L'EFFET D'AUBAINE FACE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Laurent Richer

Dans le débat public la dénonciation des effets d'aubaine est un véritable leitmotiv sous-tendu par la sensibilité égalitariste. Pourtant, le droit n'appréhende pas directement l'effet d'aubaine en tant qu'attente à l'égalité. Cela ne signifie pas indifférence juridique à ce type d'effet. L'effet d'aubaine est un indice d'une malfaçon de la loi, de l'inefficacité de la règle de droit, ce qui peut inciter le juge à le neutraliser en dépit de l'absence d'illégalité *per se*.

La dénonciation des effets d'aubaine est un leitmotiv du discours politique, comme en témoigne le nombre étonnant de questions parlementaires adressées au gouvernement à ce sujet[1].

La notion est aussi apparue à plusieurs reprises dans les critiques adressées aux concessions autoroutières. Compte tenu du retentissement de ce débat sur les autoroutes et de la position institutionnelle des intervenants, il semble intéressant pour introduire à l'objet « effet d'aubaine », sous forme de constat de sa présence, de se référer à ce corpus autoroutier.

L'Autorité de régulation des transports[2] a identifié d'abord des effets d'aubaine résultant d'une mauvaise répartition des risques entre État et concessionnaires :

« Transférer au délégataire le risque lié aux décisions de l'État n'apporte aucune incitation à l'efficacité. Cela peut en revanche créer des effets d'aubaine, lorsque l'action de l'État se matérialise par un gain pour le délégataire ».

Elle constate aussi que :

« La baisse progressive de l'impôt sur les sociétés entre 2018 et 2022 s'est traduite par un gain cumulé de 15 milliards d'euros jusqu'à la fin des concessions pour les concessionnaires d'autoroutes. Cela s'apparente à un effet d'aubaine que l'on n'observe pas dans d'autres secteurs ».

L'Inspection générale des finances signale, quant à elle, deux effets d'aubaine.

Le premier est celui d'une rémunération déraisonnable[3]

Le second est celui d'un gain de refinancement :

« Sur les nouvelles concessions, l'État a anticipé et bordé les principaux risques et aubaines : d'une part, il impose un levier maximal pour limiter le risque de faillite qui l'amènerait à devoir payer pour la continuité du service public ; d'autre part, il capte la majeure partie de l'effet d'aubaine lié au refinancement après *ramp up* (ou en cas de baisse des taux) »[4].

Du côté de la Commission d'enquête du Sénat sur les Concessions autoroutières un effet d'aubaine est relevé :

« [La Cour des Comptes considère] que certaines opérations déjà prévues par les cahiers des charges des concessions ont été intégrées dans le montant des investissements donnant lieu à de nouvelles compensations et que celles-ci reposent au surplus sur des hypothèses économiques trop favorables aux SCA. Elle avait déjà dénoncé cet « effet d'aubaine » en 2013 à propos du Paquet vert autoroutier »[5].

Ces textes attestent de la présence de l'effet d'aubaine, ils montrent que l'effet d'aubaine est toujours, par nature, condamnable. Ceci étant, il apparaît aussi que la notion d'effet d'aubaine n'est pas toujours utilisée dans le même sens, que la condamnation prononcée ne repose pas sur des motifs juridiques et que les moyens pour neutraliser légalement l'effet d'aubaine ne sont pas toujours proposés.

NOTIONS D'EFFET D'AUBAINE

On pourrait voir dans l'expression effet d'aubaine un synonyme d'aubaine. L'aubaine peut être définie comme *windfall* en anglais : « *Windfalls—loosely defined here as any shock to an individual's or household's financial status stemming from*

lottery winnings, inheritances, tax refunds, dividends, government payouts, or any similar, non-primary source of "normal income" »[6]. Il y aurait alors effet d'aubaine lorsqu'une mesure publique procure un tel gain inespéré[7].

Mais lorsqu'elle est employée dans le cadre de l'examen des politiques publique l'expression « effet d'aubaine » a un sens plus restreint, ce qui ne veut pas forcément dire que la précision est toujours au rendez-vous.

L'effet d'aubaine stricto sensu (effet d'aubaine des économistes)

Stricto sensu l'effet d'aubaine relève de l'analyse économique des politiques publiques d'aides (subventions, dépenses fiscales). Il s'agit d'évaluer l'efficacité de telles politiques en vérifiant leur caractère incitatif : si des opérateurs qui se seraient engagés, de leur propre chef, dans l'activité que les pouvoirs publics veulent encourager bénéficient de l'avantage, la mesure produit pour eux un effet d'aubaine, elle est inutile, et, pourrait-on dire, dénuée de cause. L'aubaine bénéficie alors à des « réalisations » « opportunistes » de « *free riders* »[8].

Dans les textes cités en introduction l'effet d'aubaine mentionné par la Commission d'enquête du Sénat sur les concessions autoroutières relève de cette catégorie : les investissements auraient dû être faits sans la prolongation.

Les questions parlementaires, la jurisprudence, les études économiques font apparaître de nombreux exemples, dont on retrouvera certains plus loin : un médecin qui était déjà décidé à s'installer dans une zone de revitalisation rurale bénéficie de l'exonération fiscale, la gratuité non ciblée des musées fait que « les mêmes personnes profitent de l'occasion pour aller plusieurs fois dans les mêmes musées et les effets de curiosité et d'aubaine ne stimulent pas une nouvelle pratique culturelle pérenne»[9], des personnes qui pratiquaient déjà le covoiturage sont éligibles à une aide visant à l'encourager, des entreprises qui étaient décidées à embaucher bénéficient d'une aide à la création d'emplois ou des particuliers déjà engagé dans un projet d'acquisition de logement peuvent percevoir une aide. Tous sont des *free-riders*.

L'identification et la mesure des effets d'aubaine est assez aléatoire. Elle suppose des enquêtes et des calculs économiques parfois complexes.

En général, la remise en cause de ces effets repose sur des constats imprécis, « l'effet d'aubaine est une réalité très difficile à quantifier »[10].

Ce n'est que dans des cas exceptionnels que des évaluations scientifiques peuvent être réalisées.

Ainsi pour les aides à l'accès à la propriété il a pu être montré que « 85 % des bénéficiaires de la période étudiée auraient tout de même choisi de déménager pour devenir propriétaires en l'absence du prêt à taux zéro… »[11].

Ce fut aussi le cas pour les contrats de travail aidés grâce à une « expérience quasi-naturelle ».

En effet, en 2017, l'État a décidé une réduction importante du nombre de contrats aidés, de sorte que « après juin 2017, les structures pour lesquelles l'effet d'aubaine est faible auront beaucoup de mal à renouveler leur effectif, dans la mesure où c'est réellement l'existence du dispositif qui leur permet d'envisager ces emplois »[12].

À partir de là une enquête a été menée avec pour résultat que « l'effet d'aubaine des contrats aidés est estimé à 26 % dans le secteur non marchand, et à 61 % dans le marchand. Autrement dit, sur 100 contrats aidés créés, 26 l'auraient été même en l'absence de la subvention dans le secteur non marchand, et 61 dans le secteur marchand ».

Sur la base de tels constats, il est possible d'adapter les dispositifs pour neutraliser les effets d'aubaine.

Mais on est généralement loin d'une telle rationalité.

L'effet d'aubaine lato sensu (effet multiplicateur de l'avantage public)

Dans le débat public la notion d'effet d'aubaine est, dans la majorité des cas, utilisée dans un sens plus large que celui qui vient d'être évoqué.

En ce sens large il y a effet d'aubaine lorsqu'une intervention publique procure un gain anormal. Cet effet d'aubaine ne se confond pas avec l'aubaine du langage commun, qui a été mentionnée ci-dessus. Il en diffère sur deux points : le gain résulte non d'un événement inespéré, mais d'une mesure publique et son anormalité ne tient pas -ou pas nécessairement - à ce que ce gain vient s'ajouter à un revenu habituel.

L'effet d'aubaine désigne un enrichissement qualifié d'anormal, qui est l'effet d'une mesure publique. On s'en doute : c'est sur cette base que se fondent la majorité des dénonciations de l'effet d'aubaine.

Dans les textes cités en introduction presque tous les exemples relèvent de cette catégorie.

On peut en ajouter d'autres : la défiscalisation des énergies renouvelables outre-mer est considérée comme créant des effets d'aubaine parce qu'elle a un coût excessif pour les finances publiques[13], justification d'une loi de validation parce qu'elle tend à éviter l'effet d'aubaine que procurerait aux intéressés une issue favorable de contentieux en cours[14], le déplafonnement des reversements des producteurs à EDF est décidé pour éviter l'effet d'aubaine résultant de la hausse des prix[15], etc...

Pour identifier ce type d'effet d'aubaine la difficulté porte sur la détermination du seuil d'anormalité.

Parfois, on se place du côté de la dépense : le gain est anormal parce que le coût pour l'État est trop élevé (ex. : les aides aux énergies renouvelables). Trop élevé par rapport à quoi ? On l'ignore.

Dans d'autres cas il est fait référence de façon plus précise à des données économiques.

Ainsi, dans son rapport sur les autoroutes l'Inspection générale des finances se réfère à la notion de « rémunération raisonnable », qui est mentionnée dans différents textes, mais c'est pour en tirer la conclusion (justifiée) que cette notion « est trop mal définie pour être juridiquement opérante », ce qui ne doit pas empêcher de prévoir des clauses d'encadrement de la rentabilité. En d'autres termes, la question relève de la décision politique et de la négociation.

De son côté, l'ART prend pour référence le TRI, mais celui-ci a suscité de discussions interminables : quel TRI ? Quel est son montant exact ?

Nul ne s'en étonnera : il est impossible de définir *a priori* le gain anormal.

Quoi qu'il en soit, l'effet d'aubaine est considéré soit comme injuste, soit comme inopportun. Peut-il être illégal ?

ABSENCE D'ILLÉGALITE PER SE DE L'EFFET D'AUBAINE

Lorsqu'une mesure législative ou administrative produit un effet d'aubaine le bénéficiaire se trouve avantagé. S'il s'agit d'un effet d'aubaine stricto sensu il est avantagé par rapport au cercle des bénéficiaires normaux, i. e. visés par la mesure. S'il s'agit d'un effet d'aubaine l*ato sensu* il l'est par rapport aux autres citoyens. N'y-a-t-il pas, dans ces conditions, violation du principe d'égalité ?

Par ailleurs, aussi bien dans le cas d'effet d'aubaine stricto sensu que d'effet d'aubaine *lato sensu* se pose la question du bon emploi des deniers publics.

Égalité

« Définie comme une mesure accordant un avantage à une ou des entreprises, l'aide publique porte intrinsèquement atteinte au principe d'égalité »[16].
Aussi restreinte soit-elle, la place du principe d'égalité en la matière n'est, cependant, pas nulle.
L'égalité en cause est l'égalité devant les charges publiques ; elle peut être rompue parce que les avantages accordés à certains sont trop importants.

Cela a été admis à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel.

Ainsi il y a « rupture caractérisée de l'égalité des contribuables devant les charges publiques » lorsqu'un « avantage fiscal fait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu »[17]. De même des exemptions trop nombreuses peuvent créer « une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »[18].

En revanche, des dispositions qui font bénéficier de la réduction de loyer de solidarité tous les locataires d'un logement ouvrant droit à l'aide personnalisée au logement , y compris ceux ne bénéficiant pas de l'aide personnalisée au logement « n'établissent ... aucune différence de traitement et n'instituent aucun avantage injustifié, dès lors qu'elles visent à favoriser l'accès au logement de l'ensemble des personnes aux revenus modestes, qui ne se limite pas aux seuls

allocataires de l'aide personnalisée au logement»[19].

Pour le juge administratif la légalité des aides est conditionnée par leur rapport avec une différence de situation permettant de déroger au principe d'égalité. Il arrive très rarement que cette appréciation soit négative parce que l'aide n'est pas justifiée par la situation[20].

Le contrôle s'exerce de la sorte sur le ciblage de l'avantage.

L'effet d'aubaine *lato sensu* pourrait constituer une atteinte au principe d'égalité dans la mesure où une exemption ou une aide trop importante entraînerait un gain anormal. En revanche, l'effet d'aubaine stricto sensu est hors d'atteinte puisque par définition les aubainistes ne sont pas visés.

Ne pourrait-on, cependant, concevoir une extension du principe d'égalité ? Cette extension consisterait à tenir compte de la situation particulière du bénéficiaire en décidant que si, du fait de cette situation, il profite d'un avantage supérieur à celui qui est attribué aux bénéficiaires de la cible, il y a violation du principe d'égalité.

Une pareille extension n'est pas envisageable en pratique puisqu'elle supposerait de tenir compte de situations individuelles, qui sont, on l'a vu, difficiles à identifier et multiplierait de façon dramatique les cas d'illégalité.

Bon usage des deniers publics

Il y a là une question de politique publique plus que de droit. L'existence d'un effet d'aubaine révèle une mauvaise conception de la mesure attributive d'avantage. Pour éviter de telles malfaçons on insiste sur l'importance des études d'impact et évaluations préalables.

Certes, une loi ou un règlement qui produit des effets d'aubaine entraîne un mauvais usage des deniers publics, alors que « le bon usage des deniers publics constitue une exigence constitutionnelle qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789 »[21].

Mais, outre que la portée exacte de l'exigence constitutionnelle reste floue, il faudrait qu'une mesure législative ou réglementaire soit entachée d'une malfaçon vraiment exceptionnelle qui rende manifeste la production d'effets d'aubaine.

NEUTRALISATION DE L'EFFET D'AUBAINE

Quand la décision est prise de supprimer l'effet d'aubaine se posent les questions des outils juridiques à mobiliser et de la validité des mesures de neutralisation.

Trois voies sont ouvertes selon les situations. La première voie est celle de la compensation, reprendre d'une main ce qui a été donné ou pourrait être donné de l'autre ; la seconde voie est celle de la modification de la mesure génératrice d'aubaine ; la troisième voie est celle de l'interprétation neutralisante.

Compensation

Pour neutraliser *a priori* ou *a posteriori* l'effet d'aubaine il est possible d'imposer à son bénéficiaire une charge compensatoire. Si la compensation est monétaire elle a la nature d'une taxe.

C'est ce qui résulte d'un arrêt du Conseil d'État du 25 avril 2007 Société Free (287486). Le CPCE institue une redevance pour la mise à disposition de numéros d'appel téléphoniques. Un décret défini les modalités de calcul de cette « redevance », mais « les modalités de calcul ainsi retenues visent à éviter que les opérateurs, notamment ceux qui se portent acquéreurs d'un format de numérotation à six chiffres en vue d'ouvrir un service de renseignements téléphoniques, ne bénéficient d'un « effet d'aubaine » contraire à l'objectif d'utilisation optimale des ressources, énoncé par l'article 8 de la directive 2002/21/CE ; que, par suite, ce droit mis à la charge des opérateurs n'est pas une redevance correspondant à un service rendu mais a la nature d'une taxe dont l'autorité réglementaire n'a pas compétence pour fixer les taux en vertu de l'article 34 de la Constitution ».

Une loi est donc nécessaire pour taxer les effets d'aubaine.

On peut être tenté de classer dans ce type de taxation celle des plus -values résultant de la cession de terrains nus qui ont été rendus constructibles du fait de leur classement par un plan local d'urbanisme dans une zone urbaine ou dans une zone à urbaniser ouverte à l'urbanisation ou par une carte communale dans une zone constructible (art. 1529 CGI).

Cette taxe a été instituée par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (« loi Borloo ») et un auteur la qualifie de taxe sur les plus-values « tombées du ciel », ce qui évoque l'effet d'aubaine[22]. Mais pour qu'il s'agisse de la compensation d'un effet d'aubaine, il faudrait que la plus-value soit considérée comme anormale ; or, tel n'est pas le cas. Il n'est pas anormal que le classement en terrain constructible augmente la valeur du terrain et c'est en toute connaissance de cause que ce classement est décidé afin d'inciter à vendre. La lecture des travaux préparatoires sur l'amendement dont est issu l'article 1529 montre que la plus-value n'est, en rien, considérée comme devant être neutralisée, que la taxe est conçue comme un partage de plus-value.

Il en va différemment dans le cas des autoroutes. Pour compenser les effets d'aubaine, mentionnés en introduction, le gouvernement a envisagé une taxation des concessionnaires et consulté le Conseil d'État.

Le Conseil d'État a considéré que la taxation des concessionnaires d'autoroutes est possible, mais que si la taxation leur est spécifique il ne serait pas possible de neutraliser l'obligation prévue par certains contrats de compenser une augmentation des contributions spécifiques lorsque celles-ci dégradent l'équilibre économique et financier du contrat[23].

Le gouvernement demandait, cependant, si la cluse de compensation ne pouvait être neutralisée pour corriger un « effet d'aubaine » résultant des conséquences positives de l'évolution de la fiscalité générale applicable à l'ensemble des entreprises. La réponse est négative pour deux raisons.

En premier lieu,

« les évolutions de la fiscalité générale doivent être regardées non comme des « effets d'aubaine mais « comme des aléas normaux de l'exploitation ».

En second lieu,

« un motif tiré de la baisse de la fiscalité générale ne peut être utilement invoqué pour justifier la neutralisation d'une clause contractuelle relative aux seules évolutions de la fiscalité spécifique à ces sociétés ».

L'avis ne rejette donc pas la notion d'effet d'aubaine, mais il considère qu'en l'espèce il n'existe pas, faute de caractère anormal du gain.

Le gouvernement n'a pas tiré pour conséquence de cet avis qu'il ne pouvait pas taxer les concessionnaires d'autoroutes ; il a mis au point un dispositif de contournement.

La loi n° 2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024 a créé la taxe sur l'exploitation des infrastructures de transport de longue distance (articles L. 425-2 et s. CIBS). Pour ne pas lui donner un caractère spécifique la taxe vise les exploitants d'infrastructures de transport ; pour éviter le reproche de neutralisation d'un effet d'aubaine a été invoquée dans l'évaluation préalable la nécessité de « le présent article vise à mettre à contribution les exploitants d'infrastructures de transport de longue distance pour dégager des ressources afin de financer les investissements permettant de réduire les émissions de gaz à effet de serre ». Mais, comme l'a relevé un commentateur, « les critères retenus …rappellent nécessairement la situation propre aux sociétés concessionnaires d'autoroutes »[24] :

« 1° Les revenus de l'exploitation, au sens de l'article L. 425-6, encaissés au cours de l'année civile excèdent 120 millions d'euros ;

2° Le niveau moyen de rentabilité de l'exploitant, au sens de l'article L. 425-8, excède 10 % » (art. L. 425-2 CIBS).

Néanmoins, le Conseil constitutionnel, qui ne contrôle pas les motifs, a admis la constitutionnalité de la taxe[25], qui touche en pratique huit concessionnaires d'autoroutes et deux aéroports.

Modification

Plus directement, l'effet d'aubaine, une fois identifié peut-il être supprimé ? L'aubaine, on l'a vu, n'est pas illégale, mais est-elle légitime ? Telle est la question.

La question de l'atteinte à des espérances légitimes a, en effet, été posée à propos de la suppression d'un effet d'aubaine en matière fiscale.

Selon la jurisprudence, la suppression par la loi d'un avantage fiscal accordé pour une durée déterminée peut constituer

une violation de de l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[26]. En effet, il y atteinte au droit aux biens parce que l'espérance légitime d'obtenir une somme d'argent est regardée comme un bien[27].

Mais l'arrêt du Conseil d'État du 18 septembre 2023[28] décide que le bénéficiaire de l'effet d'aubaine ne saurait compter sur son maintien.

La loi du 29 décembre 2013 de finances rectificative pour 2013 réduit l'avantage fiscal attaché à l'installation d'une entreprise dans une zone franche urbaine dans le cas où cette entreprise ne réalise qu'une partie de son activité dans la zone : seul le revenu provenant des activités exercées dans la zone bénéficie de l'avantage.

Le Conseil d'État constate que « la loi du 29 décembre 2013 précitée a eu pour objet de corriger l'inadéquation entre, d'une part, le critère retenu pour déterminer la fraction de bénéfice exonérée en application de l'article 44 octies A du code général des impôts lorsque le contribuable n'exerce pas l'ensemble de ses activités dans une zone franche urbaine, qui induisait des effets d'aubaine ».

Il s'agit clairement de lutter contre un effet d'aubaine *stricto sens*u : le but de l'avantage fiscal est d'inciter à la création d'emplois, si l'entreprise crée des emplois en dehors, l'exonération fiscale a le caractère d'une aubaine.

L'arrêt du 18 septembre 2023 en déduit que : «eu égard à la portée de la modification en cause, à ce que la contrepartie attendue de l'exonération était une localisation effective des activités dans la zone et à la durée totale de quatorze années pendant laquelle l'exonération était, totalement ou partiellement, garantie en contrepartie de cette localisation, M. et Mme A... ne sauraient se prévaloir d'une espérance légitime ».

En ce sens, le rapporteur public, Romain Victor exposait que « il ne saurait y avoir, en principe, d'espérance légitime de bénéficier du maintien de la lettre d'un texte fiscal qui produit des effets contraires à l'intention, aussi clairement manifestée, des auteurs du texte. Autrement dit, nous plaçant en amont même du débat sur l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant la modification législative, nous considérons qu'il n'y a pas d'espérance légitime de bénéficier d'un pur effet d'aubaine, dont la correction, le moment venu, ne peut être regardée comme une surprise ou un manquement du législateur à sa parole ».

De façon analogue, a été rejeté le moyen tiré par une communauté d'agglomération de l'inconventionnalité de l'article 133 de la loi duv29 décembre 2016 au regard des stipulations de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme[29].

La disposition contestée est justifiée par un motif impérieux d'intérêt général et n'est manifestement pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, car elle a pour objet de supprimer la « malfaçon législative touchant la loi du 30 décembre 2009 ainsi qu'à l'effet d'aubaine susceptible d'en résulter, en prévenant les importantes conséquences financières qui en auraient résulté pour l'État ».

Interprétation neutralisante.

Une autre méthode de neutralisation de l'effet d'aubaine apparaît dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Il ressort d'un certain nombre d'affaires que l'effet d'aubaine peut être neutralisé par voie d'interprétation : quand il est possible de retenir des dispositions en cause une interprétation qui élimine l'effet d'aubaine, cette interprétation est retenue. C'est là une application de l'adage *Ut res magis valeat quam pereat* car l'effet d'aubaine est un signe d'inefficacité de la règle.

Dans les trois exemples qu'on va donner l'effet d'aubaine est mentionné dans les conclusions d'avocat général et non dans l'arrêt et la notion d'effet d'aubaine n'est pas toujours la même : dans le premier exemple il s'agit d'un effet d'aubaine à la limite de la fraude[30], dans le second de l'effet d'aubaine « gain anormal », dans le troisième de l'effet d'aubaine stricto sensu. Dans les trois cas la Cour retient l'interprétation qui permet de supprimer l'effet d'aubaine.

Dans la première affaire la Cour était saisie d'une question préjudicielle relative à la conciliation entre deux normes du droit de l'UE. Il s'agissait de dire si un juge saisi d'une demande d'injonction de payer européenne au titre du règlement (CE) no 1896/2006 est tenu de procéder à un contrôle de l'existence éventuelle de clauses abusives, au sens de la

directive 93/13/CEE[31].

L'avocate générale Sharpston relève qu'avec une interprétation allant dans le sens de l'indépendance des deux instruments, « on aboutirait à engendrer un effet d'aubaine, en permettant à des créanciers peu scrupuleux de contourner le régime impératif consacré par la directive 93/13, en ayant recours à la procédure simplifiée du règlement n°1896/2006. Une telle solution ne permettrait pas d'assurer le niveau élevé de protection des consommateurs visé à l'article 38 de la Charte, notamment sous l'angle de leurs intérêts économiques ». La Cour statue en ce sens.

Le second exemple de mention d'un effet d'aubaine figure dans les conclusions de l'avocate générale Kokott sur le très important arrêt du 10 septembre 2024 Google et Alphabet c/ Commission[32]. Il s'agissait de savoir si les « critères Bronner »[33] d'admission d'une exploitation abusive de position dominante par refus d'accès à un actif essentiel sont applicables dans le cas d' « auto-favoritisme » reproché à Google. L'avocate générale répond par la négative : il ne convient pas de donner aux critères Bronner une trop grande extension car « une obligation d'accès ou de fourniture imposée au titre de l'article 102 TFUE pourrait réduire, voire éliminer cette incitation tant pour l'entreprise en position dominante que pour ses concurrents. En effet, elle permettrait aux concurrents de participer aux fruits de tels investissements ou innovations de l'entreprise en position dominante sans avoir à investir eux-mêmes dans le développement d'une infrastructure concurrente. Ce comportement, également qualifié d' « effet d'aubaine » (« *free riding* »), peut donc affecter à long terme la concurrence, y compris l'intérêt des consommateurs » (pt 87 des conclusions). Dans ce sens l'arrêt juge que « lorsqu'une entreprise dominante donne accès à son infrastructure mais soumet cet accès, la fourniture de services ou la vente de produits à des conditions inéquitables, les conditions énoncées par la Cour au point 41 de l'arrêt du 26 novembre 1998, Bronner, ne s'appliquent pas » (pt 111).

Enfin, on peut citer un exemple de neutralisation par préservation de l'effet incitatif de la mesure[34].

Est en cause le marché des quotas de gaz à effet de serre. La question préjudicielle suivante portait sur le point de savoir si les directives 2003/87 et 2008/101 doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent au retrait de l'allocation à titre gratuit de quotas à un exploitant d'aéronef qui a cessé ses activités pour cause d'insolvabilité.

Pour l'avocat général Hogan, «il serait contraire à l'effet utile de la directive 2003/87, qui cherche à concilier la protection de l'environnement et le développement économique, que les quotas aviation alloués à titre gratuit soient délivrés par le service d'échange au requérant, l'administrateur judiciaire d'Air Berlin, pour la période 2018 2020, alors que cet ancien exploitant d'aéronef a cessé ses activités » (pt 95). Et l'effet utile rejoint explicitement la neutralisation de l'effet d'aubaine : « l'ensemble de la logique sous-tendant l'allocation et la délivrance de quotas à titre gratuit à Air Berlin en vertu du SEQE UE n'existe plus et ne fait que créer un effet d'aubaine pour le requérant au détriment du SEQE UE » (ibid.).

C'est en ce sens que l'arrêt statue.

Conclusion

La création d'effets d'aubaine heurte la sensibilité égalitaire ; quand leur suppression est demandée point n'est besoin de justification, l'effet d'aubaine est considéré comme injuste par nature, il doit être éliminé sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une norme juridique.

Mais le droit ne s'est pas aligné sur les mœurs : il n'existe pas de principe général d'égalité devant les avantages publics qui obligerait à supprimer les effets d'aubaine. L'effet d'aubaine est conçu tellement largement qu'il serait irréaliste de consacrer un tel principe. Il n'en demeure pas moins que l'idée de contestabilité de l'effet d'aubaine alimente la production juridique.

L'élimination ou la réduction de l'effet d'aubaine est considérée comme un objectif d'intérêt général, qui justifie les mesures de neutralisation. Mais la neutralisation n'est pas imposée au législateur ou à l'autorité administrative et il arrive qu'elle se heurte à des obstacles, contractuels par exemple.

Notes de bas de page

Y compris parfois pour dénoncer un effet d'aubaine au profit de l'État : cf. Question orale sans débat n° 1077S, 08 juin 2006 - Financement de la résorption des zones blanches de téléphonie mobile. - M. Gérard Longuet - Ministère délégué à l'Industrie. 12e Législature Sénat Question orale sans débat Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Gérard

Longuet, MeuseUMP n° 1077S Financement de la résorption des zones blanches de téléphonie mobile.

Économie générale des concessions Focus Partage des risques juillet 2023

Inspection générale des finances Le modèle économique des sociétés concessionnaires d'autoroutes, février 2021, Annexe II, p. 14

Inspection générale des finances Le modèle économique des sociétés concessionnaires d'autoroutes, février 2021, Annexe II, p. 18

Commission d'enquête du Sénat *Concessions autoroutières : des profits futurs à partager équitablement avec l'État et les usagers* - Rapport n° 709 (2019-2020), tome I, p.18.

Katherine Rodgers, Sydney A. Grissom, Lucas Hubbard, and William A. Darity Jr., « Understanding the Effects of Windfalls:. What People Do with Financial Payouts, and What It Means for Policy », Roosevelt Institute, Samuel DuBois Cook Center on Social Equity at Duke University, 2023

On parle aussi, parfois, d'effet d'aubaine dans le cas où la création de l'avantage suscite des projets sans mérite dont le seul but est de capter l'aubaine. On est ici à la frontière entre effet d'aubaine et fraude à la loi (Ex. : AN 15 e Législature Question écrite avec réponse n° 21750, 23 juil. 2019 - Environnement. - M. Julien Aubert - Ministère de la Transition écologique et solidaire : Demande de label RGE par des entreprises ne présentant pas les garanties

L.-G. Giraudet *Les instruments économiques de maîtrise de l'énergie : une évaluation multidimensionnelle*, Université Paris-Est, 2011, ⟨NNT : 2011PEST1139⟩.

Question écrite avec réponse n° 23377, 20 mai 2008 - Patrimoine culturel - Musées - Gratuité. extension. - M. Bouillon Christophe - Ministère de la Culture et de la Communication.

Le bilan des financements publics : corriger les effets d'aubaine-Rapport du 119e Congrès des notaires de France - janvier 2023/

selon L. Gobillon et D. Le Blanc, « Quelques effets économiques du prêt à taux zéro », *Économie et statistique* 2005, no 381-382, cité par Congrès des notaires, *précit*.

D. Euzenat *Estimation de l'effet d'aubaine des contrats aidés : enseignements d'une expérience quasi naturelle en France*, Dares, Juillet 2023

A. N. 13 Législature- R. M. à la Question écrite avec réponse n° 91203, 19 oct. 2010 - Outre-mer - DOM-ROM : La Réunion - Impôt sur le revenu. crédit d'impôt. dépenses liées aux économies d'énergie. perspectives. - M. Jean-Claude Fruteau - Ministère chargé de l'Outre-Mer.

Conseil constitutionnel Observations Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, Journal Officiel du 3 juillet 1998- Numéro152- Page10150

A. Sée « Aides publiques aux EnR et droit public des affaires », *JCP-A*, n° 3, 20 janvier 2025, 2018

D. Jouve, « Aides locales aux entreprises. - Notion et régime général », *JurisClasseur Collectivités territoriales* fasc. 725, 2024

Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007

Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009

Décision n° 2017-758 DC du 28 décembre 2017.

CAA Bordeaux, 11 décembre 2012, *Gourret-Houssein* , n° 11BX03130 ; CAA Bordeaux, 29 avril 2003, *Dép. des Landes* n° 99BX00418.

Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016.

J.-F. Joye « La taxation des plus-values « tombées du ciel » et la légitimité de la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme », *Droit et ville*, 2007. 111.

CE, sect. des finances, 8 juin 2023, portant sur la contribution de certaines sociétés titulaires de contrats de concession ou de contrats assimilés au financement des investissements publics.

A. Kallergis. « Concessions d'autoroutes : une taxe non spécifique ?» *Revue de droit fiscal*, 2024, n°48, étude 379. ⟨hal-04779198⟩.

Décision n° 2024-1102 QPC du 12 septembre 2024-Société Aéroports de la Côte d'Azur et autres [Taxe sur l'exploitation des infrastructures de transport de longue distance]. Pour une critique cette décision voir A. Kallergis, *art. précit*.

CE , plén. fisc., 9 mai 2012 , *Min. c/ Sté EPI* n° 308996 ; Lebon, p. 200

CE 19 novembre 2008, n° 292948, *Lebon* ; *Dr. fisc.*, 2009, n° 6 comm. 179, concl. N. Escaut, note P. Fumenier

n° 471851, RJF 12/23, n° 962, concl. R. Victor . Voir L. Ayrault « Droit fiscal européen des droits de l'homme : chronique de l'année 2023 », *Droit fiscal* n° 19, 14 mai 2024, 263

CE 19 octobre 2018 *Communauté d'agglomération Chalon Val de Bourgogne*, 408171

Voir *supra* note 7.

CJUE 19 décembre 2019, *Bondora AS*, aff. jointes C 453/18 et C 494/18

aff. C-48/22 P

CJCE 26 novembre 1998, *Bronner*, aff. C-7/97

CJUE 20 janvier 2022 *Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG, C/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-165/20.