit du budget général ne nous semblaient pas avoir rompu le lien d'affectation contraignant entre ces impositions et le régime français de soutien au cinéma, nous partagions alors le même présupposé.

Pour emprunter à Cicéron dans ses *Académiques* (livre II, XXXIV), lui-même paraphrasant Clitomaque de Carthage au sujet de Carnéade, l'opinion précipitée et l'adhésion sans réflexion sont des bêtes féroces, et celui qui les arrache de nos âmes accomplit un travail d'Hercule. Or

c'est bien pareille tâche de remise en cause que la Cour de justice vous a, par une invitation polie mais sans ambiguïté, assignée.

En effet, par son arrêt du 20 septembre 2018 (aff. C-510/16), la Cour n'a pas seulement dit pour droit qu'une augmentation du produit des taxes finançant des régimes d'aide dont elles font partie intégrante constitue, à moins qu'elle ne demeure inférieure à 20% du budget initialement notifié et autorisé, une modification d'une aide existante devant faire l'objet d'une nouvelle notification et que ce seuil de 20% s'apprécie par rapport aux recettes affectées à ces régimes et non par rapport aux aides allouées : elle a d'abord mis en doute le présupposé sur lequel reposait le renvoi de vos questions, c'est-à-dire l'appartenance des taxes en cause aux régimes d'aides concernés.

Ainsi, si elle a rejeté l'exception d'irrecevabilité du gouvernement italien, en relevant que vos questions ne pouvaient être regardées comme purement hypothétiques en ce que vous vous étiez fondés sur la prémisse d'une intégration de ces taxes à ce régime et que ces questions présentaient dès lors un lien direct avec l'objet du litige au principal, la Cour vous a ensuite, à titre liminaire, longuement invités à vérifier le bien-fondé de cette prémisse. Ayant rappelé les conditions strictes de caractérisation d'un lien d'affectation contraignant d'une taxe à un régime d'aides, la cour a relevé que les motifs qui vous avaient posé difficulté dans la mise en œuvre de la règle de nouvelle notification posée à l'article 4 du règlement n° 794/2004, c'est-à-dire le décalage entre les recettes des taxes collectées et les dépenses effectivement allouées aux bénéficiaires, jetaient aussi le trouble sur l'existence même d'un lien d'affectation contraignant.

Que ce soit par courtoisie à l'égard du juge national, par prudence quant à l'exactitude des informations contradictoires fournies par les parties, ou par réelle incertitude quant à l'issue d'une réflexion plus poussée, la Cour ne s'est pas autant avancée que son avocat général, qui concluait à l'absence de lien d'affectation contraignant. Mais elle a exprimé de manière aussi claire et polie que possible les doutes qu'ont fait naître chez elle tant les questions soulevées que l'argumentation en défense du Gouvernement, et a donné au juge de renvoi un mandat clair : *« il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier le bien-fondé de sa prémisse selon laquelle les trois taxes faisaient, lors de la période en cause, partie intégrante des régimes d'aides en cause au principal en tenant compte des éléments exposés aux points 16 à 22 du présent arrêt. A cet égard, cette juridiction devra, en particulier, examiner si la mise en réserve d'une partie des recettes du CNC a eu pour effet de réaffecter le montant concerné à une mesure autre que celles revêtant toutes les caractéristiques d'une aide (...) et apprécier l'impact que pourrait avoir la réattribution d'une partie de ces recettes au profit du budget général de l'Etat »*.

Avant d'en venir à cet examen, vous devrez franchir trois obstacles – tous surmontables.

Le premier tient à votre office de juge de cassation, au défaut de contestation devant les juges du fond, qui ont retenu l'existence d'un tel lien d'affectation contraignant et appliqué l'article 4 du règlement, de l'intégration des taxes en cause aux régimes d'aides au cinéma et à l'absence de caractère d'ordre public des moyens tirés d'une méconnaissance du droit de l'Union européenne.

Cette première difficulté ne vous arrêtera pas. D'une part, si la cour avait écarté le moyen, tiré de ce que la taxe sur les vidéogrammes a été illégalement perçue faute pour la France d'avoir notifié à la Commission l'accroissement du budget des régimes d'aides concernés, en jugeant que les taxes en cause ne faisaient pas partie intégrante de ce régime, elle n'aurait soulevé d'office aucun

moyen, mais se serait bornée, dans le cadre de son office consacré par votre jurisprudence *Fondation de France*, à répondre à ce moyen. D'autre part, si l'examen de l'existence d'un lien d'affectation contraignant repose, comme on le verra, sur des constats de droit mâtinés de pratique, il ne nous paraît pas, pour autant, procéder d'une « appréciation de fait nouvelle » au sens de votre jurisprudence sur la substitution de motifs en cassation. Dès lors, si vous étiez conduits à écarter, à l'issue de votre examen, l'existence d'un tel lien, vous ne procéderez selon nous, en relevant l'inopérance de l'invocation de l'article 4 du règlement qui en découle et en substituant ce motif à celui retenu par les juges du fond, qu'à une substitution de motifs de pur droit.

Le deuxième obstacle se nicherait dans l'autorité de chose jugée par votre avant dire droit. Les requérantes font observer qu'en renvoyant à titre préjudiciel des questions à la Cour sur l'application du paragraphe 1 de l'article 4 au « *cas d'un régime d'aides financé par des ressources affectées* », vous avez implicitement mais nécessairement retenu l'existence d'un lien d'affectation contraignant. Nous ajouterons, par honnêteté, que vous avez écarté sans « en tout état de cause » le moyen tiré de ce que la cour n'avait pas commis d'erreur de droit en jugeant que la suppression du compte d'affectation spéciale du Trésor ne constituait pas une modification des modalités de financement de l'aide rendant obligatoire une nouvelle notification à la Commission du régime d'aide au cinéma et à l'audiovisuel.

Toutefois, en matière d'avant dire droit, vous reprenez une approche pragmatique de la notion d'autorité de chose jugée, visant à éviter la paralysie ultérieure du juge, ainsi que l'illustre votre décision d'Assemblée du 27 mars 2015, *CNCCFP c/ Mediapart* (n° 382083, p. 128). Or d'une part, vous n'avez pas expressément pris position sur l'existence d'un lien d'affectation contraignant. D'autre part, votre dispositif se borne à adresser à la CJUE des questions et à surseoir à statuer sur le pourvoi : il en découle seulement que vous avez regardé les questions comme sérieuses et déterminantes pour l'issue des litiges. Déterminantes, elles le sont assurément, pour apprécier si les juges d'appel ont, lorsqu'ils ont appliqué l'article 4, paragraphe 1, commis une erreur de droit dans l'interprétation de cet article. Or le juge de cassation n'est pas tenu de procéder par substitution de motifs : vous ne vous renieriez donc pas en choisissant finalement d'opérer une telle substitution. Enfin, la CJUE vous ayant demandé de vérifier le bien-fondé de votre prémisses, cette exigence d'examen approfondi fait partie de la réponse qu'elle a apportée aux questions que vous lui avez adressées avant dire droit et il ne saurait, dès lors, leur être opposé le raisonnement implicite par lequel vous avez jugé nécessaire de lui poser ces questions.

Le troisième obstacle pointé par les requérantes consisterait en l'autorité de la chose décidée par la Commission européenne, à sa compétence exclusive pour apprécier la compatibilité d'une mesure d'aide avec le marché intérieur et au monopole de la Cour de justice pour constater l'invalidité d'un acte d'une institution de l'Union européenne.

Dans ses décisions C(2006)832 final du 22 mars 2006, C (2007) 3230 final du 10 juillet 2007 et C (2011) 9430 final du 20 décembre 2011, la première déclarant compatibles avec le marché intérieur plusieurs régimes d'aides au cinéma et à l'audiovisuel institués par la France, la seconde approuvant la modification du mode de financement de ces régimes consécutive à la réforme de la taxe sur les services de télévision, et la troisième décidant de ne pas soulever d'objection à la prolongation de ces régimes sur la période 2012-2017, la Commission a, en examinant le mode

de financement de ces régimes par les taxes en cause, implicitement retenu que ces taxes faisaient partie intégrante de ces régimes. En effet, si ces taxes n'avaient pas fait partie de ces régimes, point n'eût été besoin de les évoquer pour apprécier la compatibilité des régimes en cause avec le traité. Dans des décisions ultérieures des 20 novembre 2013 et 7 mai 2014 (C (2013) 7890 final et C(2014) 2628 final), la Commission a expressément affirmé que la taxe sur les services de télévision faisait partie intégrante des régimes d'aides au cinéma et à l'audiovisuel français. Depuis une décision du 8 novembre 2017 (C (2017) 7510 final), la Commission estime en revanche que, si dans le passé ces taxes ont été regardées comme faisant partie intégrante de ces régimes, l'examen des courbes du produit des taxes et du montant global des aides distribuées par le CNC ne permet plus, « à l'heure actuelle », de constater une corrélation directe et que ces taxes ne font « plus » partie intégrante des régimes d'aide en cause.

Vous êtes ici saisis de litiges afférents à la taxe sur les vidéogrammes acquittée au titre des années 2008 à 2011. Il est dès lors exact que, si vous reteniez l'absence de lien d'affectation contraignant, vous vous écarteriez de l'analyse qu'avait alors implicitement, dans ses décisions de 2006, 2007 et 2011, portée la Commission sur ce lien. Les requérantes en déduisent que porter une appréciation autonome et divergente sur l'existence d'un tel lien remettrait en cause la validité de ces décisions alors, d'une part, qu'aucune exception d'invalidité ne vous est présentée et, d'autre part, que seule la CJUE serait compétente pour constater une telle invalidité.

Mais en écartant (de manière non motivée) l'irrecevabilité soulevée à l'encontre de vos questions préjudicielles par l'Italie, laquelle invoquait notamment l'écran que constitueraient les décisions de la Commission en l'absence de recours en annulation et de remise en cause de leur validité devant le juge national, et en vous renvoyant l'examen du bien-fondé de votre prémisse – qui était aussi celle de la Commission – sur l'existence d'un lien d'affectation contraignant, la Cour de justice a implicitement estimé que les décisions de la Commission ne constituaient pas un obstacle à un tel examen par vous.

En effet, il convient de distinguer les configurations. Lorsque la Commission a déclaré un régime d'aides compatible après avoir pris expressément position contre l'existence d'un lien d'affectation contraignant et avoir refusé d'examiner ce mode de financement et ses incidences sur la compatibilité de la mesure, porter une appréciation différente sur l'existence d'un tel lien ne serait pas loin d'une remise en cause de la validité de la décision de compatibilité prise par cette institution. Il en va de même lorsque la Commission a déclaré un régime d'aides incompatible avec le marché pour des motifs tirés des modalités de son financement et des taxes qui l'alimentent. En revanche, lorsque la Commission a conclu à la compatibilité d'un régime d'aides avec le marché et qu'elle a, dans ce cadre, examiné les modalités de financement retenues par l'Etat membre qu'elle a estimées légales, porter une appréciation autre sur l'existence d'un lien d'affectation contraignant ne nous paraît pas remettre en cause la validité de la décision de la Commission déclarant le régime d'aides compatible.

En effet, l'examen de la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur par la Commission ne doit prendre nécessairement en considération le mode de financement de l'aide que dans l'hypothèse où ce dernier fait partie intégrante de la mesure et où, par suite, associé à ce régime, il est susceptible d'influer sur sa légalité (v. par ex. CJCE, 14 avril 2005, *AEM*, aff. C-128/03 et C-129/03 ; CJCE, 21 octobre 2003, *van Calster*, aff. C-261/01 et C-262/01). Dans les autres cas, la Commission peut s'abstenir d'évoquer les modalités par lesquelles l'autorité se procure les

ressources publiques utilisées pour financer les aides versées, dès lors que ces modalités demeurent sans incidence sur la compatibilité de l'aide elle-même avec le marché commun. Par suite, une divergence d'appréciation sur l'existence d'un lien contraignant d'affectation dans une configuration telle celle de l'espèce conduirait à regarder l'examen par la Commission des modalités de financement des régimes d'aides en cause comme superfétatoire, mais n'aurait pas d'incidence sur la validité de sa décision d'autorisation. Aussi, dès lors que la validité de la décision de la Commission ne serait pas remise en cause, ce dernier « obstacle » ne nous en paraît pas un.

Puisque rien ne s'y oppose et qu'au contraire, l'arrêt du 20 septembre 2018 vous y invite, il vous faut donc examiner de manière plus approfondie si les taxes sur les billets de cinéma, sur les vidéogrammes et sur les services de télévision faisaient, au cours de la période en litige, partie intégrante des régimes de soutien au cinéma et à l'audiovisuel autorisés par la décision du 22 mars 2006.

Il résulte d'une jurisprudence constante de la CJUE que les taxes n'entrent pas, en principe, dans le champ d'application des dispositions du traité concernant les aides d'Etat. Il n'en va autrement, par exception, que lorsqu'elles constituent le mode de financement d'une mesure d'aide et font partie intégrante de cette mesure. Pour que l'on puisse considérer une taxe, ou une partie d'une taxe, comme faisant partie intégrante d'une mesure, il doit nécessairement exister un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide en vertu de la réglementation nationale pertinente (v. par ex. CJCE, 13 janvier 2005, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, aff. C-174/02 ; CJCE, 13 janvier 2005, *Pape*, aff. C-175/02 ; CJCE, 27 octobre 2005, *Distribution Casino France SAS et autres*, aff. C-266/04 e. a.). Quand existe un tel lien, la notification de la mesure d'aide doit alors également porter sur le mode de financement de celle-ci afin que la Commission puisse procéder à son examen sur la base d'une information complète (v. par ex., outre les arrêts précités, CJCE, 14 avril 2005, *AEM SpA et autre*, aff. C-128/03 et C-129/03 ou CJCE, 22 décembre 2008, *Société Régie Networks*, aff. C- 333/07).

Pour caractériser l'existence d'un tel lien, deux conditions distinctes et cumulatives doivent être satisfaites (sur ce point précis du caractère cumulatif, v. notamment Trib., 16 octobre 2013, *Société TF1 c/ Commission*, aff. T-275/11 ; Trib., 11 juillet 2014, *DTS Distribuidora de Televisión Digital c/ Commission*, aff. T-533/10 ; confirmé par CJUE, 10 novembre 2016, *DTS Distribuidora de Televisión Digital*, aff. 449/14 P), manifestant une exigence de réciprocité dans la relation. D'une part, il doit nécessairement exister une disposition contraignante de droit national imposant l'affectation de la taxe au financement de l'aide : en l'absence d'une telle disposition, une taxe ne peut pas être considérée comme affectée à une mesure d'aide. D'autre part, le produit de la taxe doit « influencer directement l'importance de l'aide ». Ces deux conditions ne se confondent pas : ainsi que le relevait l'avocat général Y. Bot dans ses conclusions sur l'affaire *DTS*, « au-delà des dispositions de droit national imposant cette affectation, l'État membre peut disposer d'une certaine marge d'appréciation dans l'affectation de ses recettes ou mettre en place un mécanisme d'ajustement rompant le lien d'affectation étroit prévu par la législation nationale », et « il est donc nécessaire de déterminer au cas par cas si, sur la base de la législation nationale et de l'application pratique de celle-ci, les recettes fiscales en cause sont effectivement et spécialement destinées au financement de l'aide, et ce contrairement au principe de l'universalité des recettes fiscales. » Ainsi, le lien entre la mesure et la taxe doit être examiné « au cas par cas sur la base des termes des réglementations concernées,

de leur économie, de leur application pratique et du contexte économique dans lesquelles sont appliquées » (concl. de L. A. Heelgoed sur l'arrêt Pape).

La première condition, tenant à l'affectation du produit de la taxe à l'aide en vertu d'une disposition contraignante de droit national, n'est pas remplie lorsque les autorités compétentes disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer l'affectation des recettes issues du produit de la taxe et les flécher vers des mesures autres qu'une aide (v. par ex. CJCE, 13 janvier 2005, *Pape*, préc. ou CJCE, 27 octobre 2005, *Distribution Casino France SA*, préc., sur la taxe d'aide au commerce et à l'artisanat). En l'absence d'un lien contraignant dans la réglementation nationale, le seul fait que la taxe serve, entre autres, au financement de l'aide ne signifie pas que son produit soit nécessairement affecté à celle-ci, dès lors qu'il peut être réparti entre différentes affectations à l'appréciation discrétionnaire des autorités compétentes (Trib., 16 octobre 2013, *Société TFI c/ Commission*, préc.). Cette liberté d'utilisation fait d'ailleurs aussi obstacle à ce que la seconde condition soit satisfaite. Toutefois, la seule circonstance que la taxe soit affectée par la réglementation nationale à un organisme gérant le régime d'aide, et non directement à ces aides, ne fait pas obstacle à la satisfaction de la première condition d'affectation lorsque la taxe est uniquement perçue en vue de financer ces aides et que l'organe de direction de l'établissement n'a pas le pouvoir d'affecter les fonds disponibles à des fins autres (CJCE, 22 décembre 2008, *Société Régie Networks*, aff. C- 333/07). En particulier, lorsqu'un organisme a pour seule mission de gérer un régime d'aides et d'octroyer ces aides, et que les recettes de ce fonds sont quasi-uniquement constituées du produit de la taxe, toute aide accordée au moyen du fonds est alors fatalement financée par la taxe (même arrêt).

Quant à la seconde condition, tenant à ce que le produit de la taxe influence directement le montant de l'aide, elle fait défaut non seulement lorsque l'organe chargé de l'octroi des aides dispose du pouvoir d'affecter le produit de la taxe à des mesures autres que ces aides, mais aussi lorsque le montant des aides octroyées est déterminé uniquement en fonction de critères sans rapport avec les recettes fiscales affectées.

Ainsi, lorsque le montant de l'aide est arrêté, à l'intérieur d'une fourchette définie par la réglementation nationale indépendamment du produit de la taxe, par une commission locale en fonction de la situation personnelle de chaque demandeur, notamment de l'état de ses ressources et de ses charges, le montant de l'aide accordée ne dépend pas du produit de la taxe et l'existence d'un lien contraignant fait défaut (CJCE, 27 octobre 2005, *Distribution Casino France SAS et autres*, préc.). Toutefois, la seule existence de critères objectifs de fixation des aides individuellement versées n'exclut pas nécessairement l'existence d'un tel lien. Ainsi, lorsque le montant des aides est fixé par l'organe compétent selon un barème, mais que ce barème est déterminé chaque année en fonction du montant prévisionnel des recettes de la taxe, le produit de la taxe peut influencer directement le montant de l'aide (CJCE, 22 décembre 2008, *Société Régie Networks*, aff. C- 333/0). Il faut en outre tenir compte du contexte factuel et de la pratique. Ainsi, lorsque la réglementation nationale dispose que les aides sont attribuées par l'organe gérant le régime dans la limite des fonds disponibles, que ces fonds disponibles sont constituées essentiellement du produit de la taxe, les autres ressources étant marginales, et que si certaines aides sont plafonnées et calculées en fonction de critères d'examen propres, la fixation de leur montant s'opère en pratique systématiquement sous ces plafonds en raison de la faiblesse du produit de la taxe, le montant des aides est concrètement directement lié à ce produit et le produit de cette taxe influence donc l'importance des aides (même arrêt).

Par ailleurs, lorsque le montant de l'aide est fixé de manière à couvrir les coûts nets d'un organisme chargé de l'accomplissement d'une mission de service public, qu'en cas d'excédent de plus de 10% du produit de la taxe sur ces coûts, l'excédent est réattribué soit à un fonds de réserve (qui ne pourra être utilisé qu'avec l'autorisation expresse du ministère) soit au trésor public, que le montant total des recettes de l'organisme est plafonné en valeur absolue, tout excédent à cette limite étant également directement réattribué au budget général, et qu'enfin, en cas d'insuffisance des recettes pour couvrir ces coûts, l'État est tenu de combler l'écart par des contributions issues du budget général, le produit des mesures fiscales en cause n'exerce aucune influence directe sur l'importance de l'aide accordée (CJUE, 10 novembre 2016, *DTS Distribuidora de Televisión Digital*, préc.). En effet, eu égard à ces mécanismes de comblement et d'écêtement, ni l'octroi de l'aide ni le montant de celle-ci ne dépendent, que ce soit à la hausse ou à la baisse, du produit de la taxe.

De même, dans votre avis *Société Praxair* (CE, Section, 22 juillet 2015, n° 388853, p. 255), vous avez fondé l'absence de lien d'affectation contraignant entre la contribution au service public de l'électricité et l'obligation d'achat d'électricité d'origine éolienne notamment sur le double constat que le montant de cette aide ne dépendait pas, en vertu de la réglementation applicable, du produit de la CSPE, et que ce produit dont l'évolution était en outre plafonnée ne suffisait pas à couvrir toutes les charges de service public en cause.

Enfin, si la Cour de justice a rappelé dans son arrêt du 20 septembre 2018, reprenant sur ce point l'arrêt *Pape*, que l'existence d'un lien d'affectation contraignant peut exister lorsque le produit est intégralement et exclusivement affecté à l'octroi d'aides, même de types différents, cette affirmation ne nous semble valoir que pour autant que ces aides de types différents relèvent d'un même régime ou, à défaut d'identité du régime, que pour chacun des régimes d'aides en cause, les deux critères soient également satisfaits. Cela nous paraît supposer notamment que le fléchage d'une fraction de la taxe vers l'un ou l'autre type d'aide ne soit pas purement discrétionnaire.

Les taxes sur les billets de cinéma, sur les vidéogrammes et sur les éditeurs et distributeurs de services de télévision, dont il est constant qu'elles doivent être approchées de manière globale, faisaient-elles, au cours de la période en litige s'étendant de 2008 à 2011, partie intégrante des régimes de soutien au cinéma et à l'audiovisuel gérés par le CNC, autorisés par la décision du 22 mars 2006 ?

La seule circonstance que la logique ayant présidé à la création de ces taxes procède de la recherche d'une contribution au financement de la filière du cinéma et de l'audiovisuel des différents acteurs retirant un bénéfice de la diffusion des contenus produits par ces filières ne saurait suffire : ce que vous devez rechercher est l'existence d'une affectation par une disposition de droit contraignante et si le produit des taxes influence directement le montant de ces aides.

Jusqu'au 31 décembre 2008, le produit de ces taxes abondait le compte d'affectation spéciale du Trésor « Cinéma, audiovisuel et expression radiophonique locale », créé et régi par l'article 50 de la loi de finances pour 2006. Cette disposition affectait la totalité du produit de la taxe sur les billets de cinéma et une fraction des taxes sur les vidéogrammes et sur les services de télévision aux recettes de la première section de ce compte, intitulée « Industries cinématographiques », et les fractions restantes du produit de ces deux taxes à la deuxième section « Industries

audiovisuelles » de ce compte, l'une et l'autre sections ayant pour seules dépenses « les subventions au Centre national de la cinématographie ». Des décrets¹ régissaient l'utilisation de ces subventions par la CNC et les destinaient au soutien financier, sous la forme d'aides automatiques ou sélectives octroyées dans des conditions que ces décrets détaillaient, des industries cinématographique, vidéographique et audiovisuelle. Par suite, en 2008, le produit de ces taxes était affecté, en vertu d'une disposition contraignante, au financement des régimes d'aides en cause. Toutefois, ce seul constat ne suffit pas à en déduire automatiquement l'existence d'un lien d'affectation contraignant en 2008 : il faut encore que le produit de la taxe influence directement le montant de l'aide. Nous y reviendrons.

A compter de 2009, la situation s'est présentée en des termes juridiques différents. En effet, la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009 a supprimé ce compte d'affectation spéciale et lui a substitué une affectation directe du produit de ces taxes au CNC. Ce produit alimente désormais le budget du CNC, servant à financer l'ensemble de ses dépenses exposées dans le cadre des missions qui lui sont assignées par la loi. Le Centre étant un établissement public, il arrête son budget de manière autonome.

Etait-on toutefois dans une situation comparable au précédent *Société Régie Networks*, dans lequel la taxe était uniquement perçue en vue de financer les aides en cause et où l'organe compétent n'avait pas le pouvoir d'affecter les fonds disponibles à des fins autres que ces aides ? La réponse nous paraît négative.

Les ressources fiscales constituant près de 95% des ressources de l'établissement, les régimes d'aides autorisés par la décision du 22 mars 2006 sont effectivement financés par le produit des taxes en cause. La loi affectant le produit de ces taxes au CNC pourrait dès lors être regardée comme affectant de manière contraignante ces taxes au financement de ces aides à la condition que les actions du CNC se bornent à servir ces aides ou, à tout le moins, que ses autres dépenses demeurent très marginales et soient essentiellement couvertes par ses autres ressources.

Or les missions confiées au CNC par l'article L. 111-2 du code du cinéma ne se limitent pas à l'attribution d'aides financières aux domaines du cinéma et des arts et industries de l'image animée, notamment dans le cadre des régimes d'aides notifiés le 22 mars 2006. Certaines de ses autres missions, à l'instar de celles de tenues de registres, de recueil d'informations et de données, ou même de participation à la lutte contre les contrefaçons, n'impliquent pas d'importantes dépenses. Mais d'autres, telle celle de collecter, conserver, restaurer et valoriser le patrimoine cinématographique, sont en revanche potentiellement importantes consommatrices de crédits. Lors de l'élaboration de son budget, cet établissement peut décider d'affecter une partie des ressources issues des taxes litigieuses à ces autres missions ou à ses frais de fonctionnement. En particulier, il procède depuis 2008 à un prélèvement non négligeable d'une fraction du produit de ces taxes pour financer ses frais de gestion : ce prélèvement s'est élevé à 26,4 millions d'euros en 2008, 27 millions en 2008, 32,2 millions en 2010 et 42 millions en 2011.

¹ Décret n° 98-35 du 14 janvier 1998, relatif au soutien financier de l'industrie audiovisuelle, décret n° 99-130 du 24 février 1999 relatif au soutien financier de l'industrie cinématographique, et décret n° 2003-1018 du 24 octobre 2003 relatif au soutien financier de l'industrie vidéographique,

Si au cours de la période en litige, les actions du CNC avaient, en pratique, continué à consister, pour l'essentiel, à gérer et servir les régimes d'aides litigieux, le produit des taxes litigieuses aurait peut-être pu être considéré, nonobstant le passage d'un compte d'affectation spéciale du Trésor à une affectation directe au CNC et l'absence de disposition affectant obligatoirement le produit de ces taxes au financement de ces aides par ce Centre, comme toujours affecté à ces régimes d'aides en vertu d'une disposition contraignante de droit national. Mais il n'en a rien été. Car la soudaine manne financière dont le CNC a disposé à la suite de l'augmentation du produit des taxes l'a conduit à élargir le périmètre de ses interventions et à investir dans ses missions de numérisation.

En effet, le produit de la taxe sur les services de télévision a connu une hausse forte et inattendue, dépassant les prévisions initialement indiquées à la Commission. Entre 2008 et 2011, son produit est passé de 377 à 631 millions d'euros. Cette hausse n'est pas seulement due à l'élargissement du champ d'application de cette taxe aux distributeurs, notifié à la Commission et approuvé par elle, mais à un comportement d'optimisation fiscale des opérateurs d'Internet consistant à majorer, dans le chiffre d'affaires des abonnements dits « triple play », la part des services télévisuels afin de bénéficier du taux réduit de TVA alors réservé à ces derniers. Le produit de la taxe sur les billets de cinéma a également, mais plus modestement (une vingtaine de millions), cru au cours de la période, en raison notamment d'une hausse de la fréquentation des salles.

Visiblement submergé par cet afflux inattendu, dépassant largement ses dépenses de l'année, le CNC a, au cours de la période en litige, constitué d'importantes réserves. Or s'il résulte de l'arrêt du 20 septembre 2018 que la mise en réserve d'une partie des recettes d'une taxe ne rompt pas le lien d'affectation entre cette taxe et un régime d'aides lorsque cette mise en réserves s'apparente à un simple report dans le temps du financement des aides, il en va autrement lorsque ces réserves sont employées à des fins autres que le financement de mesures présentant toutes les caractéristiques d'une aide.

En l'espèce, la quasi-totalité de ses excédents de recettes – de l'ordre de 80 à 90 % de ceux-ci, selon une communication au Sénat de la Cour des comptes d'août 2012 consacré à la gestion et au financement du CNC – ont été affectés par le CNC à trois réserves facultatives, la « réserve pour projet immobilier » destinée à des achats immobiliers ou à des travaux et abondée des crédits non utilisés sur le budget de gestion de l'établissement (qui semble lui-même provenir du prélèvement sur les recettes fiscales), la « réserve de solidarité pluriannuelle » destinée à surmonter les aléas d'un exercice pour le financement des aides autorisées et alimentée par une partie des crédits non engagés et des excédents de recettes fiscales, mais aussi une « réserve numérique » destinée à financer les dépenses exposées dans le cadre du « plan numérique » et abondée notamment des crédits du fonds de soutien non employés par ailleurs.

Or d'une part, ce plan constitue un nouveau régime d'aides, entièrement distinct des régimes de soutien précédemment autorisés, poursuivant des finalités propres et relevant de la mission de conservation et valorisation du patrimoine cinématographique confiée au CNC par l'article L. 111-2 du code du cinéma. Il a été notifié le 8 août 2011 à la Commission, qui l'a considérée compatible avec le marché intérieur par une décision du 21 mars 2012 (C(2012) 1743 final). D'autre part, le CNC a discrétionnairement décidé, chaque année, tant l'affectation d'une fraction des excédents de recettes de l'exercice à ce plan que la part de ces excédents qu'il affectait à cette finalité plutôt qu'au financement d'aides futures dans le cadre des régimes « classiques » de

soutien financier au secteur du cinéma et de la production audiovisuelle. La réserve numérique a ainsi été alimentée à hauteur de 7,5 millions d'euros en 2008 (soit du temps même du compte d'affectation spéciale), 53,3 millions d'euros en 2009, 154 millions d'euros en 2010, et 39,3 millions d'euros en 2011. Dans le même temps, la réserve pluriannuelle n'était abondée qu'au titre de 2009, pour 12 millions d'euros, et de 2010, à hauteur de 21,1 millions d'euros. Dans ces conditions, quand bien même les sommes versées dans le cadre du plan de numérisation présentent elles aussi les caractéristiques d'une aide, la répartition et l'affectation discrétionnaires d'une fraction des excédents de recettes du CNC à ce plan numérique nous paraissent avoir fait obstacle à ce que le produit des taxes litigieuses, ou une partie déterminée de celui-ci, soit regardé comme affecté de manière contraignante en vertu du droit national au financement des régimes d'aides notifiés le 22 mars 2006. Or seuls ces régimes importent, dès lors qu'il s'agit d'apprécier si et dans quelle mesure une nouvelle autorisation de ces régimes était nécessaire compte tenu de l'augmentation du produit de ces taxes.

Par ailleurs, l'incapacité du CNC à absorber et utiliser l'intégralité de ses ressources fiscales que manifestaient tant ces mises en réserves que l'existence d'une trésorerie considérable ont attiré l'attention de l'Etat et aiguisé ses appétits. Si, au cours de la période en litige, les taxes affectées au CNC n'ont fait l'objet d'un prélèvement au profit de l'Etat que d'un montant de 20 millions d'euros, en application de l'article 35 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, cette dérivation partielle d'une fraction du produit de ces taxes vers le budget général est devenue une pratique récurrente. Ainsi, l'article 46 de la loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 a fixé, au titre de cette année, un plafond en valeur absolue du produit de taxe sur les services de télévision pouvant bénéficier au CNC et prévu le reversement au budget général de tout excédent sur ce plafond. Il en est résulté un reversement à l'Etat d'un montant de 50 millions d'euros. En 2013, 150 millions d'euros ont été prélevés au profit du budget de l'Etat sur le fonds de roulement du CNC, lequel paraît résulter notamment des excédents de taxes dégagés lors de la période en litige et thésaurisés. Certes, cette faculté de prélèvement existe à chaque loi de finance : le Parlement souverain peut toujours remettre en cause l'affectation d'une taxe à un établissement public, tout comme il peut décider de plafonner le montant d'une telle taxe ou d'en prélever une partie. Tant que cette faculté demeure théorique, sa seule existence ne saurait suffire à exclure l'existence d'un lien d'affectation contraignant. Mais dès lors qu'elle devient récurrente, elle conduit à le remettre en cause, ainsi que l'a relevé la Commission dans sa lettre du 8 novembre 2017.

L'ensemble de ces pratiques de mise en réserves par le CNC, d'affectation discrétionnaire à d'autres actions, et de prélèvements par l'Etat s'est traduit, au cours de la période en litige, par une déconnexion entre l'évolution du produit des taxes et du montant des aides : tandis que le premier s'est accru de 57% entre 2007 et 2011 (46% en neutralisant les changements de méthode), les aides versés ont certes progressé, mais de 23%.

En outre, tant l'octroi que la fixation du montant des aides versées au titre des régimes d'aides concernés, résultant au cours des années en litige des règles d'attribution de ces soutiens financiers et les modalités de leur calcul fixées par des décrets et des arrêtés ministériels, ne dépendent pas indissolublement du produit des taxes affectées au CNC. Certes, le budget du CNC est arrêté en tenant compte des prévisions des recettes fiscales. On pourrait ainsi arguer de ce que, si le montant de chaque aide individuelle est arrêté en considération de règles, posées par la réglementation, indépendantes du produit total des taxes, ce dernier joue, en fait, un rôle dans le

nombre de projets pouvant bénéficier d'un soutien sélectif et qu'un produit de taxe plus important permet au CNC de retenir plus d'attributaires. C'est certain. Mais outre que ce lien n'est que de fait, force est de constater que l'enveloppe des soutiens sélectifs n'a pas « saturé » l'utilisation de ce produit ni même seulement augmenté à proportion du produit des taxes. Quant aux soutiens automatiques, si ceux de ces soutiens destinés à la production cinématographique sont calculés pour un producteur agréé par application d'un taux au produit de la taxe sur les billets d'entrée perçue pour la représentation de ses œuvres, il ne s'agit pas d'un lien général avec l'évolution du produit de cette taxe. Les aides automatiques n'ont ainsi pas cru au cours de la période en litige : elles ont diminué ou stagné. Or ces règles d'octroi et de fixation du montant des aides étaient déjà telles en 2008.

Dans ces conditions, au cours de la période en litige (2008 inclus), il nous semble que le produit des taxes ne pouvait être regardé comme influant directement sur le montant des aides. Cela étant, l'augmentation de plus de 20% du produit des taxes invoquées par les requérantes étant en tout état de cause postérieure à 2008, le moyen soulevé ne concerne en réalité pas la taxe de cette année, plus délicate d'appréciation.

Au final, si l'augmentation du produit des taxes s'est donc accompagnée d'une augmentation de celle du montant des aides accordées dans le cadre du régime notifié en 2006, c'est donc non seulement dans une mesure très moindre, mais sans aucun automatisme, aucun lien nécessaire ni aucune corrélation mathématique.

Certes, les considérations qui précèdent sont un mélange de droit et de fait. Mais vous vous trouvez face à un cas très particulier dans lequel, tant que le produit des taxes répondait approximativement aux besoins effectivement rencontrés par le CNC dans le cadre de la mise en œuvre des régimes de soutien au cinéma et à la production audiovisuelle, ces taxes et ces soutiens progressaient de concert, et tout présentait l'apparence d'une connexion. Le fondement juridique de cette connexion était toutefois ténu : une fois le produit des taxes déconnecté de ce besoin, et le CNC ayant par ailleurs développé de nouveaux domaines d'intervention, il s'est révélé que cette connexion était de fait plus que de droit, et que les conditions strictes de caractérisation d'un lien d'affectation contraignant n'étaient plus remplies et ne l'avaient sans doute jamais complètement été. Or le principe est que des taxes ne font pas partie d'un régime d'aides, et leur intégration à un tel régime, l'exception.

Par suite, les conditions de caractérisation d'un lien d'affectation contraignant n'étant pas satisfaites au cours des années en litige, le ministre est fondé à soutenir que les taxes en cause ne faisaient, contrairement au sentiment le plus répandu, pas partie intégrante des régimes d'aides autorisés par la décision du 22 mars 2006 et n'entraient, dès lors, pas dans le champ d'application des stipulations du traité sur les régimes d'aides et des règlements pris pour leur application. Par suite, le moyen tiré de ce que la taxe sur les vidéogrammes collectée au cours de cette période aurait été prélevée en méconnaissance du droit de l'Union européenne, faute pour la France d'avoir procédé à une nouvelle notification de ces régimes à la suite de l'augmentation de leur budget, était inopérant. Vous substituerez ce motif, de pur droit, à celui retenu par les juges du fond et tiré de ce que la seule augmentation spontanée du montant des sommes collectées, qui ne résulte pas d'une modification du régime des taxes affectées au financement d'une aide, ne saurait justifier une nouvelle notification du régime d'aide, et ne pourriez également qu'écarter les

moyens critiquant ces motifs sous l'angle de l'erreur de droit dans le maniement des règles de la preuve.

L'ensemble des développements qui précèdent nous paraît devoir également appeler une même réponse, par substitution de motifs, aux moyens tirés de ce que les juges du fond auraient entaché leurs arrêts de dénaturation et d'erreur de droit, d'une part, en jugeant que le produit de la taxe sur les ventes de vidéogrammes n'avait pas été utilisé pour financer un régime d'aide non notifié à la Commission européenne, alors que des sommes issues de ce produit avaient été mises en réserve afin de financer la prolongation du régime d'aide au cinéma et à l'audiovisuel avant que la Commission n'autorise cette prolongation par une décision du 20 décembre 2011, et d'autre part, en en retenant qu'aucune aide destinée au plan de numérisation des films n'avait été versée aux opérateurs concernés par le CNC avant l'approbation de ce régime d'aide par la Commission par une décision du 21 mars 2012. En effet, sur le premier point, nous venons de vous inviter à juger que la taxe en cause ne faisait pas partie intégrante de ce régime. Et sur le second, les développements qui précèdent nous paraîraient conduire à retenir un traitement identique – l'absence de lien d'affectation contraignant – pour le plan numérique : une fraction des taxes a certes été utilisée pour son financement, mais semble-t-il discrétionnairement. Cela étant, si vous souhaitez sur ce dernier point demeurer prudents, compte tenu de l'absence d'examen approfondi de cette affectation, vous pourrez écarter le moyen au fond par un tout état de cause.

Si vous ne suivez pas notre analyse sur l'absence de lien d'affectation contraignant entre les taxes et les aides notifiées le 22 mars 2006, vous devrez en revanche annuler les arrêts attaqués, la cour ayant commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 4 du règlement et la notion de modification d'une aide existante.

Par ces motifs, nous concluons au rejet des pourvois.