

La décision de la Commission européenne en matière d'aides d'Etat dans l'affaire Engie

Par Oliver R. HOOR, Atoz Tax Advisers*

Le 6 septembre 2018, la Commission européenne a publié sa décision du 20 juin 2018 rendue suite à la procédure menée en matière d'aides d'Etat à l'encontre d'Engie. Selon cette décision, le Luxembourg aurait accordé à Engie (précédemment GDF Suez) des avantages fiscaux illégaux et devrait récupérer environ 120 millions d'euros d'impôts non payés auprès d'Engie, une multinationale française partiellement publique active dans le domaine de la production et de la diffusion d'électricité, de gaz naturel, du nucléaire et des énergies renouvelables. Cet article donne un aperçu de l'affaire Engie et analyse de manière critique la décision de la Commission européenne.



Introduction

Depuis juin 2013, la Commission européenne a mené des enquêtes sur la pratique des rescrits fiscaux en Irlande, aux Pays-Bas et au Luxembourg en vue de détecter des potentielles problématiques d'aides d'Etat. En décembre 2014, ces enquêtes ont été étendues aux systèmes des rescrits fiscaux appliqués dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Dans le cadre de ces différentes enquêtes, la Commission européenne a été amenée à revoir certains rescrits fiscaux qui ont été accordés à des entreprises multinationales en Irlande, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Belgique et au Luxembourg. Jusqu'à présent, à l'issue de 6 des 7 procédures formelles, la Commission européenne a rendu des décisions dans lesquelles elle confirmait l'existence d'une aide d'Etat illégale. Ce n'est que dans l'affaire relative à Mc Donald's que la Commission est arrivée à la conclusion que le traitement fiscal luxembourgeois appliqué ne comportait pas un avantage sélectif et que, par conséquent, il ne constituait pas une aide d'Etat illégale.

Dans l'affaire Engie, la Commission européenne contesta le traitement fiscal confirmé par l'administration fiscale luxembourgeoise dans deux rescrits fiscaux obtenus par le groupe en 2008 et 2010. Le traitement fiscal décrit dans ces rescrits fiscaux ne comportait pas d'avantage fiscal particulier mais comportait seulement le traitement fiscal général, tel qu'applicable en vertu de la loi fiscale luxembourgeoise, qui aurait été appliqué de manière similaire à d'autres sociétés se trouvant dans des situations identiques. Les enquêtes récentes menées par la Commission européenne en matière d'aides d'Etat semblent suggérer que le traitement fiscal appliqué par certains Etats membres aux activités commerciales et aux opérations intra-groupe n'est pas légal. Pourtant, les Etats membres peuvent, dans le cadre de l'exercice de leur souveraineté fiscale, concevoir leurs propres règles fiscales et les règles applicables en matière d'aides d'Etat ne peuvent être utilisées pour ébranler cette souveraineté.

Cependant, l'existence de certaines failles peut parfois engendrer des situations dans lesquelles le revenu d'une société n'est pas imposé du tout ou est imposé à un taux symbolique, problématique qui fut en quelque sorte le point de départ du projet de l'OCDE relatif à l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices (*Base Erosion and Profit Shifting*, «BEPS») de l'OCDE. L'OCDE reconnut que ces lacunes étaient parfaitement légales et devaient être traitées par le biais de modifications des dispositions législatives avec une cohérence globale.

L'affaire Engie en bref

En 2008 et 2010, Engie a mis en place deux plateformes de financement impliquant plusieurs sociétés luxembourgeoises. Parmi ces sociétés se trouvent Engie LNG Supply (qui achète et vend du gaz naturel liquéfié et des produits connexes et en fait le négoce au Luxembourg) et Engie Treasury Management (qui gère les financements internes au sein du groupe Engie) qui ont été toutes deux financées par des prêts convertibles accordés par une société sœur luxembourgeoise.

Les prêts convertibles ont été qualifiés d'instruments de dette et les provisions enregistrées en relation avec ces prêts ont été déductibles fiscalement. En ce qui concerne les activités de financement exercées par Engie Treasury Management, cette dernière a réalisé une marge de financement de pleine concurrence qui rémunérerait la société pour les fonctions accomplies, les risques assumés et les actifs affectés à ses activités de financement. De même, Engie LNG Supply a perçu une rémunération de pleine concurrence sur ses activités com-

merciales (après déduction des provisions comptabilisées en relation avec les prêts convertibles).

En particulier, la décision de la Commission européenne n'a pas remis en cause le caractère de pleine concurrence de la rémunération perçue par les deux sociétés luxembourgeoises qui sont financées par les prêts convertibles. La décision de la Commission fut uniquement fondée sur l'application de la loi fiscale luxembourgeoise, contestant la charge fiscale globale au Luxembourg au niveau des entités impliquées dans les opérations de financement.

Les sociétés sœurs (octroyant les prêts convertibles à Engie LNG Supply et Engie Treasury Management, respectivement) ont transféré leur droit de recevoir les actions sur base des contrats de prêts convertibles au moyen d'un contrat de vente à terme à la société mère.

A cet effet, la société mère reconnut une participation dans les filiales qui étaient financées par les prêts convertibles. Ce traitement fiscal est fondé sur l'approche économique qui constitue une variante du concept de prééminence du fond sur la forme. Les futures plus-values réalisées par la société mère par rapport à ses filiales sont fiscalement exonérées selon le régime luxembourgeois d'exonération des participations. Globalement, les structures de financement d'Engie menaient à la réalisation et à l'imposition d'une rémunération de pleine concurrence au niveau des entités financées par les prêts convertibles, en tenant compte des fonctions accomplies, des risques assumés et des actifs utilisés.

Analyse critique de la décision de la Commission

La notion d'aide d'Etat

En vertu de l'article 107(1) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»), toute aide accordée par un Etat membre directement ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, y compris des mesures fiscales, qui fausse ou qui menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, doit être considérée comme incompatible avec le marché interne, dans la mesure où cette aide affecte les échanges entre Etats membres. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne («CJUE»), pour qu'une mesure soit qualifiée d'aide au sens de l'article 107(1) du TFUE, toutes les conditions présentées dans cette disposition doivent être remplies. Ainsi, pour qu'une mesure soit qualifiée d'aide d'Etat illégale, les conditions suivantes doivent être remplies :

- (i) la mesure doit être accordée au moyen de ressources de l'Etat ;
- (ii) elle doit conférer un avantage à des entreprises ;
- (iii) cet avantage doit être sélectif ; et
- (iv) la mesure doit affecter les échanges entre Etats membres et fausser ou menacer de fausser la concurrence⁽¹⁾.

Les procédures d'aides d'Etat en matière fiscale sont généralement vouées à l'échec pour les contribuables visés puisqu'il ne peut généralement être démontré que l'avantage accordé à une entreprise est sélectif.

La sélectivité

Selon la jurisprudence de la CJUE, l'article 107(1) du TFUE exige de déterminer si, dans le contexte d'un système juridique particulier, une mesure constitue un avantage pour certaines entreprises en comparaison avec d'autres entreprises qui se trouvent dans des situations juridique et factuelle comparables⁽²⁾.

Dans ce cadre, la CJUE a développé une analyse en trois étapes afin de déterminer si une mesure fiscale particulière était sélective :

- (i) identification du système juridique de référence (par exemple le système d'impôt sur les sociétés luxembourgeois) ;
- (ii) évaluation permettant de savoir si la mesure déroge au régime de droit commun dans la mesure où elle est appliquée de façon différente à des opérateurs économiques qui, à la lumière des objectifs poursuivis par le système fiscal, sont dans des situations juridique et factuelle comparables («test comparatif»). En d'autres termes, il faut analyser si le traitement fiscal d'un contribuable est plus avantageux que celui d'autres entreprises qui sont factuellement et juridiquement dans une situation similaire ; et
- (iii) selon la jurisprudence de la CJUE, une mesure considérée comme sélective sur la base du «test

comparatif» peut se retrouver hors du champ d'application des aides d'Etat si celle-ci est justifiée par la nature ou l'économie du système fiscal («test de justification»).

Réflexions relatives à l'affaire Engie

Le traitement fiscal des deux structures de financement suit le traitement des opérations sous-jacentes d'un point de vue comptable. C'est un principe général de la loi fiscale luxembourgeoise. Le traitement fiscal suit le traitement comptable, à moins qu'un concept ou une disposition fiscale particulière n'en dispose autrement. En ce qui concerne le traitement fiscal au niveau de la société mère, l'approche économique menant à la reconnaissance d'une participation dans la filiale à laquelle le prêt convertible a été accordé est un concept fiscal particulier (c'est-à-dire l'approche économique) qui requiert un traitement fiscal différent. L'application du régime d'exonération des participations aux plus-values réalisées en relation avec des participations qualifiantes est une application simple et classique de la loi fiscale luxembourgeoise.

Globalement, l'analyse technique de la structure de financement est très rigoureuse, même si la Commission européenne pourrait ne pas apprécier le résultat global en termes de charge fiscale au niveau des entités concernées. En l'absence d'un avantage sélectif accordé à Engie, il ne devrait pas y avoir d'aide d'Etat illégale dans l'affaire Engie.

La nouvelle approche de la Commission quant aux aides d'Etat

Les décisions les plus récentes de la Commission semblent s'écarter de la jurisprudence constante de la CJUE et de loi européenne relative aux aides d'Etat. Bien que les notions d'«avantage» et de «sélectivité» représentent des exigences distinctes selon la législation relative aux aides d'Etat, la Commission semble avoir fait disparaître ces deux concepts puisqu'elle examine désormais uniquement si les mesures faisant l'objet de l'analyse comportent un «avantage sélectif» au lieu d'analyser les deux exigences séparément. Ici, la Commission s'écarter de sa pratique passée par laquelle elle appréciait constamment et de manière distincte (i) l'existence d'un avantage et (ii) le caractère sélectif de celui-ci. En outre, dans les enquêtes antérieures relatives aux aides d'Etat, la Commission ne remettait jamais en cause l'application par un Etat membre de ses propres règles de prix de transfert par le biais d'un accord préalable en matière de prix de transfert.

La nouvelle approche de la Commission a un impact significatif en pratique. Dans le cas d'aides d'Etat en matière de prix de transfert, il est dorénavant suffisant que la Commission ne soit pas d'accord avec l'application du principe de pleine concurrence. Notamment, la Commission ne remet en cause ni les lois relatives au prix de transfert des pays impliqués ni le fait que des rescrits fiscaux aient été accordés.

Au lieu de cela, elle considère que les prix de transfert validés par le biais des rescrits fiscaux (probablement pour des cas comportant des circonstances factuelles complexes) ne sont pas conformes à sa propre interprétation du principe de pleine concurrence. C'est méconnaître le fait que les prix de transfert ne sont pas une science exacte mais sont une affaire de jugement et qu'il n'y a pas un seul prix de pleine concurrence mais un éventail de prix qui sont tous de pleine concurrence.

De même, dans les affaires d'aides d'Etat concernant l'application d'une mesure fiscale de droit interne ou d'une convention fiscale, la Commission semble considérer qu'un avantage existe (et donc une aide d'Etat) à chaque fois qu'elle n'apprécie pas le résultat global d'une structure d'investissement. Alors que, par exemple dans le cas McDonald's il a été allégué que le Luxembourg avait fait une mauvaise application de la convention fiscale conclue entre les Etats-Unis et le Luxembourg, dans le cas d'Engie, la Commission soutient avoir découvert un traitement fiscal incohérent au niveau de différentes entités au Luxembourg.

Dans toutes ces affaires, la Commission critique les conclusions des agents fiscaux et, arrivant à une conclusion différente que la Commission semble considérer comme une vérité absolue, conclut que les décisions des agents fiscaux locaux représentent un avantage sélectif, et ce sans même examiner si la même décision aurait été prise dans des circonstances comparables. La conséquence qui en découle est que toute décision administrative en matière fiscale (que la Commission pourrait désapprouver à l'avenir) est soumise à une période d'incertitude de dix ans.

Conclusion

Dans l'affaire Engie, la Commission européenne croit avoir identifié une aide d'Etat illégale accordée par le Luxembourg à Engie. L'avantage fiscal global est estimé à 120 millions d'euros et devra être récupéré par les autorités fiscales luxembourgeoises. Cependant, l'analyse technique des opéra-

tions conclues par les différentes entités d'Engie est conforme à la législation fiscale luxembourgeoise et ne comporte aucun avantage fiscal sélectif. En effet, le même traitement fiscal aurait dû s'appliquer en l'absence d'un rescrit fiscal.

Les enquêtes menées actuellement en matière d'aides d'Etat viennent ralentir les progrès accomplis de manière multilatérale, à savoir le développement de normes relatives aux prix de transfert et la mise en œuvre du consensus obtenu sur BEPS. De l'avis de l'auteur, le Luxembourg estime à juste titre qu'il a appliqué correctement ses lois fiscales, en ligne avec la pratique administrative. Tout ceci est conforme à la souveraineté nationale du Luxembourg. A l'avenir, le législateur luxembourgeois transposera la directive anti-évasion fiscale (*Anti-Tax Avoidance Directive*, «ATAD») et les autres mesures BEPS qui devraient être applicables à partir de 2019, contribuant ainsi à l'instauration de conditions équitables au sein de l'Union européenne.

Tel que publié dans le Journal Officiel de l'Union européenne du 5 novembre 2018, le gouvernement luxembourgeois a introduit en date du 30 août 2018 devant la CJUE un recours contre la décision de la Commission européenne. De même, les autres Etats membres concernés par les décisions précédentes de la Commission relatives aux aides d'Etat ont introduit des recours juridictionnels devant la CJUE. Finalement, la CJUE devra garantir la sécurité juridique pour des cas d'aides d'Etat qui remontent à dix ans.

Implications pour les contribuables

Les groupes multinationaux qui ont mis en place des structures de financement similaires à celle qui a été examinée dans l'affaire Engie devraient analyser s'il est nécessaire d'adapter leur structure afin d'éviter de futures implications fiscales négatives et s'assurer du maintien de l'efficacité de leur structure.

Dans l'ère post-BEPS, les adaptations potentielles de structures doivent tenir compte de nombreux aspects différents. Premièrement, outre les dispositions anti-abus déjà applicables sur la base du droit interne ou des conventions fiscales (dispositions générales anti-abus, notion de bénéficiaire économique, etc.), une structure de remplacement doit anticiper les modifications futures de la loi fiscale qui résultent du projet BEPS de l'OCDE. Au niveau de l'Union européenne, conformément à la directive anti-évasion fiscale (ATAD et ATAD 2), les Etats membres devront transposer dans leur droit interne les mesures anti-BEPS à partir de 2019. Au niveau des conventions fiscales, le critère des objets principaux (*Principal Purposes Test*, «PPT») deviendra de même applicable en 2019, suite à l'entrée en vigueur et la ratification de l'instrument multilatéral (*Multilateral Instrument*, «MLI»).

Deuxièmement, une structure de financement doit respecter les principes applicables en matière de prix de transfert, tels que définis dans la mise à jour 2017 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. A cet effet, une société de financement doit, entre autres, contrôler les risques liés à son activité de financement et disposer d'une capacité financière suffisante lui permettant d'assumer les risques au cas où ceux-ci se matérialisent. En outre, l'OCDE a émis un projet pour commentaires portant sur les aspects prix de transfert des transactions financières. Celui-ci viendra probablement compléter les directives énoncées dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, ce qui ajoutera un degré de complexité supplémentaire du point de vue des prix de transfert.

Troisièmement, les opérations de financement doivent être cohérentes par rapport à la justification et à la substance de la structure globale du groupe. Il faudra généralement transférer un nombre plus important de fonctions de trésorerie aux sociétés de financement, fonctions qui peuvent varier de la simple supervision des activités de trésorerie à l'exercice effectif de fonctions de trésorerie.

D'une manière générale, dans l'ère post-BEPS, l'élaboration de la structure de financement optimale doit tenir compte à la fois des règles fiscales applicables dans les différentes juridictions impliquées, des règles en matière de prix de transfert et des aspects relatifs à la substance. Ceci requiert, par conséquent, une approche globale qui puisse faire face à toutes les différentes difficultés indiquées précédemment.

* Oliver R. HOOR, Tax Partner, Head of Transfer Pricing and the German Desk, Atoz Tax Advisers

Pour contacter l'auteur : oliverhoor@atoz.lu

L'auteur tient à remercier Julien METZ (Tax Director) et Samantha SCHMITZ (Chief Knowledge Officer) pour leur aide précieuse.

1) Cf. Claire Micheau et Gauthier Charles de la Brousse, «Case Studies of Tax Issues on Selectivity: Analysis of the Patent Box Scheme and the Reduced Taxation of Foreign-Source Interest Income», dans *State Aid and Tax Law*, p.167 (2013)

2) Voir par exemple, *British Aggregates contre Commission*, C-387/06P (CJCE 2008), paragraphe 82 ; *Espagne contre Commission*, C-409/00 (CJCE 2003), paragraphe 47 ; et *République du Portugal contre Commission*, C-88/03 (CJCE 2006), paragraphe 54. Voir également Micheau et de la Brousse, *supra* note 28.