

Avenue Louise 489  
1050 Bruxelles, Belgique  
Tél: 32 (0)2 626 05 00  
Fax: 32 (0)2 626 05 10  
www.steptoel.com  
shirsbrunner@steptoel.com

Schweizerhof-Passage 7  
3001 Berne, Suisse  
Tél: 41 (0) 31 327 54 54  
Fax: 41 (0) 31 327 54 99  
www.prager-dreifuss.com  
philipp.zurkinden@prager-dreifuss.com

**Steptoel**  
STEPTOE & JOHNSON LLP



9 octobre 2017/Rev. 2

## **Rapport**

établi pour la

### **Conférence des gouvernements cantonaux**

## **Conséquences d'une possible adoption par la Suisse de l'interdiction des aides d'Etat de l'Union européenne**

Résumé

---

La Conférence des gouvernements cantonaux nous a demandé d'examiner les probables implications de l'introduction en Suisse de l'interdiction des aides d'État de l'UE et de répondre à quatre questions. Nos conclusions se trouvent résumées ci-dessous.

**1. Quels domaines politiques seraient particulièrement touchés par l'introduction de règles en matière d'aides d'État ? Quels règlements cantonaux seraient affectés ? Quels effets peut-on attendre ?**

Si la Suisse introduisait une interdiction des aides d'Etat conformément aux normes du droit de l'Union européenne, toute action de l'Etat résultant en l'avantage sélectif d'un secteur économique ou d'une entreprise particulière serait soumise à un contrôle. Pareille interdiction pourrait entraîner le refus ou la réduction des aides d'Etat. Toute aide illégalement accordée majorée des intérêts pourrait faire l'objet d'une restitution même au bout de dix ans et indépendamment du principe de la confiance légitime.

L'interdiction des aides d'Etat pourrait bien englober des situations qui revêtent une importance régionale ou locale quand on les considère objectivement.

Un large éventail de domaines politiques seraient concernés. Il n'est pas possible d'en dresser la liste exhaustive, d'autant plus que les négociations avec l'Union européenne ne sont pas encore terminées. En outre, la tendance actuelle consistant à interpréter toujours plus largement les critères d'application qui sous-tendent l'interdiction devrait se poursuivre.

En cas d'introduction du droit de l'UE en matière d'aide d'Etat par accord ou par secteur concerné, le champ d'application ne peut être délimité sans équivoque. On ne peut pas exclure avec certitude que des secteurs en amont ou en aval ou autrement connectés puissent également être touchés.

La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons n'est pas *a priori* déterminante pour l'échelon auquel l'interdiction de l'aide est susceptible de se répercuter. Ainsi, le fait que l'article 91 para. 1 Cst confère à la Confédération le pouvoir de légiférer en matière de transport et de fourniture d'électricité n'implique pas que l'introduction de l'interdiction des aides dans le secteur de l'électricité ne concernerait que la Confédération. L'interdiction pourrait plutôt s'infiltrer à tous les niveaux de l'Etat, y compris ceux des municipalités et des institutions et entreprises publiques, dans la mesure où elles accordent des avantages sélectifs dans le secteur de l'électricité.

S'agissant de l'Accord sur la libre circulation des personnes, il est vraisemblable que les aides d'Etat destinées à promouvoir la formation et le perfectionnement en entreprise ou l'emploi de personnes défavorisées ou handicapées seraient remises en question.

Si l'interdiction de l'aide dans le cadre de l'Accord de libre échange est conçue selon les critères du droit de l'UE, la quasi-totalité de l'industrie manufacturière serait affectée.

Les mesures visant à promouvoir l'activité économique, y compris l'octroi par les cantons ou les municipalités d'incitants à l'établissement d'entreprises, seraient en tout état de cause menacées.

L'interdiction des aides d'Etat n'entraîne pas l'abolition des droits régaliens des cantons. Elle n'exige pas de privatisation. Elle n'empêche aucunement les entreprises de monopoles publics telles que les établissements cantonaux d'assurance des bâtiments ou la SUVA d'étendre leurs activités à des marchés non monopolisés. Cependant, si ces entreprises devaient bénéficier d'un financement de l'Etat, ce qui devrait être examiné, celui-ci pourrait être concerné par l'interdiction de l'aide. Par exemple, les assurances cantonales de bâtiments exonérées d'impôts seraient concernées. Il faudrait le cas échéant vérifier si les investissements financés par l'Etat dans des entreprises publiques ou mixtes, y compris les entreprises de fournitures d'électricité ou les banques cantonales, sont compatibles avec les règles applicables en matière d'aides d'Etat.

En cas d'accord sur la libre prestation des services financiers, les garanties d'Etat en faveur des banques cantonales seraient compromises dans les cantons concernés.

## **2. Quel serait l'impact sur la fiscalité cantonale de l'introduction de règles en matière d'aides d'Etat?**

L'analyse du différend fiscal entre la Suisse et l'Union européenne sur la compatibilité de certaines réglementations cantonales en matière de fiscalité des entreprises avec l'UE et de la jurisprudence ultérieure de la Commission européenne en matière de fiscalité des Etats membres (y compris les rulings fiscaux) montre que l'adoption de la législation communautaire en matière d'aides risque d'interférer avec la souveraineté fiscale des cantons. Les incitations fiscales cantonales en faveur d'entreprises ou de groupes d'entreprises, accordées dans le cadre des régimes fiscaux cantonaux ou par le biais d'actes individuels, en particulier les rulings fiscaux, sont en principe soumises à la législation communautaire en matière d'aides.

Du point de vue suisse, le critère d'entrave aux échanges entre la Suisse et l'UE, qui est pertinent pour l'application du droit communautaire en matière d'aides, n'est pas susceptible de fournir une protection suffisante contre l'ingérence indésirable de l'UE dans la souveraineté fiscale des cantons. Le critère correspondant en droit communautaire en matière d'aides, à savoir la distorsion de concurrence ou l'entrave aux échanges entre Etats membres, n'est examiné que sommairement par les institutions européennes et est

déjà retenu si, en raison d'un privilège financier, l'entreprise ou le groupe concerné bénéficie d'un avantage concurrentiel.

Certes la majorité des avantages fiscaux cantonaux, dénoncés par l'UE dans le cadre du différend fiscal susmentionné, devraient disparaître au profit d'entreprises en général internationales avec la réforme imminente de la fiscalité des entreprises ou plutôt son adoption par votation, mais d'importants décrets cantonaux prévoyant des avantages fiscaux en faveur de certaines entreprises ou de certains groupes, en particulier des mesures fiscales visant à promouvoir l'activité économique ainsi que des allègements fiscaux individuels, tomberaient dans le champ d'application de la législation communautaire en matière d'aides d'Etat. Les décisions de l'UE contre des rulings fiscaux précisément au cours des deux dernières années montrent la rigueur avec laquelle la Commission européenne examine la compatibilité de tels avantages avec le droit communautaire.

L'adoption du droit communautaire et des pratiques correspondantes en matière d'aide devrait dès lors être considérée avec esprit critique. La création de règles autonomes tenant compte de la structure fédérale de la Suisse et des caractéristiques des différents secteurs économiques et précisant les éléments d'entrave aux échanges entre la Suisse et l'UE ménagerait davantage le fédéralisme. L'interprétation définitive de ces règles autonomes ne devrait alors pas automatiquement être du ressort de la Cour européenne de justice.

### **3. Quelle est la pratique dans les pays voisins de la Suisse ?**

Contrairement à la première impression, la législation européenne sur les aides est diversément appliquée dans les Etats de l'Union européenne voisins de la Suisse. Le respect des dispositions relatives aux aides d'Etat est une complication majeure et une lourde charge pour les autorités compétentes au niveau régional et municipal.

Lorsqu'elle applique l'interdiction des aides, la Commission européenne veille à ne pas donner l'impression d'une discrimination unilatérale envers certains Etats membres. Quand elle entreprend des enquêtes dans certains secteurs économiques, elle le fait souvent contre plusieurs Etats membres en même temps. En tant que pays non membre de l'UE, la Suisse ne pourrait pas s'attendre à pareille considération.

Si toutefois il advenait que des États membres de l'UE soient épargnés par des contrôles drastiques, la Suisse ne pourrait prétendre légalement à l'égalité de traitement.

#### **4. Comment instaurer un contrôle des règles relatives aux aides d'Etat compatible avec le fédéralisme suisse ?**

La Suisse n'a pas de système comparable à celui du régime d'aide de l'UE. Au niveau fédéral, ni la loi sur les subventions ni la loi sur la politique régionale n'est axée sur le principe de la concurrence.

L'obligation d'obtenir une autorisation pour toute aide accordée par un Etat membre, ancrée dans la législation de l'UE, dans la mesure où cette aide n'est pas couverte par une réserve explicite ou une exception, serait non seulement très problématique en Suisse sur le plan constitutionnel, mais représenterait également pour les cantons un fardeau administratif difficilement quantifiable. Une autorité fédérale chargée de veiller au respect des règles d'aide prévues par l'accord institutionnel ou par les accords sectoriels bilatéraux pourrait ainsi n'être investie que du pouvoir de formuler des recommandations, assorti tout au plus du droit d'attaquer les décisions cantonales d'octroi d'aide devant une juridiction cantonale. Un concordat semblable à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) pourrait être envisagé comme instrument juridique, auquel la Confédération participerait également et qui veillerait à la mise en œuvre des obligations internationales aux niveaux cantonal et municipal. Au lieu d'une obligation de notification, le gouvernement suisse ou l'UE pourrait exercer un droit de signalement, ou éventuellement de notification pour les aides atteignant un certain montant.

La Commission de la concurrence ne pourrait faire office d'autorité de surveillance (mandatée conjointement par la Confédération et les cantons dans le cadre d'un nouveau concordat comme proposé ci-dessus), bien qu'elle ait une fonction correspondante dans l'accord sur le transport aérien conclu entre la Confédération et l'UE. Ceci parce que le contrôle des aides d'Etat est de nature hautement politique et qu'avec le changement de paradigme intervenu en 1995 dans le cadre de la réforme totale de la loi sur les cartels (les éléments qui n'ont pas trait à la concurrence, c'est-à-dire essentiellement de nature politique, n'interviennent plus dans l'analyse juridique des cas de la concurrence), la prise en compte d'aspects politiques est pour elle inhabituelle. L'accord sur le transport aérien revêt un caractère particulier en ce qu'il s'agit d'un contrat d'intégration – unique en Suisse – dont les règles de concurrence (y compris celles qui régissent les aides) ne sont guère appliquées.



Une autorité de surveillance telle que l'ElCom, composée de cinq à sept membres indépendants élus par le Conseil fédéral, et soucieuse des intérêts cantonaux, serait bien plus appropriée.

Bruxelles, Bern, le 9 octobre 2017

Simon Hirsbrunner

Prof. Dr. Philipp Zurkinden