

L'équilibre entre interventionnisme fiscal et neutralité sur le marché intérieur : Une chimère ?

*Analyse de l'affaire dite des « excess profit rulings » à la lumière de l'article 107 du TFUE, et
synthèse des instruments de lutte en matière d'aides fiscales et de concurrence fiscale
dommageable.*

Mémoire réalisé par
Othman Nadiri

Promoteur(s)
Paul Nihoul et Edoardo Traversa

Année académique 2015-2016
Master en droit de l'entreprise

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt



PLAGIAT ET ERREUR MÉTHODOLOGIQUE GRAVE

Le plagiat entraîne l'application des articles 107 à 114 du Règlement général des études et des examens de l'Université.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation, quelle qu'en soit l'ampleur, le cas échéant par le biais d'une traduction, des idées ou énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées, de même que l'utilisation de représentations graphiques d'un tiers, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement au sein de la prestation réalisée par l'étudiant.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source mentionnée.

S'il y a eu plagiat, l'étudiant peut se voir infliger une sanction disciplinaire, en fonction de la gravité des faits. Toute constatation de tricherie et de plagiat opérée par le jury est communiquée au vice-recteur aux affaires étudiantes par le président du jury.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

PRÉLUDE

Dans le contexte européen de la dissolution des frontières, de la poursuite d'une intégration à tous les étages, de l'adoption des prodigieuses libertés de circulation et de l'achèvement du marché intérieur, les entreprises ont méticuleusement étudié les régimes fiscaux en vigueur au sein des divers Etats membres. Elles sont finalement arrivées au constat de leur hétérogénéité, de leur disparité, c'est-à-dire de la possibilité d'en exploiter les failles par l'élaboration de stratégies de planification fiscale sans cesse plus complexes afin de réduire leur charge fiscale. L'intense débat de la légitimité ou de l'agressivité de leur ingéniosité ne nous retiendra toutefois pas ici. En revanche, nous nous intéresserons à la méthode à laquelle les pouvoirs publics souverains recourent eux-mêmes pour séduire et attirer incidemment ces clients inavoués du politique et, ce, de manière à accroître leurs propres recettes fiscales. Ou, en d'autres termes, comment ces derniers créent volontairement des opportunités fiscales, ou du moins accentuent les disparités qui motivent la circulation des contribuables. Chaque Etat est, en effet, amené à orienter le comportement de ses sujets de droit, notamment par l'adoption d'instruments légaux dans le cadre de la poursuite des politiques publiques¹. Une des méthodes d'intervention utilisée par la machine étatique consiste à soutenir de diverses façons certaines entreprises ou certains secteurs de production afin d'orienter leurs comportements sur le marché².

Si l'intervention de l'Etat vis-à-vis d'une entreprise, ou d'un ensemble d'entreprises actives au sein d'un secteur déterminé, peut être bénéfique dans la mesure où elle permet de remédier à une défaillance ou contribuer au développement d'un marché, elle peut au contraire fausser ou restreindre la concurrence sur ce marché³. Par conséquent, la politique de concurrence s'applique également aux comportements des Etats, en marge du contrôle des comportements des entreprises via le contrôle des concentrations, des accords entre elles et des abus de position dominante⁴. Conscients de cette propension naturelle des Etats à vouloir protéger et promouvoir certains acteurs ou secteurs de l'industrie nationale, les rédacteurs des premiers traités européens ont prévu de consacrer à l'article 107 du TFUE⁵ une incompatibilité de principe des aides octroyées par ces derniers avec le marché intérieur.

1 P.-M. SABBADINI, *Les aides d'Etat: Aspects juridiques et économiques*, Bruxelles, Larquier, 2015, p. 13.

2 Lieu virtuel sur lequel sont échangés des biens et des services de nature diverse. Pour une analyse de la notion de marché, voy. J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organisation*, London, MIT Press, 1988, p. 12.

3 P.-M. SABBADINI, *op. cit.*, p. 14.

4 P.-M. SABBADINI, *ibidem*, p. 14.

5 Article 107 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), *J.O.C.E.*, C 326, 26 octobre 2012.

En plus de sa nocivité domestique, l'interventionnisme peut dans certaines circonstances avoir des répercussions perverses sur l'harmonie et l'équilibre communautaire, c'est-à-dire préjudicier déloyalement les Etats membres tiers. En ce sens, un avis sur la fiscalité directe et indirecte du Comité économique et social européen – organe consultatif de l'Union européenne – déplorait, il y a vingt ans déjà, l'existence d'un phénomène de *défiscalisation compétitive*, sorte de lutte que se livrent les Etats membres et dont l'objectif est d'attirer tactiquement un maximum d'opérateurs économiques dans leur propre ordre juridique afin qu'ils y paient l'impôt, quoique la logique de cette spirale veuille que les taux d'imposition soient sans cesse plus faibles⁶. Nous pourrions réduire ces observations à l'expression d'une concurrence fiscale entre Etats membres, en soi ni prohibée ni indésirable, dont l'objectif reviendrait vulgairement à monnayer la diminution globale des taux contre l'élargissement domestique de la base imposable agrégée. S'il est vrai que, du point de vue du contribuable, la concurrence fiscale demeure la garante incontestée d'un niveau de taxation équilibré, enrayant l'envolée irrationnelle des taux et sa propre étreinte financière, il n'en demeure pas moins que, derrière ces effets individuellement vertueux, un certain nombre d'effets dommageables doivent être limités et requièrent que des instruments juridiques canalisent la souveraineté fiscale des Etats membres. Ainsi, en 1997, le Conseil ECOFIN adopta le « Paquet fiscal »⁷ qui contenait, par le truchement de sa mesure relative à la fiscalité des entreprises, le Code de conduite – instrument de coopération communautaire pour la lutte contre la concurrence fiscale dommageable.

Nous ouvrirons le bal par la synthèse théorique du régime légal des aides d'Etat fiscales, destiné à protéger la concurrence entre entreprises qui, typiquement, subiraient des différences de traitement par rapport à une catégorie d'autres, au sein d'un même Etat membre (chapitre I). Nous poursuivrons sur une valse à deux temps, et commencerons par proposer une analyse de la récente décision de condamnation du régime d'exonération des bénéficiaires excédentaires (chapitre II), avant de nous livrer à l'étude de la concurrence fiscale dommageable (chapitre III).

CHAPITRE I – LES AIDES D'ÉTAT FISCALES : SYNTHÈSE THÉORIQUE

L'objectif de ce chapitre est d'offrir au lecteur les outils théoriques nécessaires à la compréhension rigoureuse du sujet. Avant d'examiner les quatre éléments constitutifs d'une aide (section II), il nous paraît essentiel de faire le détour d'un chapeau encyclopédique (section I). Nous fermerons ce

6 Comité Économique et Social, « Avis sur la fiscalité directe et indirecte » (976C 82/11), *J.O.C.E.*, C 82, 19 mars 1996, p. 54 et s.

7 Conclusions (CE) du Conseil ECOFIN du 1er décembre 1997 en matière de politique fiscale, *J.O.C.E.*, C. 98/2/01, 6 janvier 1998.

premier volet par une approche de la mise en œuvre processuelle des règles sur les aides d'Etat (section III).

Section I – Chapeau encyclopédique

Nous initierons la présente section par la genèse proprement fiscale du régime des aides d'Etat (§1). Nous aurons ensuite un bref aperçu du cadre légal général (§2), avant d'en surveiller sommairement l'effectivité directe (§3).

§1 – Historique

Ce n'est qu'à la fin des années 90', dans une perspective d'achèvement du marché intérieur, que la Commission reconnut sans équivoque que les mesures fiscales intègrent le champ d'application du régime des aides d'Etat⁸. Cette extension du contrôle n'est pas le fruit d'une évolution spontanée et harmonieuse, mais marque plutôt le terme d'une désynchronisation entre la position de la Commission et celle de la Cour de Justice de l'Union européenne qui reconnut, en 1961 déjà, l'incompatibilité d'une mesure fiscale avec le droit des aides d'Etat. Selon ses termes, « *la notion d'aide est (...) plus générale que la notion de subvention parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives (...), mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques* »⁹. Aux cours des années qui suivirent, la Cour n'en démordit pas et précisa au surplus que le caractère fiscal éventuel de la mesure litigieuse ne suffirait pas à la mettre à l'abri de l'article 107 du TFUE¹⁰.

La Commission fit des aides fiscales un objet spécifique des politiques communautaires¹¹, dont il fallait annihiler celles qui entravent ou contrarient la réalisation du marché intérieur. Notons, entre parenthèses, que cette prise de conscience fut accompagnée du souhait de lutter contre la concurrence fiscale dommageable, ce que le Groupe Monti rendit possible.

8 Voy. Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.C.E.*, C 384, 10 décembre 1998.

9 C.J.C.E., 23 février 1961 (*De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*), C-30/59, *Rec.*, p. 3 ; P.-M. SABBADINI, *op. cit.*, p. 30.

10 Voy. entre autres C.J.C.E., 2 juillet 1974 (*Italie c. Commission*), C-173/73, *Rec.*, p. 709-711 et C.J.C.E., 15 mars 1994 (*Banco de Credito Industrial SA c. Ayuntamiento de Valencia*), C-387/92, *Rec.* p. I-877.

11 E. TRAVERSA, *L'autonomie fiscale des Régions et des collectivités locales face au droit communautaire: Analyse et réflexion à la lumière des expériences belges et italiennes*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 391.

Ensuite de ce développement, il était prévisible que la Commission s'exposerait à de nombreuses critiques... Ses détracteurs lui ont reproché d'avoir, par sa pirouette opportuniste consacrant le contrôle des mesures fiscales, détourné les règles en matière d'aides d'Etat. Par la mise en place du mécanisme de notification préalable qui suspend l'adoption d'une mesure fiscale susceptible de constituer une aide, la Commission s'est en sus infiltrée dans le processus législatif propre à chacun des Etats membres, ce qui nous mène au constat qu'elle paralyse passagèrement l'exercice d'une de leurs plus intimes compétences, qu'ils tirent d'ailleurs de leur souveraineté nationale respective. Pour renforcer l'effectivité de la procédure devant elle, la Commission n'a d'ailleurs pas hésité à prescrire des sanctions aux Etats réfractaires. En précisant notre raisonnement, nous pouvons donc établir que la Commission a en quelques sortes, sans réellement se soucier du principe de légalité et du consentement à l'impôt, phagocyté l'une des prérogatives essentielles de la puissance publique¹². A sa décharge, d'aucuns préféreront inférer une absence d'exclusion du contrôle des aides fiscales du silence de l'article 107 sur cette question. Suivant cette interprétation *a contrario* du libellé à caractère général, la nature de l'aide soumise au contrôle est sans pertinence, la seule dichotomie admise étant celle distinguant les aides compatibles de celles qui ne le sont pas¹³.

§2 – Siège légal

La matière des aide d'Etat trouve ses racines aux articles 107 à 109 du TFUE. La disposition de référence, soit l'article 107, est divisée en trois paragraphes respectivement dédiés à l'énumération des éléments constitutifs d'une aide, d'une série de mesures littéralement admissibles et d'une série d'autres qui, moyennant le respect de certaines conditions, peuvent échapper au contrôle.

§3 – Effet direct ?

De jurisprudence constante, s'agissant du droit primaire dont l'effet direct est subordonné au respect de certaines conditions, la Cour de Justice continue d'affirmer, depuis plus d'un demi-siècle que « *les dispositions d'une décision du Conseil produisent un effet direct dans les relations entre les Etats membres et leurs justiciables, en ce sens qu'elles engendrent dans le chef des particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder, dès lors que ces dispositions imposent aux Etats membres une obligation inconditionnelle et suffisamment nette et précise* »¹⁴. S'il est incontesté que l'article 108 du TFUE peut être directement invoqué devant les juridictions domestiques, il semblerait que l'article 107 soit en revanche dépourvu d'effet direct¹⁵. Pareille

12 A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 234.

13 A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *ibidem*, p. 237-238.

14 C.J.C.E., 5 février 1963 (*Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*), C-26/62, *Rec.*, p. 3.

15 C.J.C.E., 19 juin 1973 (*Capolongo*), C-77/72, *Rec.*, p. 611; C.J.C.E., 22 mars 1977 (*Ianelli & Volpi SpA c. Meroni*), C-74/76, *Rec.*, p. 557.

observation s'explique, aux termes du Professeur E. Traversa, par la circonstance que la Commission se réserverait, à l'exclusion de toute autre institution, la compétence d'examiner la compatibilité d'une aide¹⁶.

Section II – Éléments constitutifs d'une aide

La notion d' « aide » délimite le champ d'application du droit des aides d'Etat. Il est essentiel de pouvoir identifier si une mesure constitue une aide dans la mesure où, si tel est le cas, une obligation de principe pèsera sur les épaules de l'Etat qui devra préalablement la notifier à la Commission et, partant, attendre son feu vert avant de la mettre en œuvre. Nous pouvons définir l'aide comme « *tout avantage sélectif que l'Etat au sens large accorde à une (ou plusieurs) entreprise(s) qui est susceptible de modifier les conditions de concurrence et d'affecter le commerce au sein de l'Union européenne* »¹⁷. Nous définissons la notion d'entreprise, en droit européen, comme entité exerçant une activité économique, c'est-à-dire toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement¹⁸. Cela signifie que les considérations tirées du droit national relatives au statut d'une entité ou au but dans lequel elle a été créée ne sont pas déterminantes.

Nous pouvons dégager, de la lecture du paragraphe premier de l'article 107 du TFUE, les quatre éléments constitutifs d'une aide. La disposition est libellée comme telle : « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Ainsi, pour établir l'existence d'une aide, fut-elle fiscale, faut-il identifier une intervention de l'autorité publique – financée avec ses ressources le cas échéant – (§2) qui, parce qu'elle génère un avantage (§1) au profit d'une ou de plusieurs personnes particulières (§3), mine la concurrence sur le marché concerné (§4). La qualification d'aide fiscale requiert que toutes ces conditions soient remplies et, ce, depuis l'adoption par la Cour de Justice de son arrêt *Altmark* en 2003¹⁹.

16 E. TRAVERSA, *op. cit.*, p. 392.

17 P.-M. SABBADINI, *op. cit.*, p. 29.

18 P.-M. SABBADINI, *ibidem*, p. 31.

19 C.J.C.E., 24 juillet 2003 (*Altmark Trans GmbH*), C-2080/00, *Rec.*, p. I-7747, §74 et s.

§1 – Octroi d'un avantage

Un avantage n'existe qu'en cas d'absence de contrepartie, et n'aurait pas été obtenu par son bénéficiaire dans des conditions normales de marché²⁰. En écho à cette allégation, la Commission européenne affirme que « *la mesure doit procurer un avantage qui allège les charges qui normalement grèvent un budget* »²¹. En matière fiscale, les avantages dont nous parlons sont des polymorphes au rang desquels figurent notamment la réduction totale ou partielle d'un montant d'impôt ou de la base imposable, ainsi que la remise d'une dette fiscale par exemple. Il est important de noter que l'avantage positif et l'avantage négatif sont, en réalité, les deux facettes d'une même pièce, et qu'à ce titre le sort d'une mesure ne variera pas selon qu'on se situe en présence de l'un ou de l'autre type d'avantage. En effet, la Cour de Justice a jadis reconnu qu'un avantage négatif rentrait également dans le champ d'application de l'article 107 du TFUE²², pour peu qu'il déroge au niveau de taxation normale dans le secteur d'activité concerné²³. Cette dérogation s'observe par comparaison entre la charge fiscale instaurée par la mesure et celle que le contribuable aurait eu à supporter en application du régime de référence²⁴.

Attention toutefois que, pour qu'une mesure soit constitutive d'une aide, il faut mais il ne suffit de prouver l'existence d'un avantage. Son corollaire, l'absence de contrepartie, est la condition *sine qua non* d'un motif légitime de contrôle par la Commission. A notre connaissance, aucune disposition de droit communautaire n'interdit à un Etat membre d'accorder un régime fiscal favorable à une ou plusieurs entreprises, étant entendu qu'il soit possible d'identifier sa contrepartie équitable²⁵. A défaut d'une telle contrepartie, c'est-à-dire toutes les fois où il existe un déséquilibre financier entre l'avantage fiscal et les charges qu'il permet de financer, la mesure est susceptible d'être qualifiée d'aide d'Etat²⁶. Enfin, s'agissant de la nature du vecteur juridique de l'avantage fiscal suspect, la Commission ratisse large et se ménage le contrôle des dispositions tant légales que réglementaires ou administratives, mais également des pratiques de l'administration fiscale²⁷.

20 A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, p. 244.

21 Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.C.E.*, C 384, 10 décembre 1998 ; Voy. également C.J.C.E., 17 juin 1999 (*Belgique c. Commission*), C-75/97, *Rec.*, p. I-3671, §23.

22 C.J.C.E., 15 mars 1994 (*Banco de Credito Industrial SA c. Ayuntamiento de Valencia*), C-387/92, *Rec.*, p. I-877, §13.

23 L. HANCHIER, T. OTTERVANGER et P. SLOT, *EC State Aids*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 248.

24 C. MICHEAU, *Droit des aides d'Etat et des subventions en fiscalité: Droit de l'Union européenne et de l'OMC*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 76.

25 A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, p. 244.

26 A. MAITROT DE LA MOTTE, *ibidem*, p. 244.

27 Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.C.E.*, C 384, 10 décembre 1998.

§2 – Financé par l'autorité publique

Une mesure n'est constitutive d'une aide que dans la mesure où, par ailleurs, les ressources utilisées pour sa mise en œuvre sont d'origine purement étatique, c'est-à-dire qu'elles émanent du gouvernement central, des autorités décentralisées, voire même d'organismes publics ou privés sur lesquels l'Etat n'exercerait qu'un contrôle indirect²⁸, sans attacher d'effet à leur nature (qu'elle soit administrative ou législative)²⁹, et sans que soient appréciées différemment les mesures octroyées au sein d'Etats centralisés et celles qui émanent d'Etats subdivisés en collectivités autonomes³⁰. Ceci illustre à quel point l'interprétation que la Cour de Justice a donnée à cette condition de financement public est large.

§3 – Au profit d'une ou plusieurs personnes particulières (sélectivité)

La condition de sélectivité, manifeste à la lecture de l'article 107, §1er du TFUE³¹, est réunie et constitutive d'une aide aussitôt que la mesure qu'elle affecte vise spécifiquement certaines entreprises ou productions³², sans être justifiée par la nature et l'économie du système dans lequel elle s'inscrit³³. Etablir la sélectivité d'une aide fiscale est de loin la tâche la plus complexe...

Eu égard à l'allotropie et la technicité sans cesse croissante de cette gamme de mesures proliférant sur tout le territoire de l'Union, il semble impossible d'en opérer le recensement exhaustif et de réfléchir à l'adoption d'une méthode unique d'identification³⁴.

La jurisprudence communautaire a mis en place un test de sélectivité en trois étapes³⁵ qui permet, « *par comparaison entre le traitement fiscal conféré par la mesure et le traitement fiscal qui aurait été appliqué selon le régime général* »³⁶, de déterminer si une mesure est sélective ou non. Il revient à commencer par déterminer un régime fiscal général de référence, avant d'identifier le caractère sélectif de l'avantage octroyé par la mesure fiscale dérogatoire au système, et enfin de vérifier qu'elle ne se justifie ni par la nature ni par l'économie du système dans lequel elle s'inscrit.

28 C.J.C.E., 22 mars 1977 (*Steinike und Weinlig c. Allemagne*), C-78/76, *Rec.*, p. 00595; C.J.C.E., 6 septembre 2006 (*Portugal c. Commission*), C-88/03, *Rec.*, p. I-7115.

29 L. HANCHIER, T. OTTERVANGER et P. SLOT, *op. cit.*, p. 249.

30 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 68.

31 « (...) *Sont incompatibles avec le marché intérieur (...) les aides (...) favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

32 A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, p. 267.

33 C.J.C.E., 2 juillet 1974 (*Italie c. Commission*), C-173/73, *Rec.*, p. 719.

34 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 91.

35 T.P.I.C.E., 18 décembre 2008 (*Government of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*), T-211/04 et T-215/04, <http://curia.europa.eu/>, § 143-144.

36 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 102.

La complexité du processus s'explique, d'autre part, par une particularité inhérente au critère : une double dichotomie de sélectivités qui obéissent chacune à des conditions d'application différentes. La sélectivité est simultanément *de jure* ou *de facto* (A) et matérielle ou géographique (B).

A. Sélectivité *de jure* ou *de facto*

La sélectivité *de jure* d'une mesure est, comme son appellation le sous-entend, déduite de la formulation du dispositif qui l'a mise en place³⁷, ce qui en rend la détection plus aisée puisque purement littérale. Pour cette raison, elle est la première forme de sélectivité que la Commission a pourchassée. Elle s'attaquait, jadis, aux aides évidentes accordées aux entreprises parmi lesquelles nous retrouvons les subsides proprement dites³⁸. La sélectivité *de facto*, en revanche, s'observe au stade de l'application qui est faite d'une mesure qui conduit, nonobstant une formulation générale et abstraite, à privilégier certaines entreprises au détriment des autres³⁹.

Habituellement, si la sélectivité *de facto* l'emporte *in concreto* sur la généralité théorique de la mesure, c'est entre autres suite au pouvoir d'appréciation discrétionnaire reconnu à un organisme public⁴⁰, ou encore à des conditions d'application très strictes qui affaiblissent considérablement les effets escomptés de la mesure litigieuse et qui la muent alors en aide d'Etat illicite⁴¹. Rappelons que la circonstance que seules certaines entreprises choisissent de bénéficier de la mesure n'est pas en soi révélatrice du caractère sélectif de la mesure⁴². La sélectivité *de facto* requiert que l'on s'assure du fait que certaines entreprises sont, au contraire, dans l'impossibilité matérielle de jouir de la mesure⁴³.

B. Sélectivité matérielle ou géographique

D'autre part, nous connaissons la sélectivité matérielle qui limite classiquement le bénéfice d'une mesure à certaines entreprises ou secteurs économiques, et la sélectivité géographique qui réserve le bénéfice d'une mesure aux entreprises actives dans une région déterminée d'un Etat membre⁴⁴.

37 C. MICHEAU, *ibidem*, p. 91.

38 D. WALBROECK, « La condition de « sélectivité de la mesure » », *Aides d'Etat*, Bruxelles, éd. U.L.B., 2005, p. 79.

39 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 91.

40 C.J.C.E., 29 juin 1999 (*DMT*), C-256/97, *Rec.*, p. I-3913.

41 H. LOPEZ, « Selectivity and consequences in tax matter », *EstAL*, 4/2010, p. 815.

42 C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 2nd éd., London, Hart, 2009, p. 43.

43 C. QUIGLEY, *ibidem*, p. 43.

44 E. TRAVERSA, *op. cit.*, p. 404.

Les caractéristiques de la sélectivité matérielle sont telles qu'elles permettent d'exclure les candidats à une aide selon « *le secteur d'activité, la taille, la forme juridique, les investissements ou l'utilisation d'un certain facteur de production* »⁴⁵.

§4 – Qui corrode la concurrence

Cette condition usuellement baptisée de la « distorsion de concurrence » ne soulève aucune controverse dans la mesure où elle sera remplie aussitôt que l'entreprise bénéficiaire de l'avantage litigieux exerce une activité qui implique des échanges intracommunautaires⁴⁶.

Lors d'un duel judiciaire opposant l'Allemagne à la Commission européenne en 1996, l'Avocat Général Georges Cosmas, s'appuyant sur les enseignements de l'Avocat Général Francesco Caportoti, a postulé l'existence d'une présomption d'affectation des échanges⁴⁷ qui procéderait automatiquement de toute immixtion exogène et sélective de la part des autorités publiques dans l'arène économique⁴⁸. Cette affirmation, entérinée par la Cour de Justice⁴⁹, trouve un écho dans la logique économique pure, et présume *in fine* que toute aide publique accordée à une entreprise fausse la concurrence, à moins qu'il n'existe des circonstances exceptionnelles qui pourraient la justifier⁵⁰.

Section III – Encadrement processuel

Le droit européen des aides d'Etat est fondé sur des règles procédurales qui s'appliquent en deux temps, selon que l'on se situe en première ou en deuxième phase⁵¹. La première phase, dite de la procédure administrative, permet à la Commission européenne de contrôler l'octroi des aides par un dialogue avec l'Etat membre concerné⁵² (§1), alors que la seconde phase, dite judiciaire, organise le contentieux des aides devant la Cour de justice de l'Union européenne⁵³ (§2).

45 M. MEROLA et L. CAPPELLETTI, « Une analyse des derniers développements en matière d'aides fiscales et de sélectivité régionale dans le cadre des tendances actuelles du contrôle des aides d'Etat », *Fiscalité européenne: Actualités et points sensibles*, Anthémis, 2009, p. 93.

46 Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.C.E.*, C 384, 10 décembre 1998.

47 Conclusions de l'Av. Gén. G. COSMAS, 24 octobre 1996 (*Allemagne c. Commission*), aff. jointes C-329/93, C-62/95 et C-63/95, *Rec.*, p. I-5177 et s.

48 Conclusions de l'Av. Gén. F. CAPORTOTI, 17 septembre 1980 (*Philip Morris c. Commission*), C-730/79, *Rec.*, p. 2671.

49 C.J.C.E., 21 juillet 2005 (*Xunta de Galicia*), C-71/04, *Rec.*, p. I-7419, § 44.

50 Conclusions de l'Av. Gén. F. CAPORTOTI, 17 septembre 1980 (*Philip Morris c. Commission*), C-730/79, *Rec.*, p. 2671.

51 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 131.

52 C. MICHEAU, *ibidem*, p. 131.

53 C. MICHEAU, *ibidem*, p. 131.

§1 – Phase administrative : De l'incompatibilité à l'illégalité d'une aide

Cette procédure, qui s'opère – si nécessaire – en deux phases que nous n'examinerons pas ici⁵⁴, prend ses racines à l'article 108, §3 du TFUE⁵⁵ qui prévoit que la Commission européenne effectue le contrôle *a priori* des aides⁵⁶. Ce contrôle, qui est suspensif de l'exécution de la mesure soumise à examen⁵⁷, permet à la Commission de vérifier sa compatibilité avec le marché intérieur dans un délai réglementé qui ne peut en principe excéder vingt mois⁵⁸. Au terme de la procédure, la Commission adopte donc une décision qui peut être soit positive, soit négative auquel cas l'aide est considérée comme incompatible et ne peut à ce titre être mise en œuvre⁵⁹. La décision peut, par ailleurs, être conditionnelle et enjoindre certaines obligations de mise en conformité de la mesure avec le marché intérieur à l'Etat membre afin d'assurer sa compatibilité. La Commission a, somme toute, le dernier mot en la matière et peut contraindre un Etat membre à adapter ou soustraire une aide de son ordre juridique.

Tempérons tout de même son omnipotence en rappelant que la loi prévoit une procédure, quoiqu'exceptionnelle et dérogatoire, qu'un Etat membre peut suivre pour faire reconnaître la compatibilité d'une aide par le Conseil statuant à l'unanimité dans un délai de trois mois.

Il existe une très nette distinction entre l'illégalité d'une aide et son incompatibilité, qui se répercute notamment au niveau de l'attribution de la compétence juridictionnelle entre les juridictions nationales et la Commission européenne. Tant pour l'examen des aides existantes⁶⁰ que pour celui des aides nouvelles, l'article 108 du TFUE désigne la Commission européenne comme compétente, étant entendu que les premières sont censées être compatibles avec le régime applicable aussi longtemps qu'elle ne s'est pas prononcée en sens contraire⁶¹. Elle peut d'ailleurs formuler des

54 Voy. C. MICHEAU, *ibidem*, p. 132 pour les développements sur l'examen préliminaire et la procédure formelle d'examen réalisés par la Commission.

55 Il dispose que “*la Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'Etat membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale*”.

56 D. GRISAY, *Introduction au droit belge de la concurrence*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 59.

57 Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité C.E., *J.O.C.E.*, L 083, 27 mars 1999, p. 1. En vertu de ce règlement, qui clarifie et consolide les règles jurisprudentielles dégagées par le juge européen, les Etats membres sont tenus de notifier en temps utile à la Commission tout projet d'octroi d'aide nouvelle.

58 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 132.

59 C. MICHEAU, *ibidem*, p. 133.

60 Les aides existantes sont toutes celles qui préexistaient au moment soit de l'adoption du Traité de Rome en 1957, soit de sa ratification par l'Etat membre concerné. D'autre part, elles regroupent également toutes celles que la Commission a déjà approuvées.

61 A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, p. 283.

recommandations à l'issue d'une enquête préliminaire, dans le cadre d'un examen continu auquel coopère l'Etat membre concerné, afin que l'aide demeure compatible avec le marché intérieur⁶². Comme nous l'avons souligné *supra*, une aide nouvelle doit systématiquement être notifiée à la Commission avant d'être mise en oeuvre, à défaut de quoi elle sera qualifiée d'illégale au sens de l'article 108, §3 du TFUE. L'incompatibilité d'une aide est donc exclusivement constatée par la Commission elle-même, à l'issue de son contrôle, alors que son illégalité (formelle) procède d'un manquement processuel et s'observe dans trois hypothèses : (1) absence de notification préalable de la mesure à la Commission ; (2) mise en œuvre de la mesure avant l'approbation de la Commission ; (3) maintien de la mesure nonobstant le rejet de la mesure par la Commission⁶³. L'illégalité de l'aide peut, contrairement à l'incompatibilité, être soulevée tant devant la Commission que devant les juridictions nationales et, ce, en vertu de l'effet direct dont jouit l'article 108, §3 du TFUE.

Pareille qualification donne lieu à l'ouverture d'une « *procédure d'enquête à l'issue de laquelle la Commission peut enjoindre l'Etat membre concerné de suspendre le versement de l'aide (injonction de suspension) ou, sous certaines conditions⁶⁴, de récupérer l'aide jusqu'à ce qu'elle ait statué sur sa compatibilité avec le marché* »⁶⁵. Aussitôt qu'une aide est déclarée illégale, la conséquence inévitable pour l'Etat membre qui l'a octroyée est de devoir en poursuivre le recouvrement conformément aux procédures du droit national. Cette obligation trouve sa *ratio* dans la nécessité tantôt de rétablir une concurrence effective⁶⁶, tantôt de donner un effet utile aux décisions prises par la Commission, et peut à ces fins être sanctionnée par l'introduction d'un recours en manquement⁶⁷.

§2 – Phase contentieuse⁶⁸

Nous ne verrons, sous ce titre, que trois des types de contrôles juridictionnels exercés.

- (1) Le recours en annulation⁶⁹ offre la possibilité pour un Etat membre de remettre en cause, devant la Cour de Justice de l'Union européenne, la décision de la Commission d'ouvrir l'examen préliminaire ou la phase formelle, ainsi que les décisions positives, négatives ou conditionnelles qu'elle pourrait rendre et, ce, dans un délai de deux mois à compter de la

62 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 133.

63 A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, p. 285.

64 Les conditions cumulatives, contenues à l'article 11, §2 du Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, nécessaires à l'adoption d'une injonction de récupération sont les suivantes: “selon une pratique établie, le caractère d'aide de la mesure concernée ne fait pas de doute; et il y a urgence à agir; et il existe un risque sérieux de préjudice substantiel et irréparable pour un concurrent”.

65 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 133.

66 Voy. Règlement (CE) n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, *J.O.C.E.*, L 083 du 27 mars 1999, p. 1

67 C.J.C.E., 12 juillet 1973 (*Commission c. Allemagne*), C-70/72, *Rec.*, p. 00813.

68 Pour une analyse plus rigoureuse, voy. E. GAMBARO, « The judicial phase », *Competition and State Aid*, Waterloo, Kluwer Law International, 2007, p. 221-262.

69 Article 263 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), *J.O.C.E.*, C 326, 26 octobre 2012.

publication de la décision, de sa notification au requérant ou, à défaut, au jour où il en a eu connaissance⁷⁰.

- (2) Le recours en manquement⁷¹ peut être formé par la Commission, devant la Cour de Justice de l'Union européenne, en cas de violation par un Etat membre de ses obligations. « Si un Etat membre ne s'est pas conformé à une décision qui lui imposait de supprimer ou modifier une aide, ou s'il n'a pas respecté une injonction de suspension ou de récupération, il peut alors faire l'objet d'un recours en manquement sans que la procédure précontentieuse de l'article 258 du TFUE soit appliquée »⁷².
- (3) Enfin, tout intéressé peut introduire un recours en indemnité contre un Etat membre devant les juridictions domestiques compétentes et, à condition de démontrer l'existence d'un préjudice subi en raison de la mise en œuvre d'une aide illégale, prétendre à des dommages et intérêts⁷³. Un tel recours trouve sa source dans la célèbre jurisprudence *Francovich*⁷⁴ qui consacre le principe de responsabilité de l'Etat pour les dommages causés dans le chef des particuliers⁷⁵.

CHAPITRE II – L'ÉTAT BELGE AU PIED DE L'ECHAFFAUD : RETOUR SUR LE SCANDALE (INACHEVÉ?) DES « EXCESS PROFIT RULINGS »

Par sa décision à peine disponible du 11 janvier 2016, la Commission européenne a littéralement jeté l'opprobre médiatique sur l'Etat belge pour avoir, en dépit de ses obligations de notification et de suspension, octroyé des aides prohibées à travers son régime d'exonération des bénéficiaires excédentaires. Il est désormais tenu de récupérer plus de 900 millions d'euros auprès des 35 sociétés appartenant à un groupe multinational qui en ont bénéficié⁷⁶. Cette affaire préoccupante mérite que nous revenions sur ses rétroactes. Avant d'examiner le régime (section II) et la décision qui le disqualifie (sections III et IV), nous replacerons l'affaire dans son contexte (section I).

70 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 134.

71 Voy. articles 258 et 259 du TFUE, combinés aux articles 108, §2 du TFUE et 12 du Règlement (CE) n° 659/1999.

72 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 135.

73 P. ROSSI-MACCANICO, « Commentary of State aid Review of Multinational Tax Regimes », *EstAL*, 2007/1, p. 27.

74 C.J.C.E., 19 novembre 1991 (*Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*), aff. jointes C-6/90 et C-9/90.

75 C. MICHEAU, *op. cit.*, p. 136.

76 S. NESBA, « La Belgique en appel sur les excess profit rulings », *L'Echo*, article paru le 4 avril 2016, consulté le 8 mai 2016, disponible à l'url suivante: <http://www.lecho.be/economie>

Section I – Mise en contexte

En février 2015, la Commission européenne publiait un communiqué de presse par lequel elle déclarait l'ouverture d'une enquête approfondie sur l'article 185, §2, b) du Code des impôts sur les revenus (ci-après « CIR92 »)⁷⁷. Pour mémoire, la disposition soumise à examen permet aux entreprises faisant partie d'un groupe de réduire considérablement l'impôt des sociétés dont elles sont redevables en Belgique et, ce, au moyen d'un dispositif de décisions anticipées délivrées par le Services des Décisions Anticipées (ci-après « SDA ») au sujet de leurs bénéfices excédentaires. En dépit du fait que notre Royaume affirmait que la disposition en cause se borne à mettre en œuvre le principe général de pleine concurrence défini par l'OCDE, la Commission craignait que les avantages réels que procure l'appartenance à un groupe soient largement surévalués (la base imposable de certaines entreprises avait été réduite de 50% à 90%, après déduction des bénéfices excédentaires). Elle rajoutait, par ailleurs, que la mesure ne pouvait se justifier par la nécessité de d'éviter une double imposition, puisque les déductions appliquées en Belgique étaient indifférentes de la volonté éventuelle d'un autre Etat de taxer les mêmes bénéficiers. Au contraire, la Commission suspectait que ces décisions anticipées réductrices d'impôts furent souvent prises en faveur d'entreprises ayant réalisé d'importants investissements en Belgique, ou y ayant carrément relocalisé une part importante de leurs activités... Ce qui la conduisit à officiellement soupçonner la Belgique d'avoir mis en place un régime d'aides d'Etat interdit par l'article 107, §1er du TFUE du fait de son incompatibilité avec le marché intérieur.

Section II – Description du régime en cause

Avant de nous attarder à l'analyse de l'article 185, §2, b) du CIR 92 (§2), nous exposerons le cadre normatif dans lequel il s'inscrit (§1).

§1 – Cadre normatif

Avant sa modification par la loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR92⁷⁸, l'article 185 du CIR92 se bornait à déterminer la base imposable des sociétés en prévoyant que ces dernières seraient imposées sur le total des bénéfices avant distribution. Cette nouvelle loi s'était intéressée à la question des transactions transfrontalières entre entités liées et appartenant au même groupe multinational, et est venue transposer le principe internationalement admis de « pleine concurrence »

77 Commission, "Aide d'Etat: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le système belge des décisions fiscales anticipées relatives aux bénéfices excédentaires", Bruxelles, 3 février 2015, disponible à l'url suivante: <http://ec.europa.eu>.

78 Loi du 21 juin 2004 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 et la loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale, *M.B.*, 9 juillet 2004.

aux fins de la fixation des prix de transfert, en rajoutant à l'article 185 un second paragraphe⁷⁹. Cette extension législative visait à rétablir l'équilibre perturbé par les prix de transfert que les sociétés liées pratiquaient (et pratiquent toujours) entre elles. Ces dernières ont, en effet, la possibilité de retirer un important bénéfice de leur appartenance au même groupe et, ce, en réalisant des livraisons de biens et prestations de services à des conditions nettement plus avantageuses que celles du marché. Cette pratique pouvant conduire au déplacement de l'assiette imposable vers la juridiction fiscale la plus avantageuse⁸⁰, elle réduit corrélativement la pression fiscale d'une entité dans son Etat d'établissement par hypothèse plus taxateur. Ainsi, pour éviter que les Etats à forte imposition ne soient davantage lésés, il parut justifié de combattre le phénomène et de limiter la propension des sociétés du même groupe à tirer profit des disparités fiscales en pratiquant des prix tronqués entre elles. A l'avenir, les prix de transfert devront prendre en considération le prix de pleine concurrence, c'est-à-dire celui qui « *serait pratiqué entre des entreprises indépendantes similaires (...) engagées dans des transactions de même nature, compte tenu des circonstances propres à chaque cas* »⁸¹.

Le législateur belge soulignait que le rattachement du principe codifié à une base juridique explicite était indispensable pour permettre les ajustements de prix de transfert requis selon des règles internationales dérogatoires au droit comptable domestique⁸². Plus spécifiquement, il motiva son choix d'implémenter le régime des bénéfices excédentaires par sa volonté d'éviter ou de supprimer une possible double imposition. Il désigna, à cet effet, le SDA comme régulateur incontournable auquel la loi du 24 décembre 2002⁸³ reconnaît le pouvoir de statuer par voie de décision anticipée

79 L'article 185, §2 du CIR92 – matériellement similaire à l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune – est libellé comme tel :

«(...) , pour deux sociétés faisant partie d'un groupe multinational de sociétés liées et en ce qui concerne leurs relations transfrontalières réciproques:

(a) lorsque les deux sociétés sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des sociétés indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des sociétés, mais n'ont pu l'être à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette société;

(b) lorsque, dans les bénéfices d'une société sont repris des bénéfices qui sont également repris dans les bénéfices d'une autre société, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par cette autre société si les conditions convenues entre les deux sociétés avaient été celles qui auraient été convenues entre des sociétés indépendantes, les bénéfices de la première société sont ajustés d'une manière appropriée.

L'alinéa 1er s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions ».

80 Circulaire, n° AAF/98-0003 du 28 juin 1999, *Bull.*, 1999, n° 796, p. 4.

81 *Ibidem*, p. 5.

82 Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 et la loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2003-2004, n° 51-1079/001.

83 Loi-programme du 24 décembre 2002 introduisant un système de décisions fiscales anticipées, *M.B.*, 31 décembre 2002, modifiée en dernier lieu par la loi du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006.

sur toute demande relative à la mise en œuvre de dispositions de droit fiscal, afin d'augmenter la sécurité juridique du contribuable⁸⁴. Ces décisions, rappelons-le, ne peuvent être accordées que dans des situations nouvelles.

§2 – Fonctionnement du régime d'exonération des bénéfices excédentaires

L'application de l'article 185, §2, b) permet aux sociétés résidentes belges faisant partie d'un groupe multinational et aux entités belges d'un groupe (établissement stables) de réduire leur base imposable en Belgique en déduisant leurs bénéfices excédentaires des bénéfices enregistrés. Lesdits bénéfices excédentaires, qui correspondent notamment aux synergies et économies d'échelle, sont calculés en référence au bénéfice moyen hypothétique qu'une entreprise indépendante comparable placée dans les mêmes circonstances pourrait réaliser, et exonérés sur accord du SDA⁸⁵. L'idée est donc d'imposer les entités belges d'un groupe uniquement sur leur bénéfice de pleine concurrence. Pour déterminer le montant de cette exonération fiscale, le contribuable doit d'abord fournir un rapport en matière de prix de transfert qui permettra de fixer les prix de pleine concurrence appliqués aux transactions entre l'entité belge – à laquelle est imputé le bénéfice résiduel qui en est tiré – et les sociétés auxquelles elle est liée⁸⁶. Précisons, ensuite, que ce bénéfice résiduel n'est pas le bénéfice de pleine concurrence de l'entité belge et, ce, dans la mesure où il peut excéder le bénéfice qu'une entreprise autonome réaliserait⁸⁷. *De facto*, les bénéfices excédentaires exonérés sont établis sur base d'un second rapport que le contribuable présente au SDA. Les méthodes de fixation des prix de transfert⁸⁸ que ces deux rapports appliquent, et au rang desquelles figurent les méthodes du prix comparable sur le marché libre (1), du coût majoré (2), du prix de revente (3), transactionnelle de la marge nette (4), transactionnelle de partage des bénéfices (5), ne seront toutefois pas examinées. Pour peu que les prix répondent au principe de pleine concurrence, le choix de la méthode pour déterminer les prix de transfert est à l'entière discrétion des multinationales.

Puisqu'une décision anticipée est nécessaire au bénéfice de l'exonération décrite, et eu égard à la circonstance qu'elle ne peut être accordée que pour des bénéfices découlant d'une situation nouvelle, l'avantage qu'un groupe pourra tirer du régime en question est invariablement subordonné à

84 Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 et la loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2003-2004, n° 51-1079/001, p. 10.

85 Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires, disponible à l'url suivante : <http://ec.europa.eu>, p. 4.

86 *Ibidem*, p. 5.

87 *Ibidem*, p. 5.

88 Décision (CE) n° SA.37667 du 3 février 2015 portant sur le système belge de décisions fiscales anticipées relatives aux bénéfices excédentaires, *J.O.C.E.*, 5 juin 2015, p. 4-5.

l'accroissement de ses activités en Belgique et proportionné à l'importance des nouveaux bénéficiaires générés dans le pays⁸⁹. En résumé, les entités belges qui ont obtenu une décision anticipée peuvent procéder chaque année à un ajustement négatif proactif de leur base imposable, en déduisant les prétendus bénéficiaires excédentaires du bénéfice réellement enregistré⁹⁰.

Section III – Motifs de la décision

Sans nous appesantir sur les observations relevées par la Belgique pour sa propre défense, nous examinerons ci-dessous les éléments qui ont conduit la Commission à assimiler le régime d'exonération contenu à l'article 185, §2, b) du CIR92 à une aide d'Etat illégale. Pour rappel, « *sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres (§2), les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat (§1) sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence (§3) en favorisant certaines entreprises ou certaines productions (§4)* »⁹¹. La qualification d'aide d'Etat, au sens de la loi, requiert que les quatre conditions y énoncées soient remplies⁹².

§1 – Intervention étatique et/ou financement public

La première condition d'existence d'une aide est doublement vérifiée en l'espèce...

1°. Tout d'abord, elle l'est en raison du fait que l'exonération des bénéficiaires excédentaires est fondée sur une norme législative fédérale (article 185, §2, b)), adoptée par le pouvoir législatif souverain – ce qui illustre l'intervention de l'autorité publique et le respect du principe de légalité fiscale –, par ailleurs implémentée par le SDA – organe de l'administration fiscale belge –. Au surplus, les décisions anticipées obligatoires étant contraignantes pour l'administration fiscale belge, nous pouvons valablement prétendre que l'exonération des bénéficiaires excédentaires est imputable à l'Etat belge.

2°. Comme nous l'enseigne une jurisprudence communautaire constante⁹³, il n'est pas nécessaire que l'autorité publique réalise un transfert positif de ressources aux destinataires d'une mesure pour que celle-ci soit qualifiée d'aide. En effet, pour constituer une aide d'Etat, il suffit que la mesure place

89 Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéficiaires excédentaires, disponible à l'url suivante : <http://ec.europa.eu>, p. 6.

90 *Ibidem*, p. 6.

91 *Ibidem*, p. 27.

92 N.B. : Quoique cette observation soit purement théorique et n'ait aucun impact en substance, nous remarquerons que les conditions d'existence d'une aide prohibée épinglées par la Commission, ou leur nomenclature du moins, diffèrent sensiblement de celles que la doctrine majoritaire édicte formellement.

93 C.J.U.E., 15 novembre 2011 (*Commission c. Gibraltar*), aff. jointes C-106/09 et C-107/09, *Rec.*, p. I-11113.

ces entreprises dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables. Tel est le cas d'une exonération fiscale *lato sensu*, de l'exonération pour bénéfices excédentaires en particulier dans la mesure où elle donne lieu à une perte de ressources d'Etat ; toute réduction d'impôt accordée aux entreprises bénéficiant du régime en cause entraîne une perte de recettes fiscales dont la Belgique aurait normalement disposé⁹⁴.

§2 – Affectant les échanges au sein de l'Union européenne

Les entreprises bénéficiaires du régime en cause étant des sociétés multinationales implantées dans divers Etats membres, il tombe sous le sens que toute aide en leur faveur serait susceptible de vicier les échanges intracommunautaires⁹⁵. Plus spécifiquement, à la lumière de nos explications sur le fonctionnement du régime mis en place, nous pouvons rejoindre la Commission sur ce point et déclarer qu'il est de nature à influencer les choix opérés par les groupes multinationaux quant à la localisation de leurs investissements au sein de l'Union européenne et donc, à affecter les échanges qui s'y déroulent⁹⁶.

§3 – Faussant ou menaçant de fausser la concurrence

Cette troisième condition est remplie aussitôt qu'une mesure octroyée par l'Etat est de nature à renforcer la position concurrentielle des bénéficiaires par rapport à d'autres entreprises concurrentes⁹⁷. Considérant que l'exonération des bénéfices excédentaires permet à ses bénéficiaires de réduire leur impôt, elle les libère d'une charge fiscale qu'elles auraient normalement dû supporter et renforce incidemment leur domination financière sur le marché⁹⁸. Par conséquent, le régime en cause fausse ou menace de fausser la concurrence.

§4 – Par l'octroi d'un avantage sélectif

Pour rappel, dans les affaires qui soulèvent des questions de fiscalité, la Cour de justice a mis en place un test tridimensionnel pour vérifier la sélectivité d'une mesure fiscale déterminée⁹⁹. Dans un premier temps, la Commission identifie le système fiscal de référence (A). Ensuite, elle vérifie si la mesure fiscale en cause lui est dérogatoire (B), avant de lui rechercher une éventuelle justification par la nature ou l'économie générale du système (C).

94 Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires, disponible à l'url suivante : <http://ec.europa.eu>, p. 28.

95 *Ibidem*, p. 28.

96 *Ibidem*, p. 28.

97 C.J.C.E., 17 septembre 1980 (*Philip Morris c. Commission*), C-730/79, *Rec.*, p. 2674.

98 Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires, disponible à l'url suivante : <http://ec.europa.eu>, p. 28.

99 C.J.U.E., 8 septembre 2011 (*Paint Graphos*), aff. jointes C-78/08 à C-80/08, <https://curia.europa.eu/>, §49.

A. Système de référence

Le système de référence à prendre en considération pour établir si l'exonération des bénéfices excédentaires a ou non un caractère sélectif est celui de l'impôt des sociétés en Belgique, dont l'objectif est d'imposer de la même manière les bénéfices de toutes les sociétés résidentes ou actives par l'intermédiaire d'un établissement stable en Belgique¹⁰⁰.

B. L'exonération des bénéfices excédentaires constitue un régime dérogatoire au système de référence

A la lumière des objectifs poursuivis par le régime en cause, la Commission a estimé qu'il dérogeait au système de référence et entraînait une inégalité de traitement entre ses propres bénéficiaires et des sociétés se trouvant dans une situation juridique et factuelle similaire. La réduction injustifiée de l'impôt normalement dû par les bénéficiaires, qu'ils auraient supporté s'ils avaient été soumis au régime de référence, constitue à la fois la dérogation au système de référence et l'avantage conféré par la mesure fiscale¹⁰¹.

Classiquement, l'impôt des sociétés en Belgique veut que les entités résidentes ou agissant par l'intermédiaire d'un établissement stable en Belgique soient taxées sur la base de leur bénéfice total, à savoir celui qu'elles ont réellement enregistré, et non en référence à un niveau hypothétique de bénéfice obtenu après estimation d'un « bénéfice de pleine concurrence ajusté » pour l'entité en question. Par conséquent, l'exonération accordée sur le fondement de l'article 185, §1er, b) du CIR92 s'écarte considérablement du système de référence¹⁰². Sans s'y attarder davantage, la Commission estime qu'elle constitue au surplus une mauvaise application du principe de pleine concurrence et, *de facto*, un écart supplémentaire par rapport au système qui le contient¹⁰³. L'article querellé constituant donc plutôt une dérogation à la règle générale, le système de référence ne prévoit aucun principe ni règle qui permette d'exonérer fiscalement le bénéfice réellement enregistré, au-delà d'un niveau hypothétique de bénéfice de pleine concurrence¹⁰⁴.

Le bénéfice de l'exonération et, par extension l'octroi d'une décision anticipée, est réservé aux sociétés engagées dans des transactions transfrontalières c'est-à-dire aux entités faisant partie d'un groupe multinational, à l'exclusion des entités autonomes ou faisant partie d'un groupe national.

100 Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires, disponible à l'url suivante : <http://ec.europa.eu>, p. 32.

101 *Ibidem*, p. 32.

102 *Ibidem*, p. 32.

103 *Ibidem*, p. 33.

104 *Ibidem*, p. 33.

Cette circonstance nous mène au constat que l'avantage économique accordé sur cette base est **sélectif de jure**. D'autre part, un contribuable n'est pas habilité à demander une décision anticipée au SDA pour couvrir les conséquences fiscales de sa situation actuelle, mais seulement pour couvrir celles qui découleraient d'une situation nouvelle au sens de la loi du 24 décembre 2002. Quoique cette dernière condition d'octroi de l'exonération n'est pas explicitement inventoriée à l'article 185, §1er, b) du CIR92, la nécessité d'une situation nouvelle demeure essentielle au bénéfice d'une décision anticipée (condition obligatoire) ; c'est un peu comme si le serpent se mordait la queue. Cette boucle étrange engendre *de iure* une sélectivité entre les groupes multinationaux qui revoient leur stratégie en ouvrant de nouvelles activités en Belgique et tous les autres opérateurs économiques (y compris les groupes similaires) qui continuent de suivre un modèle commercial identique en Belgique¹⁰⁵. Enfin, le régime en cause exonère le bénéficiaire qui résulte prétendument des synergies et économies d'échelle issues de leur appartenance à un groupe multinational. Or, pour prétendre à des bénéfices aussi significatifs, il faut appartenir à un groupe relativement étendu pouvant – plus facilement qu'un petit groupe – répondre à toutes les exigences contraignantes du SDA¹⁰⁶. En pratique, les synergies et économies d'échelle invoquées dans les demandes de décision anticipée imposent que l'envergure des activités soit suffisamment importante pour justifier la demande d'une décision anticipée¹⁰⁷. *In fine*, le régime en cause est aussi **sélectif de facto**.

*« En conclusion, étant donné que le régime en cause permet uniquement aux entités belges faisant partie d'un groupe multinational suffisamment important qui met en place de nouvelles activités en Belgique de réduire leur base imposable en déduisant de leur bénéfice réellement enregistré le bénéfice dit excédentaire, il convient de considérer ce régime comme procurant un avantage sélectif à ces entités aux fins de l'article 107, §1er du TFUE »*¹⁰⁸.

C. Absence de justification par la nature et l'économie générale du système

Nonobstant le caractère dérogatoire d'une mesure par rapport au système de référence, cette dernière peut échapper à la qualification de « sélective » à condition d'être justifiée par la nature et l'économie générale du système. Tel est le cas lorsqu'elle résulte directement des principes fondateurs ou directeurs intrinsèques du système de référence¹⁰⁹.

105 *Ibidem*, p. 35.

106 *Ibidem*, p. 36.

107 *Ibidem*, p. 36.

108 *Ibidem*, p. 36.

109 C.J.U.E., 8 septembre 2011 (*Paint Graphos*), aff. jointes C-78/08 à C-80/08, <https://curia.europa.eu/>, §69.

Pour rappel, sans réellement le démontrer, la Belgique justifiait l'existence du régime en cause par la nécessité de limiter une double imposition potentielle. A défaut d'être réelle, en outre, la double imposition que la Belgique entendait combattre était simplement potentielle... Ce qui prive la mesure d'une justification s'appuyant sur la nature et l'économie générale du système.

Mais encore, l'absence d'obligation de prouver que les mêmes bénéficiaires sont inclus dans la base imposable des deux entreprises associées, sous-entendu l'une en Belgique et l'autre à l'étranger, et le fait que l'exonération unilatérale soit accordée à l'avance sont autant d'éléments qui nous empêche de considérer que l'exonération des bénéficiaires excédentaires répond à des situations de double imposition de façon nécessaire et proportionnée¹¹⁰.

« Pour les raisons précitées, la Commission conclut que le régime en cause confère un avantage sélectif aux entités belges faisant partie d'un groupe multinational en appliquant un ajustement négatif unilatéral à leur base imposable, étant donné que cet ajustement conduit à une baisse de leur impôt exigible en Belgique par rapport aux impôts que ces entreprises auraient dû payer en vertu du système de droit commun d'imposition des bénéficiaires des sociétés en application du régime de l'impôt sur le revenu des sociétés en Belgique »¹¹¹.

Section IV – Dispositif de la décision

Tous ces développements ont implacablement mené la Commission à conclure que le régime d'exonération des bénéficiaires excédentaires, imputable à l'Etat belge, constitue une aide d'Etat au sens de l'article 107, §1 du TFUE. En effet, il accorde un avantage sélectif – financé par les ressources publiques – à ses bénéficiaires ainsi qu'aux groupes multinationaux auxquels ils appartiennent. De plus, cet avantage, en plus d'être susceptible d'affecter les échanges intracommunautaires, fausse ou menace de fausser la concurrence et est susceptible d'affecter les échanges intracommunautaires.

Sur la compatibilité de la mesure en cause avec le marché intérieur, la Commission a estimé qu'elle octroyait une aide au fonctionnement ne pouvant, en principe, être considérée comme compatible en vertu de l'article 107, §3 du TFUE étant donné « *qu'elle ne favorise pas le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques et que les incitations fiscales en cause ne sont pas limitées dans le temps, dégressives ou proportionnées à ce qui est nécessaire pour*

110 Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéficiaires excédentaires, disponible à l'url suivante : <http://ec.europa.eu>, p. 47.

111 *Ibidem*, p. 48.

remédier à un désavantage économique spécifique dans les régions concernées »¹¹². En outre, les autorités belges n'ayant fait valoir le respect d'aucune des conditions permettant d'établir la compatibilité du régime avec le marché intérieur¹¹³, il ne subsiste aucun doute sur son incompatibilité. Par ailleurs, suite au manquement à ses obligations de notification préalable et de suspension, l'Etat belge a mis en exécution un régime d'aides illégal, en violation de l'article 108, §3 du TFUE.

Par ces motifs, la Commission condamne l'Etat belge à effectivement récupérer, dans un délai de quatre mois, l'aide incompatible et illégale auprès de ses bénéficiaires, ainsi que l'intérêt qu'elle aura produit depuis sa mise à la disposition de ces derniers jusqu'à sa récupération effective. A compter de la date d'adoption de la présente décision, l'Etat belge doit mettre un terme à l'aide visée, annuler tous les paiements non encore effectués au titre de ladite aide et rejeter toute demande de décision anticipée présentée au SDA qui se fonderait sur le régime banni.

Le 22 mars dernier, quoique les probabilités d'une réformation de la décision soient minimales, l'Etat belge a officiellement interjeté appel de la décision de la Commission, auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne¹¹⁴. Selon le ministre des Finances, il va également introduire une requête en suspension de la récupération jusqu'au prononcé de l'arrêt en appel¹¹⁵. Vu les enjeux financiers, nous imaginons qu'une épée de Damoclès lévite désormais au-dessus du pouvoir public et que cette attitude était, d'un point de vue purement domestique, la plus stratégique à adopter... En effet, vu le poids institutionnel des anciens bénéficiaires du régime mis à terre, il ne serait pas étonnant que l'Etat belge soit actuellement acculé et menacé de voir tous ces importants acteurs économiques recommencer leur *forum shopping*, en commençant par quitter son territoire pour d'autres horizons fiscalement moins constricteurs.

CHAPITRE III – LA LUTTE CONTRE LA CONCURRENCE FISCALE DOMMAGEABLE

Sous ce chapitre, nous verrons dans quel contexte le Code de conduite, outil politique essentiel de lutte contre la concurrence fiscale dommageable, a été adopté (section I), ainsi que son utilité pratique (section II).

112 *Ibidem*, p. 50.

113 Voy. article 107, §2 et §3 du TFUE.

114 S. NESBA, « La Belgique en appel sur les excess profit rulings », *L'Echo*, article paru le 4 avril 2016, consulté le 8 mai 2016, disponible à l'url suivante: <http://www.lecho.be/economie>

115 *Ibidem*.

Section I – Genèse d'une stratégie communautaire de lutte contre la concurrence fiscale dommageable

Au niveau de l'Union européenne, la nécessité de limiter la concurrence fiscale dommageable entre Etats membres a procédé d'une volonté d'intégration européenne¹¹⁶, et s'est concrétisée par la coordination fiscale (à comprendre par opposition à l'harmonisation fiscale qui, pour mémoire, fut l'option historiquement choisie par la Commission). La Commission choisit donc d'équilibrer les charges fiscales des entreprises des différents Etats membres afin qu'une concurrence équitable puisse s'établir entre elles et que les mouvements de capitaux ne soient pas provoqués par des considérations fiscalement opportunistes¹¹⁷.

C'est alors qu'en avril 1996, le Conseil ECOFIN composé des ministres des Finances de chaque Etat membre fit le même constat. Le « Rapport Monti » lui fut présenté et raviva les débats sur la fiscalité directe de manière à ce qu'une action coordonnée puisse notamment réduire les distorsions du marché intérieur, et stabiliser les bases imposables afin de prévenir les pertes fiscales¹¹⁸. Quelques mois plus tard, le « Rapport Monti II »¹¹⁹ suggéra la création d'un groupe politique permanent dont la Commission assurerait la présidence et qui aurait pour mission de « *préparer la voie pour conclure un accord général visant à garantir que les politiques fiscales soient orientées au mieux pour atteindre les objectifs importants de l'Union tout en protégeant les bases fiscales contre une concurrence déloyale* »¹²⁰. C'est ainsi que le « Groupe Monti », formellement baptisé « Groupe de Politique fiscale », composé d'agents de l'administration fiscale de chacun des Etats membres et présidé par le commissaire Mario Monti, vit le jour en mars 1997 et s'attela à la recherche d'une stratégie pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable. En décembre 1997, le Conseil ECOFIN adopta le « Paquet fiscal »¹²¹ qui contenait, par le truchement de sa mesure relative à la fiscalité des entreprises, le Code de conduite – instrument de coopération communautaire pour la lutte contre la concurrence fiscale dommageable.

116 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, « Fighting Harmful Tax competition through EU States Aid Law : Will the hardening of Soft law suffice ? », *European State Aid Law Quarterly*, 2015/3, p. 325.

117 Rapport de la Commission au Conseil sur les perspectives de convergences des systèmes fiscaux dans la Communauté (« Rapport Burke »), COM (1980) 0139, 1980.

118 Commission (CE) Rapport Monti, *La fiscalité dans l'Union européenne*, SEC (96) 487 final, document d'orientation pour la réunion informelle des ministres ECOFIN, 20 mars 1996.

119 Commission (CE) Rapport Monti II, *La fiscalité dans l'Union européenne : Rapport sur l'évolution des systèmes fiscaux*, COM (1996) 546, 22 octobre 1996.

120 *Ibidem*, p. 15-16.

121 Conclusions (CE) du Conseil ECOFIN du 1er décembre 1997 en matière de politique fiscale, *J.O.C.E.*, C. 98/2/01, 6 janvier 1998.

Section II – Le Code de conduite

Après quelques propos liminaires (§1), nous examinerons le champ d'application du Code de conduite (§2), puis identifierons les parties prenantes à sa mise en œuvre (§3). Enfin, nous verrons ses interrelations avec l'article 107 du TFUE (§4).

§1 – Avant-propos

Le Code de conduite est un accord de coopération en vertu duquel les Etats membres s'engagent politiquement à limiter la concurrence fiscale entre eux et, ce, au profit du marché intérieur¹²². A cette fin, il prévoit un catalogue de mesures fiscales susceptibles d'avoir une incidence sensible sur la localisation des activités économiques au sein de l'Union, de manière à ce qu'elles soient automatiquement neutralisées puis supprimées¹²³.

La Cour de Justice de l'Union européenne a, en se prononçant sur un texte de même nature, défini le code comme étant un acte « *qui constitue l'expression d'une simple coordination volontaire et qui n'est donc pas destiné en lui-même à produire des effets de droit* »¹²⁴. Il n'a à formellement aucune valeur juridique, d'où son appartenance à la constellation de la *soft law*. D'aucuns postulent toutefois qu'il a une valeur normative et contraignante, en cela qu'il édicte des règles de comportement générales et abstraites adressées aux Etats membres¹²⁵. Néanmoins, dans l'absolu, il ne peut contraindre ses destinataires au point qu'un manquement à son prescrit n'est assorti d'aucune sanction. Par conséquent, nulle action en exécution forcée contre les Etats récalcitrants ne sera recevable, quoiqu'à l'heure actuelle son application a connu un franc succès sans défiance.

Il met à charge des Etats membres deux obligations non contraignantes dites de *rollback* et de *standstill* qui visent, respectivement, au démantèlement des mesures existantes dommageables et au gel des mesures futures dommageables.

§2 – Applicabilité *in concreto*

Sous ce paragraphe, nous étudierons les champs d'application *ratione loci* (A) et *materiae* (B) du Code de conduite.

122 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 326.

123 J. MALHERBE, « Concurrence fiscale dommageable et paradis fiscaux », *J.T.*, 2001, p. 59.

124 C.J.C.E, 30 avril 1996 (*Pas-Bas c. Conseil*), C-58/94, *Rec.*, p. I-02169, pt. 27.

125 J.-P. GASTAUD, « Le pouvoir des Etats et la concurrence fiscale déloyale », *R.I.D.E.*, 1999/3, p. 346.

A. *Ratione loci*

Le Code de conduite s'applique à tous les Etats membres de l'Union européenne mais également, en vertu de son point M, à tous les Etats candidats à une intégration communautaire et aux territoires placés sous le contrôle (sous-entendu fiscal) de l'un ou l'autre Etat membre, sans qu'ils soient nécessairement assujettis aux traités européens.

B. *Ratione materiae*

La nature des mesures qui sont susceptibles d'être pointées du doigt par le Code de conduite n'est pas un élément en soi pertinent qui en ferait échapper certaines à son contrôle ; toutes y passent pour autant qu'elles aient un effet sensible sur la localisation des activités économiques, c'est-à-dire des investissements d'une entreprise sans qu'il soit possible de rattacher ces choix à des circonstances purement économiques¹²⁶. Sont ainsi visées les mesures « (...) *ayant, ou pouvant avoir, une incidence sensible sur la localisation des activités économiques au sein de la Communauté* »¹²⁷, qu'il s'agisse de dispositions législatives ou réglementaires voire même de pratiques administratives¹²⁸. Les points A et B du Code définissent son applicabilité matérielle et formulent, à cette fin, un critère général d'identification des mesures potentiellement dommageables (i) complété par cinq critères spécifiques non cumulatifs (ii).

(i) Le point B du Code de conduite dispose, sans définir la notion de « potentialité », que « (...) *sont considérées comme potentiellement dommageables (...) les mesures fiscales établissant un niveau d'imposition effective nettement inférieur, y compris une imposition nulle, par rapport à ceux qui s'appliquent normalement dans l'Etat membre concerné* ». Ce point est à relativiser dans la mesure où il ne défend pas catégoriquement les Etats membres de piloter une certaine compétitivité fiscale. Simplement, il qualifie comme potentiellement dommageables les mesures qui, se démarquant notablement du système fiscal général d'un Etat, ont pour vocation principale d'attirer des investissements¹²⁹. En clair, sans avoir à comparer entre eux les taux pratiqués par chaque Etat membre, il convient d'apprécier les effets d'une mesure sur les Etats tiers lors de son processus d'évaluation.

(ii) Le point B du Code de conduite énumère ensuite cinq critères non cumulatifs permettant d'apprécier la dommageabilité d'une mesure fiscale, et qui s'interprètent extensivement¹³⁰.

126 W. SCHÖN, *Tax Competition in Europe*, Amsterdam, IBFD, 2003, p. 84.

127 Point A du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises.

128 *Ibidem*.

129 J. M. TERRA et J. WATTEL, *European Tax Law*, 6th ed., London, Kluwer Law International, 2012, p. 223.

130 Commission (CE), « Définition des critères figurant au paragraphe B du Code de conduite », *Note de transmission du Groupe Code de conduite* (Conseil), Doc. n° 14039/98, Fisc 205, 11 décembre 1998.

- 1°. « (...) les avantages sont accordés exclusivement à des non-résidents ou pour les transactions conclues avec des non-résidents ;
- 2°. (...) les avantages sont totalement isolés du marché national, de sorte qu'ils n'ont pas d'incidence sur la base fiscale nationale ;
- 3°. (...) les avantages sont accordés même en l'absence de toute activité économique réelle et de présence économique substantielle à l'intérieur de l'Etat membre offrant ces avantages fiscaux ;
- 4°. (...) les règles de détermination des bénéficiaires issus des activités internes d'un groupe multinational divergent des principes généralement admis sur le plan international, notamment les règles approuvées par l'OCDE ;
- 5°. (...) les mesures fiscales manquent de transparence, notamment lorsque les dispositions légales sont appliquées de manière moins rigoureuse et non transparente par l'administration fiscale ».

§3 – Encadrement processuel

Sans entrer dans les détails, précisons que plusieurs acteurs participent à la mise en œuvre du Code de conduite et au processus d'identification et de neutralisation des mesures dommageables. Nous discuterons succinctement du « Groupe Code de conduite » (A), des Etats membres (B) et des institutions européennes impliquées (C).

A. Le Groupe Code de conduite

Le point H prévoyait la création d'un groupe *ad hoc* dont la mission serait d'évaluer les mesures susceptibles de tomber dans le champ d'application du code, ce qui fut fait en 1998 par la création du « Groupe Code de conduite » (ou « Groupe Primarolo » du nom de sa présidente Dawn Primarolo). Le groupe publia un rapport¹³¹ qui, en application du code, dressa une liste de soixante-six mesures potentiellement dommageables classées en six catégories. Malgré qu'ils demeurent pour la plupart non officiels, le groupe continue aujourd'hui de rendre de précieux rapports au Conseil.

¹³¹ Rapport du Groupe Code de conduite au Conseil ECOFIN du 29 novembre 1999, SN 4901/99, Bruxelles, 23 novembre 1999.

B. Les Etats membres

Nous avons vu que le code met diverses obligations à charge des Etats membres, notamment celles de démantèlement des mesures existantes, de gel dans l'adoption de nouvelles mesures potentiellement dommageables, mais encore d'information. Les Etats membres vont jouer un rôle cardinal dans le processus d'identification des mesures *borderlines*. Devant à la fois identifier, au sein de leur ordre interne, de telles mesures et en défendre les effets ainsi que leur inoffensivité ensuite, les Etats membres sont concomitamment juges et parties. Par ailleurs, chaque Etat membre pourrait demander des informations sur des mesures douteuses dans les ordres juridiques d'Etats tiers, afin d'apprécier l'opportunité d'une évaluation concrète.

C. Les institutions européennes

Si l'on s'en tient au point I du code, la Commission se borne à jouer un rôle marginal d'assistance technique vis-à-vis du groupe. En pratique, toutefois, son rôle est plus large. En effet, parmi ses activités, elle guide notamment le Conseil dans l'élaboration et l'approbation du code, et participe à la détermination des mesures pouvant tomber dans son champ d'application. Le Conseil ECOFIN, quant à lui, approuve le code et ses révisions successives, reçoit les rapports du groupe et leur donne éventuellement une portée concrète en déterminant les mesures effectivement indésirables et le délai pour leur retrait ou adaptation.

§4 – Relation avec l'article 107 du TFUE

Nous l'aurons remarqué, au moment de la conception du Code de conduite, la Commission déclarait que le régime des aides d'Etat s'appliquerait dorénavant aux mesures fiscales incompatibles avec le marché intérieur¹³². Malgré le fait que la Commission ait – par son pouvoir décisionnel et sa qualité de pièce maîtresse en matière d'aides d'Etat – hissé sa communication au rang de texte fondamental sur lequel prendraient appui l'ensemble de ses futures interventions, l'un et l'autre instruments continuent d'appartenir à la *soft law*¹³³. Tous deux constituent l'expression du même engagement politique d'empêcher les Etats membres de se servir de leur politique fiscale interne à des fins de concurrence fiscale¹³⁴. La Commission rendait sa communication explicite (voy. §3) sur son intention d'utiliser les règles en matière d'aides d'Etat pour notamment enliser le développement de la concurrence fiscale dommageable.

132 Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.C.E.*, C 384, 10 décembre 1998.

133 A. FANTOZZI, « The applicability of State aid rules to tax competition measures : a process of « de facto » harmonisation in tax field? », 2003, disponible à l'url suivante: <http://www.eatlp.org/uploads/Members/Fantozzi.pdf>.

134 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 326.

Cela étant, en dépit de leurs entremêlements historiques et politiques, le Code de conduite et les règles en matière d'aides d'Etat conservent leur singularité, notamment du point de vue des autorités désignées pour leur mise en œuvre, de leur champ d'application et des mesures auxquelles ils s'appliquent. En particulier, le Code de conduite permet de réfréner une panoplie de mesures fiscales dommageables plus large que celles qui tombent sous l'application de l'article 107 du TFUE¹³⁵. C'est d'ailleurs cette complémentarité qui a essentiellement justifié son adoption¹³⁶.

D'un côté, l'idée d'une utilisation des règles en matière d'aide d'Etat à des fins de lutte contre la concurrence fiscale dommageable apparaît, aux yeux de certains auteurs, comme un réel coup d'Etat mené par le politique, qui transcenderait littéralement le prescrit de l'article 107 du TFUE¹³⁷. Une autre frange de la doctrine considère plutôt que, par essence c'est-à-dire au-delà de sa formulation, le régime des aides d'Etat – casuistique centrée sur les pratiques et la concurrence domestiques – n'est pas adapté à la lutte contre la concurrence fiscale dommageable. Enfin, un dernier courant va jusqu'à postuler qu'une mesure fiscale dommageable est toujours une aide fiscale à la fois¹³⁸, ce qui semble en contradiction avec le §30 de la communication.

La Commission rappela *in fine* que « *tout en poursuivant le même objectif général de réduction des distorsions de concurrence au sein du marché intérieur, la procédure d'examen des régimes fiscaux du point de vue des aides d'Etat est indépendante des travaux du code de conduite. En outre, comme l'indiquait déjà la Communication, la qualification d'une mesure comme dommageable au titre du code de conduite, n'entraîne pas nécessairement sa qualification en tant qu'aide d'Etat* »¹³⁹. Les critères prévus par l'article 107 du TFUE et ceux du code « (...) *s'ils comportent un certain nombre de similarités, ne se recoupent pas toujours. En effet, pour être qualifiée de dommageable, une mesure doit remplir au moins un des critères énoncés au paragraphe B du code de conduite qui ne sont pas identiques à ceux de [l'article 107 du TFUE]. En outre, le champ d'application géographique du code de conduite est plus large puisqu'il s'applique également aux territoires dépendants et associés qui ne sont pas soumis aux règles en matière d'aide d'Etat* »¹⁴⁰. Cette approche fut ensuite consacrée par la Cour de Justice, en 2006¹⁴¹.

135 Voy. M. MONTI « How State aid affects tax competition », *EC Tax Review*, 1999/4, p. 208 et s.

136 E. TRAVERSA, *op. cit.*, p. 38.

137 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 326.

138 Voy. B. J. KIEKEBLED, *Harmful Tax Competition in the European Union. Code of Conduct, countermeasures and EU law*, Brussels, Foundation for European Fiscal Studies, 2004, p. 83.

139 Commission (CE), Rapport sur la mise en œuvre de la Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aide d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, C(2004)434, §64.

140 *Ibidem*.

141 C.J.C.E., 22 juin 2006 (*Belgique c. Commission*), aff. jointes C-182/03 et C-217/03, *Rec.*, p. I-5479.

CONCLUSION

Ces deux dernières années, la Commission annonçait l'ouverture de plusieurs enquêtes à propos de *rulings* accordés à des multinationales en matière de prix de transfert, de manière à vérifier s'ils constituent ou non des aides prohibées. Situés dans la droite ligne des conventions préventives de la double imposition, les diverses administrations fiscales impliquées acceptèrent une diminution de leur base effectivement imposable localement. Dans chacune de ces situations, la Commission conclut qu'un avantage sélectif avait été accordé par application des méthodes domestiques de calcul des prix de transfert, mais pas seulement... Le schéma est vraisemblablement identique à celui des *excess profit rulings*. En effet, la Commission s'appuyait sur l'existence d'une aide prohibée, au sens de l'article 107 du TFUE, pour désamorcer le régime d'exonération des bénéfices excédentaires. En réalité, ce dernier constituait également une mesure fiscale dommageable, au sens où l'avantage qu'il conférait – au détriment des autres Etats membres – une forte attraction d'investissements étrangers dans le giron belge. D'aucuns estiment que, sur le plan des principes, le choix de cet efficace fondement légal – quoiqu'il bénéficie au maintien d'une concurrence effective d'un point de vue domestique – est actuellement incongru, et qu'une sérieuse évolution est attendue.

Ce que ces récentes affaires ont d'interpellant, c'est que la Commission semble avoir mis en œuvre une nouvelle approche. Elle fit, pour la première fois, l'analyse approfondie des méthodes de calcul mises en œuvre par l'administration. Nous nous apercevons, en fait, que la Commission a silencieusement incarné le plan d'action n°5 du projet *BEPS* dans son contrôle des aides d'Etat¹⁴². Ce tour de passe-passe a ainsi permis à l'Union européenne de faire l'économie d'une adaptation fastidieuse du Code de conduite, tout en se ménageant l'applicabilité de ces nouveautés par le prisme des aides d'Etat¹⁴³.

Par conséquent, la Commission vérifie désormais systématiquement (au stade du test de sélectivité) que les *rulings* visés appliquent les méthodes de calcul des prix de transfert recommandées par l'OCDE¹⁴⁴, alors même que ces standards versatiles et légalement non contraignants ne sont le fruit d'aucun consensus parlementaire (sous-entendu démocratique)¹⁴⁵. De la sorte, il semblerait qu'une *soft law* bancaire sape l'exercice de la souveraineté fiscale des Etats membres¹⁴⁶. Plus théoriquement,

142 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 330.

143 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 330.

144 Voy. Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires, disponible à l'URL suivante : <http://ec.europa.eu>, §§47, 152 et s.

145 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 330.

146 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *ibidem*, p. 330.

il semblerait que la condition de sélectivité ne se déduise plus de l'identification d'un ou plusieurs bénéficiaires à proprement parler, mais de la manière dont le système fiscal général est appliqué dans des cas tout à fait spécifiques, ce qui a pour conséquence d'automatiquement relayer au rang d'aide prohibée toute application incorrecte (inévitabile, en l'espèce) d'une règle fiscale complexe par l'administration et, ce, nonobstant son absence d'intention d'en accorder une¹⁴⁷. Enfin, suite à l'application des règles domestiques en matière de prix de transfert à des situations d'échanges transnationaux, la dimension géographique du contrôle des aides fiscales transcende ses limites naturelles¹⁴⁸. Or, à l'heure actuelle, la Commission n'ayant la possibilité de prononcer la récupération d'une aide prohibée qu'à charge de l'Etat membre condamné, sans être habilitée à réajuster la taxe payée dans les autres Etats impliqués suite à l'allocation de la base imposable validée par décision anticipée, le mécanisme conduit inévitablement à la double imposition¹⁴⁹.

In fine, afin de neutraliser les effets pervers générés par le contrôle des mesures fiscalement dommageables à la lumière du régime des aides d'Etat, le Professeur E. Traversa préconise une meilleure intégration fiscale, qui pourrait se matérialiser par l'implémentation officielle desdites recommandations de l'OCDE ou, à terme, par l'adoption d'un régime de prévention contre la double imposition qui découle normalement de la récupération d'une aide¹⁵⁰.

147 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *ibidem*, p. 330.

148 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *ibidem*, p. 330.

149 Commission (CE), « Avis du 17 octobre 2014 « Aide d'Etat SA. 38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) » - Aide présumée à Starbucks », *J.O.C.E.*, C 460/11.

150 E. TRAVERSA et A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 331.

BIBLIOGRAPHIE

Législation et divers

Domestique

- [Loi du 21 juin 2004 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 et la loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale, *M.B.*, 9 juillet 2004.
- [Loi-programme du 24 décembre 2002 introduisant un système de décisions fiscales anticipées, *M.B.*, 31 décembre 2002, modifiée en dernier lieu par la loi du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006.
- [Article 185 du Code des impôts sur les revenus de 1992.

- [Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 et la loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale, exposé des motifs, *Doc. parl., Ch., sess. ord. 2003-2004, n° 51-1079/001.*

- [Circulaire, n° AAF/98-0003 du 28 juin 1999, *Bull.*, 1999, n° 796, p. 4.

Communautaire

- [Articles 107, 108, 258, 259 et 263 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.C.E.*, C 326, 26 octobre 2012, p. 1 à 390.
- [Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité C.E., *J.O.C.E.*, L 083, 27 mars 1999, p. 1.
- [Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.C.E.*, C 384, 10 décembre 1998.

- [Commission (CE), « Avis du 17 octobre 2014 « Aide d'Etat SA. 38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) » - Aide présumée à Starbucks », *J.O.C.E.*, C 460/11. Commission (CE), Rapport au Conseil sur les perspectives de convergences des systèmes fiscaux dans la Communauté (« Rapport Burke »), COM (1980) 0139, 1980.
- [Commission (CE), Rapport sur la mise en œuvre de la Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aide d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, C(2004)434.

- [Commission (CE) Rapport Monti, *La fiscalité dans l'Union européenne*, SEC (96) 487 final, document d'orientation pour la réunion informelle des ministres ECOFIN, 20 mars 1996.
- [Commission (CE) Rapport Monti II, *La fiscalité dans l'Union européenne : Rapport sur l'évolution des systèmes fiscaux*, COM (1996) 546, 22 octobre 1996.
- [Commission (CE), « Définition des critères figurant au paragraphe B du Code de conduite », *Note de transmission du Groupe Code de conduite* (Conseil), Doc. n° 14039/98, Fisc 205, 11 décembre 1998.
- [Commission (CE), “Aide d'Etat: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le système belge des décisions fiscales anticipées relatives aux bénéficiaires excédentaires”, Bruxelles, 3 février 2015, disponible à l'url suivante: <http://ec.europa.eu>.
- [Rapport du Groupe Code de conduite au Conseil ECOFIN du 29 novembre 1999, SN 4901/99, Bruxelles, 23 novembre 1999.
- [Comité Économique et Social, « Avis sur la fiscalité directe et indirecte » (976C 82/11), *J.O.C.E.*, C 82, 19 mars 1996, p. 54 et s.
- [Conclusions (CE) du Conseil ECOFIN du 1er décembre 1997 en matière de politique fiscale, *J.O.C.E.*, C. 98/2/01, 6 janvier 1998.

Doctrine

- [FANTOZZI, A., « The applicability of State aid rules to tax competition measures : a process of « de facto » harmonisation in tax field? », 2003, disponible à l'url suivante: <http://www.eatlp.org/uploads/Members/Fantozzi.pdf>.
- [GAMBARO, E., « The judicial phase », *Competition and State Aid*, Waterloo, Kluwer Law International, 2007.
- [GASTAUD, J.-P., « Le pouvoir des Etats et la concurrence fiscale déloyale », *R.I.D.E.*, 1999/3, p. 346 et s.
- [GRISAY, D., *Introduction au droit belge de la concurrence*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2013.
- [HANCHIER, L., OTTERVANGER, T., et SLOT, P., *EC State Aids*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2006.

- [KIEKEBLED, B. J., *Harmful Tax Competition in the European Union. Code of Conduct, countermeasures and EU law*, Brussels, Foundation for European Fiscal Studies, 2004, p. 83.
- [LOPEZ, H., « Selectivity and consequences in tax matter », *EstAL*, 4/2010, p. 815 et s.
- [MAITROT DE LA MOTTE, A., *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- [MALHERBE, J., « Concurrence fiscale dommageable et paradis fiscaux », *J.T.*, 2001, p. 59.
- [MEROLA, M., et CAPPELLETTI, L., « Une analyse des derniers développements en matière d'aides fiscales et de sélectivité régionale dans le cadre des tendances actuelles du contrôle des aides d'Etat », *Fiscalité européenne: Actualités et points sensibles*, Anthémis, 2009.
- [MICHEAU, C., *Droit des aides d'Etat et des subventions en fiscalité: Droit de l'Union européenne et de l'OMC*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- [MONTI, M., « How State aid affects tax competition », *EC Tax Review*, 1999/4, p. 208 et s.
- [NESBA, S., « La Belgique en appel sur les excess profit rulings », *L'Echo*, article paru le 4 avril 2016, consulté le 8 mai 2016, disponible à l'url suivante: <http://www.lecho.be/economie>
- [QUIGLEY, C., *European State Aid Law and Policy*, 2nd éd., London, Hart, 2009.
- [ROSSI-MACCANICO, P., « Commentary of State aid Review of Multinational Tax Regimes », *EstAL*, 2007/1, p. 27-29.
- [SABBADINI, P.-M., *Les aides d'Etat: Aspects juridiques et économiques*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- [SCHÖN, W., *Tax Competition in Europe*, Amsterdam, IBFD, 2003.
- [TERRA, J. M., et WATTEL, J., *European Tax Law*, 6th ed., London, Kluwer Law International, 2012.
- [TRAVERSA, E., et FLAMINI, A., « Fighting Harmful Tax competition through EU States Aid Law : Will the hardening of Soft law suffice ? », *European State Aid Law Quarterly*, 2015/3, p. 325 à 332.
- [TRAVERSA, E., *L'autonomie fiscale des Régions et des collectivités locales face au droit communautaire: Analyse et réflexion à la lumière des expériences belges et italiennes*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- [WALBROECK, W., « La condition de « sélectivité de la mesure » », *Aides d'Etat*, Bruxelles, éd. U.L.B., 2005.

Jurisprudence

- [C.J.U.E., 15 novembre 2011 (*Commission c. Gibraltar*), aff. jointes C-106/09 et C-107/09.
- [C.J.U.E., 8 septembre 2011 (*Paint Graphos*), aff. jointes C-78/08 à C-80/08.
- [C.J.C.E., 6 septembre 2006 (*Portugal c. Commission*), C-88/03.
- [C.J.C.E., 22 juin 2006 (*Belgique c. Commission*), aff. jointes C-182/03 et C-217/03.
- [C.J.C.E., 21 juillet 2005 (*Xunta de Galicia*), C-71/04.
- [C.J.C.E., 24 juillet 2003 (*Altmark Trans GmbH*), C-2080/00.
- [C.J.C.E., 29 juin 1999 (*DMT*), C-256/97.
- [C.J.C.E., 17 juin 1999 (*Belgique c. Commission*), C-75/97.
- [C.J.C.E., 30 avril 1996 (*Pas-Bas c. Conseil*), C-58/94.
- [C.J.C.E., 19 novembre 1991 (*Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*), aff. jointes C-6/90 et C-9/90.
- [C.J.C.E., 15 mars 1994 (*Banco de Credito Industrial SA c. Ayuntamiento de Valencia*), C-387/92.
- [C.J.C.E., 17 septembre 1980 (*Philip Morris c. Commission*), C-730/79.
- [C.J.C.E., 22 mars 1977 (*Ianelli & Volpi SpA c. Meroni*), C-74/76.
- [C.J.C.E., 22 mars 1977 (*Steinike und Weinlig c. Allemagne*), C-78/76.
- [C.J.C.E., 2 juillet 1974 (*Italie c. Commission*), C-173/73.
- [C.J.C.E., 12 juillet 1973 (*Commission c. Allemagne*), C-70/72.
- [C.J.C.E., 19 juin 1973 (*Capolongo*), C-77/72.
- [C.J.C.E., 5 février 1963 (*Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*), C-26/62.
- [C.J.C.E., 23 février 1961 (*De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*), C-30/59.

- [T.P.I.C.E., 18 décembre 2008 (*Government of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*), T-211/04 et T-215/04.

- [Décision (CE) n° SA.37667 du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'Etat concernant l'exonération des bénéfices excédentaires, disponible à l'url suivante : <http://ec.europa.eu>.
- [Décision (CE) n° SA.37667 du 3 février 2015 portant sur le système belge de décisions fiscales anticipées relatives aux bénéfices excédentaires, *J.O.C.E.*, 5 juin 2015.

- [Conclusions de l'Av. Gén. G. COSMAS, 24 octobre 1996 (*Allemagne c. Commission*), aff. jointes C-329/93, C-62/95 et C-63/95, *Rec.*, p. I-5177 et s.
- [Conclusions de l'Av. Gén. F. CAPORTOTI, 17 septembre 1980 (*Philip Morris c. Commission*), C-730/79, *Rec.*, p. 2671.

*

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉLUDE	1
CHAPITRE I – LES AIDES D'ÉTAT FISCALES : SYNTHÈSE THÉORIQUE	2
Section I – Chapeau encyclopédique	3
§1 – Historique	3
§2 – Siège légal	4
§3 – Effet direct ?	4
Section II – Eléments constitutifs d'une aide	5
§1 – Octroi d'un avantage	6
§2 – Financé par l'autorité publique	7
§3 – Au profit d'une ou plusieurs personnes particulières (sélectivité)	7
A. Sélectivité de <i>jure</i> ou <i>de facto</i>	8
B. Sélectivité matérielle ou géographique	8
§4 – Qui corrode la concurrence	9
Section III – Encadrement processuel	9
§1 – Phase administrative : De l'incompatibilité à l'illégalité d'une aide	10
§2 – Phase contentieuse	11
CHAPITRE II – L'ÉTAT BELGE AU PIED DE L'ECHAFFAUD : RETOUR SUR LE SCANDALE (INACHEVÉ?) DES « <i>EXCESS PROFIT RULINGS</i> »	12
Section I – Mise en contexte	13
Section II – Description du régime en cause	13
§1 – Cadre normatif	13
§2 – Fonctionnement du régime d'exonération des bénéfices excédentaires	15
Section III – Motifs de la décision	16
§1 – Intervention étatique et/ou financement public	16
§2 – Affectant les échanges au sein de l'Union européenne	17
§3 – Faussant ou menaçant de fausser la concurrence	17
§4 – Par l'octroi d'un avantage sélectif	17
A. Système de référence	18

B. L'exonération des bénéfices excédentaires constitue un régime dérogatoire au système de référence	18
C. Absence de justification par la nature et l'économie générale du système	19
Section IV – Dispositif de la décision	20
CHAPITRE III – LA LUTTE CONTRE LA CONCURRENCE FISCALE DOMMAGEABLE	21
Section I – Genèse d'une stratégie communautaire de lutte contre la concurrence fiscale dommageable	22
Section II – Le Code de conduite	23
§1 – Avant-propos	23
§2 – Applicabilité <i>in concreto</i>	23
A. <i>Ratione loci</i>	24
B. <i>Ratione materiae</i>	24
§3 – Encadrement processuel	25
A. Le Groupe Code de conduite	25
B. Les Etats membres	26
C. Les institutions européennes	26
§4 – Relation avec l'article 107 du TFUE	26
CONCLUSION	28
BIBLIOGRAPHIE	30
TABLE DES MATIÈRES	35

*