ASAÉ – MEDEF

Le droit des aides d'Etat hors UE

Contrôle européen des aides d'Etat, droit international et concurrence internationale

20 février 2017, Paris

Jacques Derenne
Partner, Sheppard Mullin
Professeur à l'Université de Liège et à la Brussels School of Competition

SheppardMullin

Unpacking Complexity
Unfolding Opportunity

Plan

- Tensions entre contrôle des aides d'Etats et mondialisation
  - [R&D&I]
  - Accords de libre-échange
  - Brexit ?
  - Protection des investissements : arbitrage
  - Fiscalité internationale : tax rulings

Accords de libre-échange (1) - types d'accords (aides)

- EEE : Articles 61-64 EEE, acquis communautaire, Cour AELE, Autorité de surveillance
- Type I : même texte que les articles 107 – 108 TFUE (ex.: Bosnie, Kosovo, Maroc, Tunisie, etc.) – Turquie, ancienne génération
  - renvoi à jurisprudence UE
  - obligation de créer une autorité nationale indépendante (pouvoirs d'autorisation préalable et de récupération)
  - transparence, rapports, inventaire, critères d'aides régionales faisant référence aux concepts UE, etc.
- Type II : champ d'application plus réduit (ex.: Suisse, Islande, Norvège, Serbie, Egypte, Israël, etc.)
  - mécanisme d'information des parties et de convocation de comité conjoint
- Suisse : cas spécifique (accord 72 limité, accord transport 99)
- Corée : étendue limitée aux subventions et garanties à des entreprises en difficulté ; obligations de plan de restructuration

Accords de libre-échange (2) Principes généraux

- *DCFTA* (*Deep and Comprehensive Free Trade Agreement,* Ukraine)
- *FTA* (Vietnam, Corée)
- *CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement,* Canada)
- Suisse (bilatéral puis transport)
- Certain degré de contrôle des aides d'Etat
- Contrôle interne par chaque partie (*self-enforcement*)
- Comité conjoint
- Arbitrage (différentes formes)
  - Mise en place d'un groupe spécial d'arbitrage (arbitres indépendants, parfois d'autres pays que les parties)
- CETA et Vietnam FTA
  - mécanisme permanent multilatéral de règlement de conflits
  - la Commission inclut ces dispositions dans ses négociations relatives aux nouveaux traités d'investissements

SheppardMullin

Accords de libre-échange (3) – UE-Suisse

- *Swissair*, *Crossair, Swiss*
  - 2001, avant entrée en vigueur de l'accord transport de 1999 au 1er juin 2002
- *Cantons* : décision Commission, 13 février 2007, sur les régimes d'imposition des sociétés
  - Constitution fédérale de 1998 : « *Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* » [56,5% de la charge fiscale en Suisse]
  - exonération impôt cantonal et municipal des profits réalisés à l'étranger en faveur de sociétés d'administration, holding et sociétés mixtes (services centraux et centres de coordination et de distribution de multinationales établis notamment à Zoug et Schwyz)
  - aide d'État incompatible avec accord de 1972
  - plainte, comité mixte sans solution, discussions OCDE en vue d'une modification des régimes fiscaux en question
  - 14 octobre 2014, déclaration commune UE/Suisse sur la fiscalité des entreprises
    - abolition suisse de certains régimes fiscaux existants et adoption de mesures conformes aux normes internationales (lutte contre l'«Erosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices», *BEPS* (*Base Erosion and Profit Shifting*) et Code de conduite UE)
    - abolition par Etats membres d'éventuelles contre-mesures
  - suppression prévue en 2015 par la *réforme de l'imposition des entreprises III (RIE III)* mais compensée par la *patent box*... (rejet par referendum le 12 février 2017)

SheppardMullin

Accords de libre-échange (4) – UE-Suisse

- *Patent Box* : avantage fiscal
  - imposition préférentielle des revenus des brevets et d'autres droits comparables liés à la R&D effectuée en Suisse et possibilité pour les cantons de relever les déductions R&D
  - projet RIE III prévoit la suppression des privilèges fiscaux remplacée par des mesures d'incitation à l'innovation (approche OCDE «nexus modifiée» - revenu éligible déterminé par le niveau de dépenses de R&D réellement à la charge de l'entreprise et pertinent dans le territoire concerné) et une compensation financière des cantons
  - 12 février 2017 : rejet à 59,1 % de la proposition (votation populaire) – donc maintien de la situation litigieuse par rapport à l'accord de 1972 – au Conseil fédéral pour la suite à donner…
  - enquête de la Commission européenne ? OCDE (BEPS) ?
- *Carpostal* : jugement du 23 septembre 2016, trib. comm. Lyon (n° 2014J357)
  - concurrence sur le marché du transport des voyageurs dans l'Isère
  - plaintes par des opérateurs français à l'encontre de subventions croisées alléguées de La Poste suisse vers ses filiales françaises CarPostal France SAS et CarPostal Interurbain SAS (concurrence déloyale dans la soumission à des appels d'offres)
    - [comparer : *prés. trib. comm. Bruxelles, 1995, Breda / Manoir et CJUE, 11 juillet 1996, SFEI, C-39/94*]
  - violation article 23 (iiii) de l'accord de 1972 – 10,6 m € en dommages et intérêts
  - appel en cours – application de l'accord aux services ?

SheppardMullin

Brexit ? (TF50. Task-force "article 50") – Impacts en général (1)

Union européenne	Royaume-Uni

• Perte du "contributeur pragmatique"
  • "bon élève"
  • approche économique plus fine
  • "bonnes aides"
  • pro-concurrence (restructuration, crise d'octobre 2008, etc.)
  • *risk finance*, autres lignes directices
	• *UK devolution* nécessite un contrôle interne (discipline européenne sert de cet outil de contrôle)
	• Mais R.-U. €8 mds v UE €101 mds et *per capita* €90 (GER-FR-BEL: €170-€240)
	  • facile *trade off internal market vs UK discipline*
	• Aversion des "mauvaises aides" : communauté d'intérêt avec discipline européenne

Période d'incertitude, report d'investissements (localisation) Période transitoire (questions suivantes à régler notamment) : • Affaires en cours devant Commission et TUE / CJUE ? • Droits du R.-U sur aides mises en œuvre pre-Brexit ? • Pouvoirs de la Commission pour faire appliquer, post-Brexit, décisions et arrêts pre-Brexit ? • Obligations du R.-U, post-Brexit, vis-à-vis de ses obligations en vertu de décisions pre-Brexit ?	
• Influence du Brexit sur la future "politique" des aides (révision 2019) ?	
• Langue anglaise ?	
• Cadre uniforme, outil de "désarmement multilatéral"	
• Risque de décentralisation (suites RGEC) – les 10% restantes sont les plus sensibles…	

SheppardMullin

Brexit ? (TF50. Task-force "article 50") - (2)

Pre-Brexit	*Hard* Brexit	*Soft* Brexit
• aucun changement, juridiquement • Nissan deal ? Déclarations président Junker	• plus obligations UE du R.-U. • OMC • mais droit des entreprises anglaises d'invoquer le droit UE des aides d'Etat dans l'UE	• devrait requérir quelque forme de contrôle d'aide (*dans l'intérêt du R.-U. en fait*) • contrôle supranational très improbable
• Commission • contrôle *ex ante*	• pas de contrôle *ex ante*	• EEE ? Cour AELE et Autorité de Surveillance ? Improbable ! • pas d'effet direct – pas d'effet obligatoire du renvoi préjudiciel
• Tribunal – Cour- juge national • effet direct • effet rétroactif • effet obligatoire du renvoi préjudiciel - uniformisation • palette complète de remèdes	• étendue du contrôle moins large (export-import, biens) • mise en œuvre faible • pas d'effet direct (via Etats) • *Dispute Settlement Body* sans effet rétroactif	• AELE ? UE-Suisse ? • Accords européens (loi nationale avec autorité nationale indépendante) • Ex. UE-Ukraine - contrôle R.-U pas moins contrôle Turquie ou Ukraine" ?

	• remèdes limités
	  • ordre de cessation
	  • *countervailing duties*
		• régime *sui generis* ?
		• selon accès marché intérieur ?
		• arbitrage type CETA (avec dispositions "aides" en plus) ?

SheppardMullin

Brexit ? (TF50. Task-force "article 50")

Intérêts pour le R.-U. d'un contrôle des aides dans le cadre d'un accord bilatéral (3)

- *UK devolution*
  - éviter surenchères aux subventions *intra* R.-U.
- Obligation correspondante pesant sur l'Union
- Protection juridictionnelle des entreprises du R.-U. devant les juridictions des Etats membres
- Aides anglaises conformes à l'accord seront moins facilement contestables en vertu des règles OMC (en pratique)
- En tant que membre EEA ou AELE, le R.-U. pourrait continuer à influence la politique européenne des aides
  - Autorité de surveillance, interventions CJUE, etc.
  - même dans un accord européen type Ukraine, droit d'être consulté

Arbitrage – quelques principes

- Obligation d'ordre public d'appliquer le droit de la concurrence (*Eco Swiss c. Benetton*, C-126/97)
- Droit international et droit européen : tensions
- Primauté du droit européen
- Mais article 351 TFUE
- Arbitrage par définition confidentiel
  - mais publication sentences dans certains domaines
- Risques de non prise en compte du droit européen
  - mais intervention Commission (*amicus curiae*)

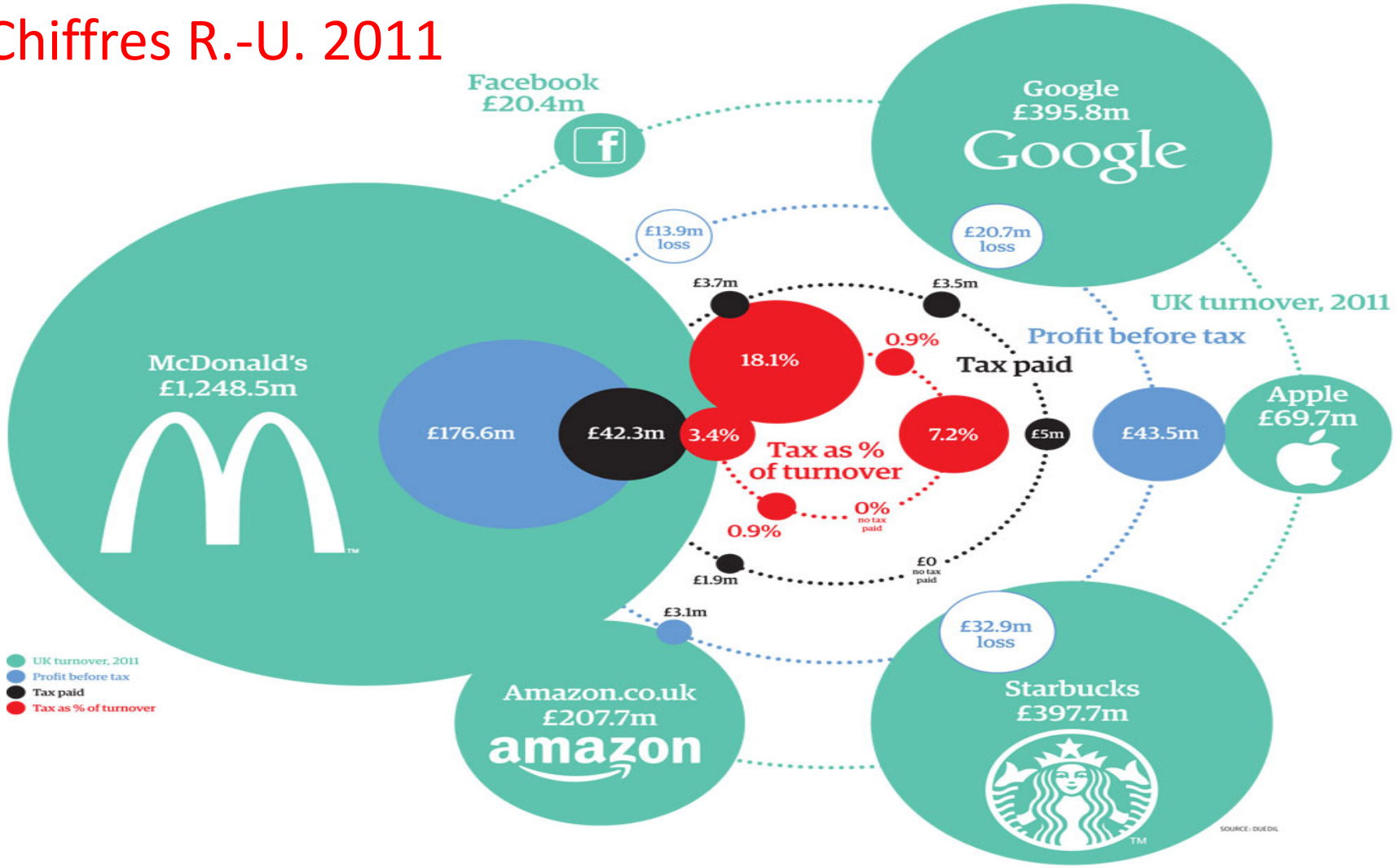
Arbitrage – T-624/15, *European Foods e.a.*; T-694/15, T-704/15, *Micula e.a. c. Commission* (1)

- 2013 - tribunal arbitral CIRDI (ICSID)
  - violation par la Roumanie de l'Accord bilatéral de protection des investissements (ABI) Suède-Roumanie (*traitement juste et équitable - TJE*)
  - octroi de dommages et intérêts
- 2015 – décisions de la Commission (SA.38517)
  - suspension de la décision d'exécution de la sentence – 26 mai 2014
  - déclaration d'aide illégale et incompatible – 30 mars 2015, corr. 24 juillet 2015
  - interventions multiples de la Commission en *amicus curiae* (arbitrage, juridictions saisies dans le monde de l'exécution de la sentence)
- Faits
  - 1974-1975 : signature, entrée en vigueur convention CIRDI pour la Roumanie
  - 1998 : régime d'incitations aux investissements (EGO 24) pour 10 ans
  - 1999 – 2002 : investissements en Roumanie sur la base d'EGO 24
  - 2002 – 2003 : signature et entrée en vigueur du ABI Suède-Roumanie
  - 2005 : retrait prématuré des incitations EGO 24(violation TJE et obligation ABI)
  - 2005 : demande d'arbitrage et début de la procédure d'arbitrage
  - 2007 : adhésion de la Roumanie à l'UE

Arbitrage – T-624/15, *European Foods e.a.*; T-694/15, T-704/15, *Micula e.a. c. Commission* (2)

- Commission
  - cinq procédures d'infraction en juin 2015 (ABI intra-UE)
  - exécution de la condamnation aux dommages et intérêts est une aide
- Micula
  - qualification erronée de l'exécution de la sentence arbitrale d'aide, conduisant à l'exercice des compétences en matière d'aides d'Etat pour la période avant l'adhésion de la Roumanie
  - avantage ?
    - dédommagement d'un préjudice n'est pas une aide (*Asteris* 106 à 120/87)
    - imputabilité à la Roumanie ? Sentence CIRDI exécutoire directement
  - article 351 TFUE et principes généraux du droit
    - obligations de la Roumanie découlant de l'ABI pour la période traité EM (Suède) / pays tiers (Roumanie) prime tout effet post-adhésion des règles de l'UE sur les aides d'État.
    - obligation de la Roumanie envers tous les signataires de CIRDI qui ne sont pas des EM, de se conformer à la sentence arbitrale.
- Affaire ABI "intra-UE" ? Voir CJUE, *Achmea,* C-284/16

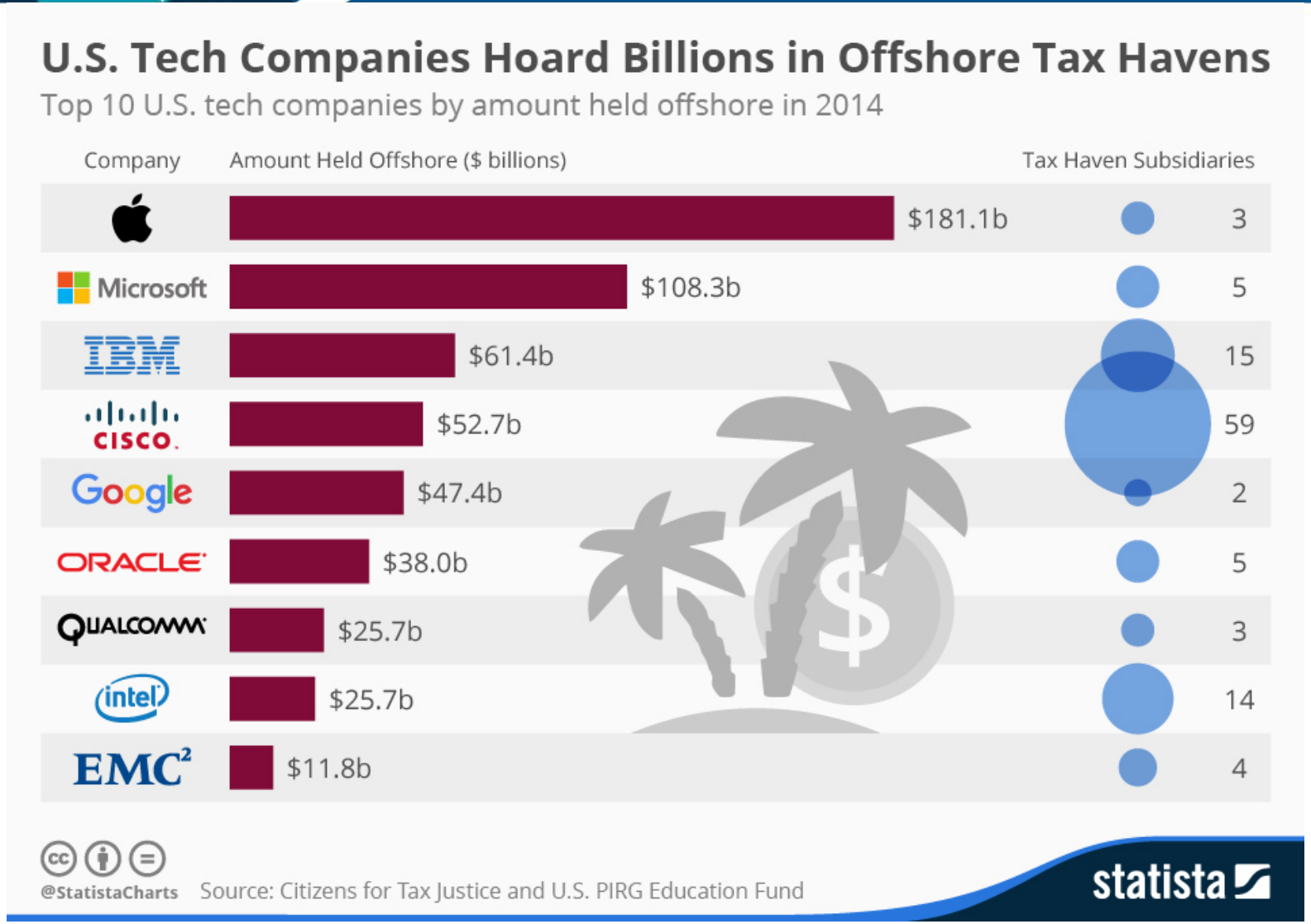
Chiffres R.-U. 2011



Source: the data centre of The Guardian

SheppardMullin

Fiscalité internationale – Rescrits fiscaux (tax rulings)



SheppardMullin

Fiscalité internationale – Rescrits fiscaux (tax rulings)

Royaume-Uni

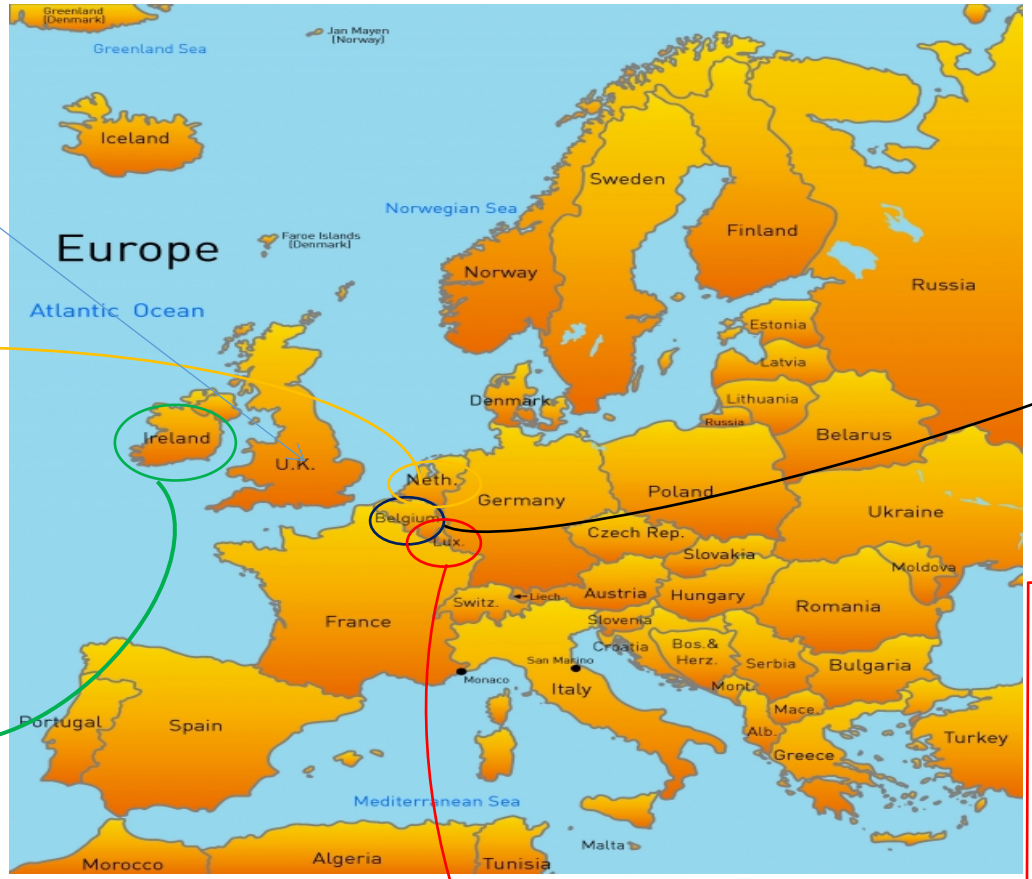
Gibraltar corporate tax regime:
- **1.10.2016** : launch of formal investigation

Netherlands

- **21.10.2015:** Negative decision of the Commission
- **13.12.2015:** Challenged by the Netherlands (T-760/15)
- **5.9.2016**: Challenged by Starbucks and Starbucks Manufacturing Emea (T-636/16)

Ireland

- **11.06.2015:** Launch of formal investigation
- **30.08.2016**: Negative decision of the Commission
- **9.11.2016** : Challenged by Ireland (T-778/16)
- **19/12/2016**: Challenged by Apple Sales International and Apple Operations Europe (T-892/16)



Belgium

"ONLY IN BELGIUM"

- **11.01.2016:** Negative decision of the Commission
- **22.3.2016**: Challenged by Belgium (T-131/16) (interim relief rejected: order of 21 July 2016, T-131/16 R) and numerous beneficiaries

- **21.10.2015:** Negative decision of the Commission
- **29.12.2015:** Challenged by Fiat (T-755/15)
- **30.12.2015:** Challenged by Luxembourg (T-759/15)

- **7.4.2014:** Launch of formal investigation
- Pending investigation

Luxembourg

- **3.12.2015:** Launch of formal investigation
- Pending investigation

- **19.9.2016** – Launch of formal investigation - pending

SheppardMullin

Fiscalité – Sélectivité

- Avantage & sélectivité : comparaisons de natures différentes
  - Avantage : "conditions normales de marché" (pas autres entreprises)
    - comparer ce qu'un Etat fait avec ce qu'il aurait dû faire idéalement
  - Sélectivité : traitement réel réservé par l'Etat membre aux autres entreprises, dans une situation comparable en fait et en droit
    - comparer ce qu'un Etat fait avec ce qu'il fait "normalement / habituellement"
- Avantage peut être non sélectif si appliqué à tous dans même situation
  - *MOL (C-15/14 P) & Lübeck* (C-524/14 P), *World Duty Free, Santander* (C-20/15 P et C-21/15 P)
  - *DMT,* C-256/97, point 28
  - *A contrario - Umicore* (C 76/2003 et décision du 26 mai 2010, JOUE (2011) L 122/76)
  - Analyse concomitante mais séparée (*Bovins, C-270/15 P*)
- Cadre de référence du *système d'imposition "normal"*
  - *standalone companies* comparables aux multinationales (*transfer pricing*) ?
  - Glissement de la comparaison par la Commission
    - traitement effectif des bénéficiaires vs modèle idéal reflétant la "réalité économique" (modèle idéal inspiré du principe de "pleine concurrence" - § 172 communication sur la notion d'aide)

Fiscalité – tensions droit international / droit européen

Type d'argumentation à débattre devant TUE :

- compétence de la Commission ?
  - art. 4 et 5 TUE et autonomie fiscale des États membres
    - conception par la Commission de la portée et de l'étendue géographique de la compétence fiscale des États membres vs conception des États membres en vertu du droit international
  - aides d'État
    - interventions des États qui confèrent un avantage sélectif
    - résoudre les problèmes d'incohérences entre les régimes fiscaux au niveau global ?

Jacques Derenne
Partner, *avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris*
Global Co-Practice Group Leader - Antitrust & Competition
Professeur, Université de Liège et Brussels School of Competition
Tel: + 32 2 290 79 05
jderenne@sheppardmullin.com

SheppardMullin
Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP

Brussels
IT Tower
Avenue Louise 480
1050 Brussels
Belgium

T: +32 (0)2 290 7900