

Editors: José Luís da Cruz Vilaça, Carlos Botelho Moniz,
Rita Leandro Vasconcelos and Alberto Saavedra

Taxation, State aid and distortions of competition

XXVIII FIDE CONGRESS

Lisbon/Estoril

(23-26 May 2018)

Congress Proceedings

Vol. 2

**Taxation, State aid
and distortions of competition**

**Fiscalité, aides d'état
et distorsions de la concurrence**

**Steuern, staatliche Beihilfen
und Wettbewerbsverzerrungen**

**Taxation, State aid
and distortions of competition**

**Fiscalité, aides d'état
et distorsions de la concurrence**

**Steuern, staatliche Beihilfen
und Wettbewerbsverzerrungen**

CONGRESS PROCEEDINGS VOL.2

Editors:

José Luís da Cruz Vilaça, Carlos Botelho Moniz,
Rita Leandro Vasconcelos and Alberto Saavedra

**TAXATION, STATE AID
AND DISTORTIONS OF COMPETITION
FISCALITÉ, AIDES D'ÉTAT
ET DISTORSIONS DE LA CONCURRENCE
STEUERN, STAATLICHE BEIHILFEN
UND WETTBEWERBSVERZERRUNGEN**

COORDENAÇÃO

José Luís da Cruz Vilaça, Carlos Botelho Moniz,
Rita Leandro Vasconcelos and Alberto Saavedra

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

João Jegundo

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Maio, 2018

DEPÓSITO LEGAL

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva
responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo,
sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento
judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

XXVIII FIDE Congress – Lisbon/Estoril (23-26 May 2018)

FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen / International
Federation for European Law)

XXVIII FIDE Congress; [org.] APDE (Associação Portuguesa de Direito
Europeu). – 3 v.

V. 2: p. – ISBN 978-972-40-7479-5

Editors: José Luís da Cruz Vilaça, Carlos Botelho Moniz,
Rita Leandro Vasconcelos and Alberto Saavedra

High Patronage

COM O ALTO PATROCÍNIO
DE SUA EXCELENCIA
UNDER THE HIGH PATRONE OF THE
PRESIDENT OF THE PORTUGUESE REPUBLIC



O Presidente da República

Institutional Supporters



UNIVERSIDADE
NOVA
DE LISBOA



REPÚBLICA
PORTUGUESA
CULTURA

**PATRIMÓNIO
CULTURAL**
Direção-Geral do Património Cultural

MNAA
MUSEU NACIONAL DE ARTE ANTIGA



Palácio
Nacional
da Ajuda



**MOSTEIRO DOS
JERÓNIMOS**



**Museu
Nacional
dos Coches**

Jurisonova
Associação da Faculdade de Direito da
UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

Premium Sponsors



**Jerónimo
Martins**



Premium Partners



**ABREU
ADVOGADOS**



CUATRECASAS

GARRIGUES

G A _ P
Gómez-Acebo & Pombo

Linklaters



Luis Silva Moraes
Sérgio Gonçalves do Cabo
& Associados, SP, RL
Sociedade de Advogados

MORAIS LEITÃO
GALVÃO TELES
SOARES DA SILVA

PLMJ
ADVOGADOS, SP, RL

50
YEARS
By your side.



SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP, RL
ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA
& ASSOCIADOS

URÍA MENÉNDEZ
PROENÇA DE CARVALHO



VIEIRA DE ALMEIDA

Congress Partners

C/M/S/ Rui Pena & Arnaut



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL



5
CREATING VALUE
1992-2017

TELLES
TELLES DE ABREU | ADVOGADOS

Other Sponsors and Contributors

FIDELIDADE
SEGUROS DESDE 1808



hmfr
HEALTH MARKET RESEARCH



Wolters Kluwer

General Rapporteur:

Raymond Luja

Institutional Rapporteurs:

Julia Rapp and Ramona Ianus

Editors:

**José Luís da Cruz Vilaça, Carlos Botelho Moniz,
Rita Leandro Vasconcelos and Alberto Saavedra**

Members of the board of APDE

(Portuguese Association for European Law):

**José Luís da Cruz Vilaça, Carlos Botelho Moniz, Nuno Piçarra,
Rita Leandro Vasconcelos, João Paulo Teixeira de Matos,
Nuno Ruiz and Miguel Gorjão-Henriques**

Executive Committee:

**Alberto Saavedra, Joana Schmid Moura, João de Lemos Portugal,
Filipa Pimentel, Leonor Bettencourt Nunes,
Margarida Rosado da Fonseca, Margarida Sameiro,
Piedade Castro e Sousa and Teresa Côrte-Real**

INTRODUCTION



INTRODUCTION

I. The XXVIII FIDE Congress in Estoril

It is not for nothing that Estoril, situated on the coast of the Atlantic Ocean and at the westernmost point of continental Europe, is the splendid venue of the XXVIII FIDE Congress. At the time when Lisbon was, during the Second World War, one of the most desired destinations for those trying to escape the slaughter ravaging the European continent, Estoril became the vibrant center of secret diplomacy as well as the preferred *lieu d'exil* for crowned heads and dignitaries. Nowadays, being on the outer edge of the European Union, Estoril's location again demonstrates the symbolic value of the region. It is not only a gateway to Europe and European values, represented to a large extent by European law, but it is also a platform from which to see beyond local issues. Just as in previous centuries, when the Portuguese coast served Vasco da Gama and Cabral as a starting point to set sail on their expeditions, we too are now embarking, as lawyers and academics, on an arduous journey that should lead the current reflection on European law to face the internal and external challenges of the Union – nowadays perhaps more than ever before.

Given the profile and location of the XXVIII FIDE Congress, it is not surprising that the organisation of this event has been entrusted to the Portuguese Association for European Law (APDE), which was created in 1984 with the aim of contributing to the dissemination of European law in Portugal. At the same time the APDE, in its capacity as a member of the FIDE, ensures the connection of the Portuguese legal community to the ongoing debate about the most important topics of the European Union.

II. FIDE

Since 1961, FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen / International Federation for European Law) has brought together the European law

associations of each Member State, of candidate countries, as well as those of Norway and Switzerland.¹ For the last 50 years of its existence, as the common umbrella organization, it has been universally recognized by the international legal community as having a remarkable influence on the development and shaping of both the context and the culture of European Union law. The biennial FIDE Congresses gather several hundred lawyers and professionals from different backgrounds. They are the most important event of reflection and dialogue on EU law and policies, as regards both the legislative and policy developments in the European Union and their application by the EU and national courts. Together with their related publications, the reports compiled by FIDE, published in rich and dense volumes full of information and reflection, the Congresses generate an invaluable treasury of academic writing and debate; landmarks in the study of the core themes in European law and the case law of the Court of Justice of the EU, widely consulted by academics, practitioners and judges.²

Previous FIDE Congresses, hosted by numerous European national, cultural and academic capitals, have covered a vast gamut of fundamental and economic topics of vital interest for the European Union.³ The last Congress in Budapest in 2016 put a special emphasis on the problems of European banking union, private enforcement and collective redress in European competition law, as well as on the division of competences and regulatory powers between the European Union and the Member States. All the chosen topics have been comprehensively analysed and discussed. This time, the XXVIII Congress in Estoril aims to go beyond, and significantly develop, the previous work. The adaptability of the thematic scope of the FIDE's Congresses and publications to the current political and economic context constitutes its distinctive feature.

Beside the unquestionable pertinence of the choice of topics, one of the greatest values of FIDE seems to be its well-established, varied and multilevel dimension. It is not only an organisational structure. It is an institutionalised federation of legal experts – *Great Minds of European Law*⁴, empowered to shape its norma-

¹ Statute of the FIDE is available at https://www.fide-europe.org/xms/files/ABOUT_FIDE/Statutes_of_FIDE_FIDE_V3.pdf (10.4.2018).

² See Julia Laffranque, FIDE – Uniting Great Minds of European Law: 50 years of the International Federation of European Law, *Juridica International XVIII/2011*, pp. 173-181; Alexandre Bernier, Constructing and Legitimizing: Transnational Jurist Networks and the Making of a Constitutional Practice of European Law, 1950-1970, in *Contemporary European History*, 2012, pp. 399-415

³ For more information concerning previous and current FIDE Congresses see <https://www.fide-europe.org/Congresses/> (10.4.2018).

⁴ Julia Laffranque, op.cit., pp. 173-181, pp. 173-181. The expression, coined by Professor Julia Laffranque, served as a basis of the motto of the XXVI FIDE Congress ('FIDE – Uniting Great Minds of European Law'). Its modified version has also been used by the authors of the Introduction to the XXVI FIDE Congress Publication – Professor Ulla Neergaard, Professor Catherine Jacqueson, Commissioner Nina

tive and cultural framework. As a research tool in understanding the diversity of legal reality, the Congresses and the publication of the results allow experts to share the knowledge they have gained, including with the younger generation of scholars in the PhD seminars. In this regard FIDE is where expertise and dialogue meet head on.

With such an important *spiritus movens* as the development of European legal culture and identity, FIDE is also burdened with responsibility. In times of numerous challenges facing the European Union, it undertakes to fulfil its difficult tasks as well as it can. The XXVIII Congress in Estoril, along with the present publication, serve as a preeminent example of how FIDE can fulfil its noble objectives.

III. Topics

As is the custom, for each of the three topics of the current FIDE biennial work, a questionnaire has been prepared by the General Rapporteur, who also undertakes the responsibility of coordinating the national reports, which have been drafted by experts appointed by the national associations of FIDE. All these reports, together with the general reports prepared by the General Rapporteurs, and accompanied by institutional reports drafted by representatives of the EU institutions, constitute the subject of the present collection.

The themes of the XXVIII Congress have been carefully chosen, accordingly to their general interest, topicality, relevance for the process of European integration and practical ability to attract the participants and a wider audience. *‘World peace cannot be safeguarded without the making of creative efforts proportionate to the dangers which threaten it’*⁵ – these words, uttered by Robert Schuman in 1950, are still up-to-date. The current necessity to balance openness and safety in the field of European law and policy provides a particular justification for the selection of this year’s topics.

1. The internal market and the digital economy⁶

In the new digital era, the economy of new media may be considered as the single most important driver of innovation, competitiveness and growth in Europe and

Holst-Christensen, Professor Jens Hartig Danielsen and Professor Grith Skovgaard Ølykke who adopted it for one of the headlines (‘A Collaboration of Great Minds of EUropean Law’) in order to stress the relationship between EU law and European law.

⁵ Robert Schuman Declaration, 9 May 1950.

⁶ General Rapporteur: Professor Peggy Valcke, KU Leuven – CiTiP (Centre for IT & IP Law) – imec (BE), visiting professor at Tilburg University (NL) and Bocconi University Milan (IT). Institutional Rapporteur: Professor Piedade Costa de Oliveira, member of the Legal Service of the European Commission, visiting professor at University of São Paulo (Brazil).

the world. Internet and e-commerce, the new sharing economy and peer-to-peer transactions, not to mention media and telecoms across the borders, are thus at the heart of the discussion and of legislative initiatives at the national and European level. The issue of governance in the digital single market has also become one of the Commission's main priority policy areas for 2014-2019, illustrated by the Digital Single Market Strategy of May 2015⁷. Following its assumptions, the present topic includes in the first place the better access by consumers and businesses to new markets, online goods and services across Europe. In this regard, the necessity to eliminate key differences between the online and offline worlds and hence to remove obstacles to cross-border activity is of the highest importance. Second, the examination of the topic will address the development of the appropriate conditions for digital network and services. A particular emphasis has been placed on high-speed, secure and reliable infrastructures and content services, as well as on the tailor-made regulatory conditions for innovation, investment, fair competition and a level playing field. The final objective was to discuss the potential for growth of the digital economy in Europe, by analysing the desirability of investment in ICT infrastructures, cloud computing and Big Data, research innovation, accuracy of public services and industrial effectiveness.

Besides the study of the digital single market, its infrastructure and electronic commerce, the topic focuses on the existing and recently amended legal instruments, which cannot in turn be dissociated from the necessary protection of consumers, personal data and fundamental rights – freedom of expression and the right to privacy – information mass storage, confidentiality of communications and global security. Judicial review and the increasing case law on these matters are at the core of reflections on the topic.

As the general report shows, the major problem in this area is the risk of over-regulation in what is a highly changeable and unpredictable field. As such, it requires well-coordinated regulatory instruments but cannot ignore the growing diversity of the relevant activities. From the institutional perspective, it seems important, however, to point out the tendency of the Union legislature in all the above-mentioned areas to resort to regulations as a harmonisation tool, which seems to illustrate the political will to adopt uniform rules within the European Union.

2. Taxation, state aid and distortions of competition⁸

According to the existing case law on tax schemes and State aid, the problems of the tax rulings and their influence on competition, as well as the outcome of the

⁷ COM (2015) 192 final.

⁸ General Rapporteur: Professor Raymond Luja, Maastricht University (NL), fiscal state aid counsel to Loyens & Loeff N.V., Amsterdam (NL). Institutional Rapporteurs: Ms. Julia Rapp and Ms. Ramona Ianus of European Commission.

Commission's investigations, and pending or future Court's proceedings, are of the utmost importance for the current internal market legal policy. In this regard the present topic encompasses the relationship between such notions as profit shifting and harmful tax competition, double taxation and double non-taxation, including the OECD model instruments. It also provides an insight into the territorial reach of such dealings and remedies.

As the general report shows, both national and international tax systems still suffer from shortcomings, in practice substituting tax harmonization by State aid rules. The growing awareness of the case law and the learning-by-doing processes within the Commission nonetheless seem to be improving the effectiveness of the State aid regime. In the light of the fact that the future of unconditional tax exceptions in the European Union is being questioned, as well as the success of anti-tax avoidance legislation, the need for advance tax rulings is about to increase. From the institutional point of view, the role of the Commission is prominent in this respect, but it can only properly be played on the basis of guidance provided by the Court of Justice of the European Union.

3. The external dimension of the EU policies: horizontal issues; trade and investment; Playstation and asylum⁹

Last but not least, the external aspects of European policies merit our close attention. The evolution of the international community in times of political and military tensions, which have already given rise to significant human and social costs that are dramatically affecting future European Union policies, deserves to be urgently addressed by respected European and international figures.

First of all, an update on the division of powers and competences between the EU institutions and Member States and their respective roles on the international sphere will be required. This would provide a deep follow-up and focused analysis on one aspect that was addressed in the context of topic III in the Budapest XXVII Congress. Secondly, the topic focuses on the international agreements currently being negotiated by the European Union on trade liberalization, market access and investment protection, such as TTIP and CETA, within the context of other regional or global international agreements.¹⁰ In the light of

⁹ General Rapporteurs: Professor Christine Kaddous, Université de Genève (CH), visiting professor at the College of Europe (BL/PL) and at Université Paris II Panthéon-Assas (FR); Professor Nuno Piçarra, Professor at the Law Faculty of the Nova University of Lisbon; member of the Academic Network for Legal Studies on Immigration and Asylum in Europe (*Odysseus*) and of the management board of the European Union Agency for Fundamental Rights. Institutional Rapporteurs: Mr. Hubert Légal and Mr. Álvaro de Elera, Legal Service of the Council; Mr. Freddy Drexler and Mr. Anders Neergaard, Legal Service of the European Parliament.

¹⁰ At the time of writing, the rapporteurs did not have access to the Court of Justice judgment in Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea BV*. In its preliminary ruling of 6 March 2018, the Court concluded

recent case law of the Court of Justice, the institutional report considers mixed agreements as a political choice for the Union legislature and, in this context, raises the question of the conditions of recourse to this type of agreement. In relation to international agreements, the report also reveals the urgent need to strengthen the mechanisms of democratic scrutiny within the European Union institutions and Member States.

On the other hand, the immense challenges of immigration and asylum that our Area of Freedom, Security and Justice is facing will provide the opportunity for an intense debate. It is crucial to understand how the current crisis is impacting, or will impact, on the existing and evolving regulations, international agreements, practices and institutional machinery dealing with such fundamental issues, including judicial protection and the rule of law. It is our firm belief that the European Union is a unique framework to achieve all those objectives while respecting fundamental rights, democracy and the rule of law. The preservation of these values for the next generations of European citizens is one of the most important objectives of our times.

4. Further debates

In order to give a wider insight on the debate, an introductory panel on *Europe at the Crossroads* has been scheduled. In their opening lectures, Professor Catherine Barnard and Professor Michael O’Flaherty will discuss respectively ‘The future of Europe post-Brexit’ and ‘Fundamental rights as a road sign at the crossroads’. This panel should provide an excellent starting point for the debate led by the prominent speakers in the panel on *Europe and Brexit*, concerning one of the most traumatic events in the current history of the European Union.

IV. Acknowledgments

As President and Members of the Board of the Portuguese Association for European Law (APDE – Associação Portuguesa de Direito Europeu), we would like to thank His Excellency the President of the Portuguese Republic and His Excellency the Prime Minister of Portugal for the institutional support given to the XXVIII FIDE Congress, organised by APDE in Estoril from 23 to 26 May 2018.

We would also like to express our gratitude to all the rapporteurs, speakers, chairpersons, moderators and interpreters involved in the work of the Congress and of the present publication.

that the arbitration clause in the Agreement between the Netherlands and Slovakia (intra-EU BIT) on the protection of investments is not compatible with EU law. The ruling raises further questions concerning arbitration in the European Union in Investor-State Dispute Settlement.

The organisation of the XXVIII FIDE Congress would not have been possible without the generous contribution of our sponsors and supporters.

The support of the Court of Justice of the European Union and of the European Commission was also of the utmost importance for the success of the Congress.

Last but not least, we would like to thank the members of the Executive Committee of the Congress, Alberto Saavedra, Filipa Pimentel, Joana Schmid Moura, João de Lemos Portugal, Leonor Bettencourt Nunes, Margarida Rosado da Fonseca, Margarida Sameiro, Piedade Castro e Sousa and Teresa Côrte-Real. Without their unconditional dedication to the Congress, its organisation would not have been possible.

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CARLOS BOTELHO MONIZ, NUNO PIÇARRA, RITA LEANDRO VASCONCELOS, JOÃO PAULO TEIXEIRA DE MATOS, NUNO RUIZ, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES

INTRODUCTION

I. Le XXVIIIe Congrès de la FIDE à Estoril

Non sans raison, c'est à Estoril, située sur la côte de l'océan Atlantique et à l'extrême ouest de l'Europe continentale, que se tient le XXVIIIe Congrès de la FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen). À l'époque où Lisbonne était, pendant la Seconde Guerre mondiale, l'une des destinations les plus recherchées par ceux qui tentaient d'échapper au carnage qui ravageait le continent européen, Estoril devint le centre d'une diplomatie secrète effervescente et le lieu d'exil des têtes couronnées et dignitaires. De nos jours, se trouvant à la lisière de l'Union Européenne, la localisation d'Estoril atteste à nouveau du caractère symbolique de la région. Estoril n'offre pas seulement une porte d'entrée vers l'Europe et les valeurs européennes, représentées en grande partie par le droit de l'Union européenne, mais permet également de prendre de la hauteur de vue pour se projeter et /réfléchir au-delà des problèmes locaux. Comme des siècles auparavant, lorsque Vasco de Gama et Cabral partirent de la côte portugaise pour leurs expéditions, nous embarquons maintenant, en tant que juristes et universitaires, dans un périple difficile qui devrait aider la réflexion actuelle sur le droit de l'Union européenne à faire face aux défis internes et externes de l'Union, toujours plus prégnants. Compte tenu du programme et de la localisation du XXVIIIe Congrès de la FIDE, il n'est pas surprenant que son organisation ait été confiée à l'Association portugaise pour le droit européen (APDE), créée en 1984 dans le but de contribuer à la diffusion du droit européen au Portugal. L'APDE, en qualité de membre de la FIDE, est un lieu de débat renouvelé pour la communauté juridique portugaise sur les sujets les plus importants de l'Union européenne.

II. FIDE

Depuis 1961, la FIDE unit les associations de droit européen de chaque État membre, des pays candidats à l'adhésion, ainsi que de la Suisse et la Norvège¹. En 50 ans d'existence, elle a été reconnue par la communauté juridique internationale comme ayant une influence remarquable sur la formation et le développement d'un cadre européen tant juridique que culturel. Les congrès biennaux de la FIDE réunissent plusieurs centaines de juristes venant d'horizons divers. Ils constituent le point d'orgue de la réflexion et du dialogue sur le droit et les politiques de l'Union, tant en ce qui concerne leur évolution que leur application par les juridictions nationales et européennes. Ensembles avec les congrès, les publications afférentes – les riches et denses Rapports préparés et publiés par la FIDE – constituent de précieux points de repère dans l'étude des thèmes fondamentaux du droit de l'Union et de la jurisprudence de la Cour de justice, largement utilisés par les universitaires, les praticiens et les juges².

Les congrès précédents de la FIDE, ayant eu lieu en plusieurs capitales nationales, culturelles et académiques de l'Europe, couvraient un large éventail de sujets juridiques et économiques présentant un intérêt vital pour l'Union européenne³. Le dernier Congrès de Budapest en 2016 a mis l'accent sur les problèmes de l'union bancaire européenne, l'exécution privée et les recours collectifs dans le droit européen de la concurrence, ainsi que sur la répartition des compétences et des pouvoirs réglementaires entre l'Union européenne et les États membres. Tous les thèmes choisis ont été analysés et discutés de manière approfondie. Se situant dans la même lignée, le XXVIIIe Congrès d'Estoril vise à approfondir le travail précédent. L'adéquation des thématiques des congrès et des publications de la FIDE au contexte politique et économique actuel constitue son trait distinctif.

Outre la pertinence incontestable du choix des sujets, l'un des plus grands atouts reconnu de la FIDE réside dans la multiplicité et de la diversité de son approche. Loin d'être une simple structure organisationnelle, elle constitue une fédération institutionnalisée d'experts juridiques – les *Grands esprits du droit Européen*⁴ – à même d'orienter le cadre culturel et normatif de l'Union. Les études

¹ Statut de la FIDE est disponible sur : https://www.fide-europe.org/xms/files/ABOUT_FIDE/Statutes_of_FIDE_FIDE_V3.pdf (10.4.2018).

² Voir Julia Laffranque, FIDE – Uniting Great Minds of European Law: 50 years of the International Federation of European Law, *Juridica International XVIII/2011*, pp. 173-181; Alexandre Bernier, Constructing and Legitimizing: Transnational Jurist Networks and the Making of a Constitutional Practice of European Law, 1950-1970, in *Contemporary European History*, 2012, pp. 399-415.

³ Pour plus d'informations sur les congrès précédents et actuels de la FIDE, voir : <https://www.fide-europe.org/congresses/> (10.4.2018).

⁴ Julia Laffranque, op.cit., pp. 173-181. L'expression, créée par le professeur Julia Laffranque, a servi de base à la devise du XXVIe Congrès de la FIDE ('FIDE – Uniting Great Minds of EUropean Law'). Sa version modifiée a également été utilisée par les auteurs de la Publication accompagnant le Congrès de

juridiques comparatives, en tant qu'outil de recherche pour appréhender la réalité juridique dans sa complexité, la publication de ces travaux, ainsi que les congrès aident les experts à partager les connaissances acquises avec les autres, y compris avec la jeune génération pendant les Séminaires Doctoraux. À cet égard, la FIDE est l'endroit où l'expertise et le dialogue se réunissent.

En tant que *spiritus movens* du développement de la culture et de l'identité juridique européenne, la FIDE a également une responsabilité importante. Au moment où l'Union européenne est confrontée à de nombreux défis, la FIDE parvient, avec succès, à accomplir les missions qui sont les siennes. Le XXVIIIe Congrès d'Estoril, ainsi que la présente publication, en sont la parfaite illustration.

III. Thèmes

Comme le veut la tradition, pour chacun des trois thèmes des travaux de la FIDE, un questionnaire a été préparé par le Rapporteur général, auquel il incombe également de coordonner les rapports nationaux, rédigés par des experts des associations nationales membres de la FIDE. Ces rapports ainsi que les rapports généraux préparés par les rapporteurs généraux et accompagnés des rapports institutionnels élaborés par les représentants des institutions de l'Union, composent le présent ouvrage.

Les thèmes du XXVIIIe Congrès ont été choisis avec soin, en fonction de leur pertinence pour le processus d'intégration européenne, de l'actualité et de leur faculté à attirer de nombreux participants. « *La paix mondiale ne saurait être sauvegardée sans des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent.* »⁵ – ces mots, prononcés par Robert Schuman en 1950, sont toujours d'actualité. La nécessité de trouver, au regard du droit et des politiques de l'Union européenne, un équilibre entre ouverture et sécurité permet d'aborder de façon particulièrement stimulante les sujets suivants :

1. Le marché intérieur et l'économie digitale⁶

Dans la nouvelle ère numérique, l'économie peut être considérée comme le moteur le plus important de l'innovation, de la compétitivité et de la croissance en Europe et dans le monde. L'Internet et le commerce électronique, la nouvelle

la XXVI de la FIDE – le professeur Ulla Neergaard, le professeur Catherine Jacqueson, le commissaire Nina Holst-Christensen, le professeur Jens Hartig Danielsen et le professeur Grith Skovgaard Ølykke qui l'ont adoptée pour l'un des titres de l'Introduction ('A Collaboration of Great Minds of European Law') afin de souligner la relation entre le droit de l'UE et le droit européen.

⁵ Déclaration de Robert Schuman, 9 mai 1950.

⁶ Rapporteur général: Professeur Peggy Valcke, KU Leuven – CiTiP (Centre for IT & IP Law) – imec (BE), professeur invité à l'Université de Tilburg (NL) et à l'Université Bocconi de Milan (IT). Rapporteur institutionnel: Professeur Piedade Costa de Oliveira, membre du service juridique de la Commission européenne, professeur invité à l'Ecole Polytechnique de l'Université de São Paulo (Brésil).

économie du partage et les transactions *peer-to-peer*, sans oublier les médias et les télécommunications par-delà les frontières, sont ainsi au cœur de la discussion et des initiatives législatives au niveau national et européen. La question de la gouvernance dans le marché unique numérique est devenue l'un des principaux domaines d'action prioritaires de la Commission pour la période 2014-2019, illustrée par la Stratégie pour un marché unique numérique en mai 2015⁷. Suivant les hypothèses de cette Stratégie, le présent sujet suppose, en premier lieu, de réfléchir à un meilleur accès des consommateurs et des entreprises à de nouveaux marchés, biens et services en ligne à travers l'Europe. À cet égard, la nécessité d'éliminer les différences principales entre les mondes *on-line* et *off-line* pour mettre fin aux obstacles à l'activité transfrontalière est de la plus haute importance. En second lieu, le présent sujet porte sur des conditions adéquates pour le développement du réseau et des services numériques. Un accent particulier a été mis sur les infrastructures et les services en ligne rapides, sécurisés et fiables, ainsi que sur les conditions réglementaires appropriées aux innovations, à la concurrence loyale, à l'investissement et aux conditions de concurrence équitable. L'objectif final est de discuter du potentiel de croissance de l'économie numérique en Europe, en analysant la nécessité d'investir dans les infrastructures TIC, le *Cloud computing* et le *Big Data*, l'innovation dans la recherche, la pertinence des services publics ainsi que l'efficacité industrielle.

Outre l'étude du marché unique numérique, de ses infrastructures et du commerce électronique, les réflexions, ciblées sur des instruments juridiques existants et récemment révisés, ne peuvent être dissociées de l'objectif de protection des consommateurs, des données personnelles et des droits fondamentaux, comme l'illustre la nécessité de préserver la sécurité, la liberté d'expression et la confidentialité des communications face au le stockage de masse des informations. Le contrôle judiciaire et la jurisprudence croissante sur ces questions sont au cœur de la réflexion proposée.

Comme le montre l'étude générale, le problème majeur du thème analysé concerne le risque d'une réglementation excessive dans une matière mouvante et imprévisible. En tant que tel, l'encadrement de l'économie numérique nécessite des instruments réglementaires adaptés et bien coordonnés. D'un point de vue institutionnel, il semble intéressant de souligner la tendance du législateur européen à appliquer fréquemment dans tous les domaines susmentionnés la réglementation en tant qu'instrument d'harmonisation ce qui semble illustrer la volonté d'adopter des règles uniformes au sein de l'Union européenne.

⁷ COM (2015) 192 final.

2. Fiscalité, aides d'État et distorsions de la concurrence⁸

Au regard des problèmes de *tax ruling* et de leur influence sur la concurrence, les résultats des enquêtes de la Commission et l'issue des procédures éventuelles devant la Cour de justice revêtent une importance pressante pour la politique juridique européenne. À cet égard, le présent sujet englobe la relation entre des notions telles que le transfert de bénéfices, la concurrence fiscale dommageable et les conventions visant à éviter une double imposition, y compris les instruments types de l'OCDE, et fournit un aperçu à l'échelle territoriale des problèmes soulevés par ceux-ci.

Comme le montre l'étude générale, les systèmes fiscaux nationaux et internationaux comportent, en l'absence d'harmonisation fiscale, des lacunes. Cette absence d'harmonisation positive est palliée par le recours au droit des aides d'État. La sensibilisation croissante à la jurisprudence et les processus *learning-by-doing* au sein de la Commission semblent toutefois déjà en cours afin d'améliorer l'efficacité du régime des aides d'État. L'avenir des exemptions fiscales inconditionnelles dans l'Union étant remis en cause, de même que le succès des législations nationales anti-évitement et anti-abus, le besoin de décisions anticipées en matière fiscale augmente. Du point de vue institutionnel, le rôle de la Commission est important à cet égard, mais ne peut être joué que sur une base solide fournie par la Cour de justice.

3. La dimension extérieure des politiques de l'Union européenne: questions horizontales; commerce et investissements; immigration et asile⁹

Les aspects externes de la politique européenne devraient également retenir notre attention. Les évolutions au sein de la communauté internationale en période de tensions politiques et militaires, qui ont déjà entraîné des coûts humains et sociaux dramatiques affectant gravement les politiques de l'UE pour les temps à venir, mérite d'être traitée urgemment par d'éminentes personnalités européennes et internationales.

Premièrement, le sujet apporte une mise à jour quant à la répartition des pouvoirs et des compétences entre les institutions de l'Union et les États membres

⁸ Rapporteur général: Professeur Raymond Luja, Université de Maastricht (NL), conseiller juridique en matière d'aides d'État auprès de Loyens & Loeff N.V., Amsterdam (NL). Rapporteurs institutionnels: Mme Julia Rapp, Mme Ramona Ianus, Services de la Commission européenne.

⁹ Rapporteurs généraux: Professeur Christine Kaddous, Université de Genève (CH), professeur invité au Collège d'Europe (BL/ PL) et à l'Université Paris II Panthéon-Assas (FR); Professeur Nuno Piçarra, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Nova de Lisbonne, membre du Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe (*Odysseus*) et du Conseil d'administration de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. Rapporteurs institutionnels: M. Hubert Légal et M. Álvaro de Elera, Services juridiques du Conseil; M. Freddy Drexler et M. Anders Neergaard, Services juridiques du Parlement européen.

ainsi que leurs rôles respectifs sur la scène internationale. Il permet ainsi un approfondissement d'un des aspects déjà abordé dans le contexte du thème III du XXVIIe Congrès de Budapest. En outre, le thème porte sur les accords internationaux actuellement négociés par l'UE dans le cadre de la libéralisation des échanges, l'accès au marché et la protection des investissements, tels que le TTIP et le CETA¹⁰. Au regard de la jurisprudence récente de la Cour de justice, le rapport institutionnel appréhende les accords mixtes en tant que choix politique pour le législateur de l'Union et, dans ce cadre, soulève la question des conditions de recours à ce type d'accords. Le rapport révèle également la nécessité urgente de renforcer les mécanismes de contrôle démocratique au sein des institutions européennes et des États membres s'agissant des accords internationaux.

Deuxièmement, les immenses défis en matière d'immigration et d'asile auxquels l'Espace de liberté, de sécurité et de justice est confronté, susciteront un débat intense. Il est essentiel de comprendre comment la crise actuelle affecte ou aura un impact sur les réglementations, les accords internationaux, les pratiques et les mécanismes institutionnels existants et futurs qui traitent des questions fondamentales, notamment la protection judiciaire et le respect du droit. Nous sommes fortement convaincus que l'Union européenne est un cadre unique pour relever ces défis dans le respect des droits fondamentaux, de la démocratie et du droit. La préservation de ces valeurs pour les prochaines générations de citoyens européens est l'un des objectifs les plus importants de notre époque.

4. Questions ouvertes

Afin de contextualiser nos réflexions, un panel introductif relatif à *l'Europe à la croisée des chemins* a été ajouté. Dans leurs interventions d'ouverture, les professeurs Catherine Barnard et Michael O'Flaherty discuteront sur les thèmes suivants : *'The future of Europe post Brexit'* et *'The fundamental rights as a road sign at the crossroads'*. Ce panel devrait servir de point de départ à un débat approfondi entre les éminents intervenants du panel sur *l'Europe et le Brexit*, l'un des événements les plus traumatisants de l'histoire récente de l'Union européenne.

IV. Remerciements

En qualité de président et membres du Conseil Directeur de l'Association Portugaise pour le Droit Européen (APDE – Associação Portuguesa de Direito Euro-

¹⁰ Au moment de la rédaction du présent recueil, les rapporteurs n'avaient pas eu accès à l'arrêt de la CJUE du 6 mars 2018 dans l'affaire C-284, *Slovak Republic c. Achmea BV*. En réponse à la question préjudicielle, la Cour de justice a estimé que la clause d'arbitrage de l'accord entre les Pays-Bas et la Slovaquie (intra-UE TBI) sur la protection des investissements n'est pas compatible avec le droit de l'UE. La décision soulève de nombreuses questions concernant l'arbitrage des différends entre investisseurs et États au sein de l'Union.

peu), nous tenons à remercier Son Excellence le Président de la République Portugaise et Son Excellence le Premier Ministre du Portugal pour le soutien institutionnel apporté au XXVIIIème Congrès de la FIDE, que l'APDE a organisé à Estoril du 23 au 26 mai 2018.

Nous souhaitons également exprimer notre reconnaissance à tous les rapporteurs, orateurs, présidents de séance, modérateurs et interprètes qui ont contribué aux travaux du Congrès et de la présente publication. La réalisation du XXVIIIème Congrès de la FIDE n'aurait pas été possible sans la généreuse contribution de nos sponsors et supporters.

Nous souhaitons également mettre en exergue l'importance du soutien de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Commission européenne pour le succès de ce Congrès.

Enfin, nous souhaitons remercier tout particulièrement les membres du Comité Exécutif du Congrès, Alberto Saavedra, Filipa Pimentel, Joana Schmid Moura, João de Lemos Portugal, Leonor Bettencourt Nunes, Margarida Rosado da Fonseca, Margarida Sameiro, Piedade Castro e Sousa et Teresa Côte-Real. Sans leur dévouement inconditionnel au Congrès, l'organisation de celui-ci n'aurait pas été possible.

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CARLOS BOTELHO MONIZ, NUNO PIÇARRA,
RITA LEANDRO VASCONCELOS, JOÃO PAULO TEIXEIRA DE MATOS, NUNO
RUIZ, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES

EINFÜHRUNG

I. Der XXVIII. FIDE-Kongress in Estoril

Nicht umsonst ist Estoril, das sich an der Küste des Atlantischen Ozeans und am westlichsten Punkt Kontinentaleuropas befindet, der prächtige Schauplatz des XXVIII. FIDE-Kongresses. Während des Zweiten Weltkriegs, als Lissabon eines der begehrtesten Ziele war für diejenigen, die dem Massaker auf dem europäischen Kontinent entkommen wollten, wurde Estoril zum pulsierenden Zentrum der Geheimdiplomatie und zum bevorzugten Zufluchtsort für gekrönte Häupter und Würdenträger. Heute befindet sich Estoril am äußersten Rand der Europäischen Union und beweist erneut den symbolischen Wert der Region. Es ist nicht nur ein Tor zu Europa und europäischen Werten, die zu einem großen Teil vom europäischen Recht repräsentiert werden, sondern es ist auch eine Plattform, die die Möglichkeit bietet, über lokale Probleme hinauszublicken. Wie in früheren Jahrhunderten, als die portugiesische Küste Vasco da Gama und Cabral als Ausgangspunkt für ihre Expeditionen diente, begeben wir uns jetzt als Anwälte und Akademiker auf eine beschwerliche Reise, die das aktuelle Nachdenken über das europäische Recht anstoßen sollte, um den internen und externen Herausforderungen der Union ins Auge sehen zu können – heute vielleicht mehr als jemals zuvor.

Angesichts des Profils und des Standorts des XXVIII. FIDE-Kongresses ist es nicht verwunderlich, dass die Organisation dieser Veranstaltung der Portugiesischen Vereinigung für Europäisches Recht (APDE) anvertraut wurde, gegründet 1984 mit dem Ziel, zur Verbreitung des europäischen Rechts in Portugal beizutragen. Gleichzeitig stellt die APDE als Mitglied der FIDE die Verbindung der portugiesischen Rechtsgemeinschaft zur laufenden Debatte über die wichtigsten Themen der Europäischen Union sicher.

II. FIDE

Die FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen / Internationale Vereinigung für Europarecht) hat seit 1961 die europäischen Rechtsverbände der einzelnen Mitgliedstaaten, der Bewerberländer sowie Norwegens und der Schweiz zusammengeführt¹. In den letzten 50 Jahren ihres Bestehens wurde sie als gemeinsame Dachorganisation von der internationalen Rechtsgemeinschaft allgemein anerkannt, da sie einen bemerkenswerten Einfluss auf die Entwicklung und Gestaltung sowohl des Kontexts als auch der Kultur des Unionsrechts hat. Die alle zwei Jahre stattfindenden FIDE-Kongresse versammeln mehrere hundert Anwälte und Fachleute mit unterschiedlichem Hintergrund. Sie sind das wichtigste Ereignis der Reflexion und des Dialogs über EU-Recht und -Politik, sowohl was die legislativen als auch die politischen Entwicklungen in der Europäischen Union anbelangt, und ihre Anwendung durch die EU und die nationalen Gerichte. Zusammen mit den entsprechenden Publikationen, den Berichten der FIDE, die in reichen und schweren Bänden voller Information und Reflexion veröffentlicht werden, schaffen die Kongresse eine unbezahlbare Schatzkammer des wissenschaftlichen Schreibens und der Debatte; Orientierungspunkte bei der Untersuchung der Kernthemen des europäischen Rechts und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU, die von Akademikern, Praktikern und Richtern umfassend konsultiert werden².

Frühere FIDE-Kongresse, die von zahlreichen europäischen nationalen, kulturellen und akademischen Hauptstädten veranstaltet wurden, decken ein breites Spektrum grundlegender und wirtschaftlicher Themen ab, die von vitaler Bedeutung für die Europäische Union sind³. Der letzte Kongress in Budapest im Jahr 2016 richtete besondere Aufmerksamkeit auf die Probleme der europäischen Bankenunion, die private Durchsetzung und den kollektiven Rechtsschutz im europäischen Wettbewerbsrecht sowie auf die Aufteilung der Zuständigkeiten und Regelungsbefugnisse zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten. Alle ausgewählten Themen wurden ausführlich analysiert und diskutiert. Diesmal will der XXVIII. Kongress in Estoril die bisherige Arbeit übertreffen und deutlich weiterentwickeln. Die Anpassungsfähigkeit des thematischen Rahmens der FIDE-Kongresse und -Veröffentlichungen

¹ Das Statut der FIDE ist verfügbar unter https://www.fide-europe.org/xms/files/ABOUT_FIDE/Statutes_of_FIDE_FIDE_V3.pdf (10.4.2018).

² Siehe Julia Laffranque, FIDE – Uniting Great Minds of European Law: 50 years of the International Federation of European Law, *Juridica International XVIII/2011*, pp. 173-181; Alexandre Bernier, Constructing and Legitimizing: Transnational Jurist Networks and the Making of a Constitutional Practice of European Law, 1950-1970, in *Contemporary European History*, 2012, pp. 399-415.

³ Weitere Informationen zu früheren und aktuellen FIDE-Kongressen finden Sie unter HYPERLINK "<https://www.fide-europe.org/congresses/>" <https://www.fide-europe.org/Congresses/> (10.4.2018).

an den aktuellen politischen und wirtschaftlichen Kontext macht seine Besonderheit aus.

Neben der unzweifelhaften Relevanz der Themenwahl scheint einer der größten Werte der FIDE ihre gut etablierte, vielfältige und mehrstufige Dimension zu sein. Es ist nicht nur eine Organisationsstruktur. Es ist ein institutionalisierter Verband von Rechtsexperten – Great Minds of European Law⁴ mit der Befugnis, seinen normativen und kulturellen Rahmen zu gestalten. Als ein Forschungsinstrument zum Verständnis der Vielfalt der rechtlichen Realität ermöglichen die Kongresse und die Veröffentlichung der Ergebnisse den Experten, ihr erworbenes Wissen zu teilen, auch mit der jüngeren Wissenschaftlergeneration in den PhD-Seminaren. In dieser Hinsicht ist die FIDE der Ort, an dem Fachwissen und Dialog aufeinandertreffen.

Mit einem so wichtigen spiritus movens wie der Entwicklung der europäischen Rechtskultur und -identität trägt die FIDE auch eine gewisse Verantwortung. In Zeiten zahlreicher Herausforderungen für die Europäische Union verpflichtet sie sich, ihre schwierigen Aufgaben so gut wie möglich zu erfüllen. Zusammen mit der vorliegenden Veröffentlichung dient der XXVIII. Kongress in Estoril als herausragendes Beispiel dafür, wie die FIDE ihre edlen Ziele erfüllen kann.

III. Themen

Wie üblich, arbeitete der Generalberichterstatte für jedes der drei Themen der aktuellen zweijährlichen Arbeit der FIDE einen Fragebogen aus. Er übernimmt auch die Verantwortung für die Koordinierung der nationalen Berichte, zusammengestellt von Experten, die von den nationalen FIDE-Verbänden ernannt wurden. Zusammen mit den von den Generalberichterstatte erstellten allgemeinen Berichten und den von Vertretern der EU-Institutionen verfassten institutionellen Berichten bilden alle diese Berichte den Gegenstand der vorliegenden Sammlung.

Die Themen des XXVIII. Kongresses wurden sorgfältig ausgewählt, entsprechend ihrem allgemeinen Interesse, ihrer Aktualität, ihrer Relevanz für den Prozess der europäischen Integration und ihrer praktischen Fähigkeit, die Teilnehmer und ein breiteres Publikum zu gewinnen. „Es wird kaum möglich sein,

⁴ Julia Laffranque, aaO, S. 173-181, S. 173-181. Der von Professorin Julia Laffranque geprägte Ausdruck diente als Grundlage für das Motto des XXVI. FIDE-Kongresses („FIDE – Uniting Great Minds of EUropean Law“). Seine modifizierte Version wurde auch von den Autoren der Einführung in die Publikationen des XXVI. FIDE-Kongresses – Professorin Ulla Neergaard, Professorin Catherine Jacqueson, Kommissarin Nina Holst-Christensen, Professor Jens Hartig Danielsen und Professor Grith Skovgaard Ølykke – verwendet, die ihn für eine der Titelzeilen („A Collaboration of Great Minds of EUropean Law“) übernahmen, um das Verhältnis zwischen EU-Recht und europäischem Recht zu betonen.

den Weltfrieden zu erhalten, wenn wir uns nicht auch um neuartige Lösungen bemühen, die den drohenden Gefahren wirklich gerecht werden“⁵ – diese Worte von Robert Schuman aus dem Jahr 1950 sind immer noch aktuell. Die derzeitige Notwendigkeit, ein Gleichgewicht zwischen Offenheit und Sicherheit im Bereich des europäischen Rechts und der europäischen Politik herzustellen, ist eine besondere Rechtfertigung für die Auswahl der diesjährigen Themen.

1. Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft⁶

In der neuen digitalen Ära kann die Wirtschaft der neuen Medien als der wichtigste Motor für Innovation, Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum in Europa und der Welt angesehen werden. Internet und E-Commerce, die neue Sharing Economy und Peer-to-Peer-Transaktionen, ganz zu schweigen von Medien und Telekommunikation über die Grenzen hinweg, stehen daher im Mittelpunkt der Diskussion und der legislativen Initiativen auf nationaler und europäischer Ebene. Das Thema der Governance im digitalen Binnenmarkt ist auch zu einem der wichtigsten politischen Schwerpunktbereiche der Kommission für den Zeitraum 2014-2019 geworden, wie die Strategie für einen digitalen Binnenmarkt vom Mai 2015 zeigt⁷. Nach ihren Annahmen umfasst das vorliegende Thema in erster Linie den besseren Zugang von Verbrauchern und Unternehmen zu neuen Märkten, Online-Waren und -Dienstleistungen in ganz Europa. In dieser Hinsicht ist die Notwendigkeit, wesentliche Unterschiede zwischen der Online- und der Offline-Welt aufzuheben und somit Hindernisse für grenzüberschreitende Aktivitäten zu beseitigen, von größter Bedeutung. Zweitens befasst sich die Untersuchung des Themas mit der Entwicklung geeigneter Bedingungen für digitale Netze und Dienste. Ein besonderer Schwerpunkt wurde auf schnelle, sichere und zuverlässige Infrastrukturen und Inheldienste sowie auf die maßgeschneiderten Regulierungsbedingungen für Innovation, Investitionen, fairen Wettbewerb und gleiche Wettbewerbsbedingungen gelegt. Das endgültige Ziel bestand darin, das Wachstumspotenzial der digitalen Wirtschaft in Europa zu diskutieren, indem die Attraktivität von Investitionen in IKT-Infrastrukturen, Cloud Computing und Big Data, Forschungsinnovation, Genauigkeit der öffentlichen Dienste und industrielle Effizienz analysiert wurde.

⁵ Erklärung von Robert Schuman, 9. Mai 1950.

⁶ Generalberichterstatterin: Professorin Peggy Valcke, KU Leuven – CiTiP (Zentrum für IT & IP-Recht) - imec (BE), Gastprofessorin an der Universität Tilburg (NL) und an der Bocconi-Universität Mailand (IT). Institutionelle Berichterstatterin: Professorin Piedade Costa de Oliveira, Mitglied des Juristischen Dienstes der Europäischen Kommission, Gastprofessorin an der Universität São Paulo (Brasilien).

⁷ Generalberichterstatter: Professor Raymond Luja, Universität Maastricht (NL), Steuerberater von Loyens & Loeff N.V., Amsterdam (NL). Institutionelle Berichterstatterinnen: Frau Julia Rapp und Frau Ramona Ianus von der Europäischen Kommission.

Neben der Untersuchung des digitalen Binnenmarkts, seiner Infrastruktur und seines elektronischen Handels konzentriert sich das Thema auf die bestehenden und kürzlich geänderten Rechtsinstrumente, die nicht vom notwendigen Schutz der Verbraucher, der personenbezogenen Daten und der Grundrechte – Meinungsfreiheit und Recht auf Privatsphäre – getrennt werden können, Massenspeicherung von Informationen, Vertraulichkeit der Kommunikation und globale Sicherheit. Die gerichtliche Überprüfung und die zunehmende Rechtsprechung zu diesen Fragen stehen im Mittelpunkt der Überlegungen zu diesem Thema.

Wie der allgemeine Bericht zeigt, besteht das Hauptproblem in diesem Bereich in der Gefahr einer Überregulierung in einem stark veränderlichen und unvorhersehbaren Bereich. Als solcher erfordert er gut koordinierte Regulierungsinstrumente, kann jedoch die wachsende Vielfalt der relevanten Aktivitäten nicht ignorieren. Aus institutioneller Sicht erscheint es jedoch wichtig, auf die Tendenz des Unionsgesetzgebers in allen oben genannten Bereichen hinzuweisen, als Harmonisierungsinstrument auf Regelungen zurückzugreifen, die den politischen Willen zur Annahme einheitlicher Regeln innerhalb der Europäischen Union zu veranschaulichen scheinen.

2. Besteuerung, staatliche Beihilfen und Wettbewerbsverzerrungen⁸

Nach der geltenden Rechtsprechung zu Steuerregelungen und staatlichen Beihilfen sind die Probleme der Steuervorbescheide und ihr Einfluss auf den Wettbewerb sowie das Ergebnis der Untersuchungen der Kommission und der laufenden oder künftigen Verfahren des Gerichtshofs von größter Bedeutung für die derzeitige Binnenmarktpolitik. In diesem Zusammenhang umfasst das vorliegende Thema die Beziehung zwischen Begriffen wie Gewinnverlagerung und schädlichem Steuerwettbewerb, Doppelbesteuerung und doppelter Nichtbesteuerung, einschließlich der OECD-Modellinstrumente. Es gibt auch einen Einblick in die territoriale Reichweite solcher Geschäfte und Abhilfemaßnahmen.

Wie der allgemeine Bericht zeigt, weisen sowohl die nationalen als auch die internationalen Steuersysteme nach wie vor Mängel auf, wobei in der Praxis die Steuerharmonisierung durch die Vorschriften über staatliche Beihilfen ersetzt wird. Das zunehmende Bewusstsein für die Rechtsprechung und die Learning-by-doing-Prozesse innerhalb der Kommission scheinen jedoch die Wirksamkeit der staatlichen Beihilferegelung zu verbessern. Angesichts der Tatsache, dass die Zukunft bedingungsloser Steuerausnahmen in der Europäischen Union in

⁸ Generalberichterstatter: Professor Raymond Luja, Universität Maastricht (NL), Steuerberater von Loyens & Loeff N.V., Amsterdam (NL). Institutionelle Berichterstatterinnen: Frau Julia Rapp und Frau Ramona Ianus von der Europäischen Kommission.

Frage gestellt wird, sowie des Erfolgs der Rechtsvorschriften zur Bekämpfung der Steuervermeidung wird die Notwendigkeit von Steuervorbescheiden zunehmen. Aus institutioneller Sicht ist die Rolle der Kommission in dieser Hinsicht herausragend, aber sie kann nur auf der Grundlage von Leitlinien des Gerichtshofs der Europäischen Union angemessen umgesetzt werden.

3. Die externe Dimension der EU-Politiken: horizontale Aspekte; Handel und Investitionen; Einwanderung und Asyl⁹

Nicht zuletzt verdienen die externen Aspekte der europäischen Politik besondere Aufmerksamkeit. Die Entwicklung der internationalen Gemeinschaft in Zeiten politischer und militärischer Spannungen, die bereits zu erheblichen menschlichen und sozialen Kosten geführt haben mit dramatischer Auswirkung auf die künftige Politik der Europäischen Union, sollte dringend von angesehenen europäischen und internationalen Persönlichkeiten in Angriff genommen werden.

Vorab wird eine Aktualisierung der Verteilung von Zuständigkeiten und Befugnissen zwischen den EU-Organen und den Mitgliedstaaten und ihrer jeweiligen Rolle im internationalen Bereich gefordert. Dies würde eine eingehende und fokussierte Analyse zu einem Aspekt liefern, der im Rahmen des Themas III des XXVII. Kongresses in Budapest behandelt wurde. Zweitens konzentriert sich das Thema auf die internationalen Abkommen, die derzeit von der Europäischen Union über Handelsliberalisierung, Marktzugang und Investitionsschutz wie TTIP und CETA im Rahmen anderer regionaler oder globaler internationaler Abkommen ausgehandelt werden¹⁰. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs betrachtet der institutionelle Bericht

⁹ Generalberichterstatter: Professorin Christine Kaddous, Universität Genf (CH), Gastprofessorin am Europakolleg (BL / PL) und an der Université Paris II Panthéon-Assas (FR); Professor Nuno Piçarra, Professor an der Rechtsfakultät der Universität Nova von Lissabon, Mitglied des Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe (*Odyseus*) und des Verwaltungsrates der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte. Institutionelle Berichterstatter: Herr Hubert Légal und Herr Álvaro de Elera, Juristischer Dienst des Rates; Herr Freddy Drexler und Herr Anders Neergaard, Juristischer Dienst des Europäischen Parlaments.

Zum Zeitpunkt des Schreibens hatten die Berichterstatter keinen Zugang zu dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-284/16, *Slowakische Republik gegen Achmea BV*. In seinem Vorabentscheidungsverfahren vom 6. März 2018 kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Schiedsklausel im Abkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei (Intra-EU BIT) über den Investitionsschutz nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Das Urteil wirft weitere Fragen bezüglich der Schiedsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union in der Investor-Staat-Streitbeilegung auf.

¹⁰ Zum Zeitpunkt des Schreibens hatten die Berichterstatter keinen Zugang zu dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-284/16, *Slowakische Republik gegen Achmea BV*. In seinem Vorabentscheidungsverfahren vom 6. März 2018 kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Schiedsklausel im Abkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei (Intra-EU BIT) über den Investitionsschutz

gemischte Vereinbarungen als eine politische Entscheidung des Unionsgesetzgebers und wirft in diesem Zusammenhang die Frage nach den Bedingungen für den Rückgriff auf diese Art von Abkommen auf. In Bezug auf internationale Abkommen zeigt der Bericht auch die dringende Notwendigkeit, die Mechanismen der demokratischen Kontrolle innerhalb der Institutionen der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten zu stärken.

Auf der anderen Seite bieten die immensen Herausforderungen der Einwanderung und des Asyls in unserem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Gelegenheit zu einer intensiven Debatte. Es ist wichtig zu verstehen, wie sich die derzeitige Krise auf die bestehenden und sich entwickelnden Vorschriften, internationalen Abkommen, Praktiken und institutionellen Mechanismen auswirkt, die sich mit so grundlegenden Fragen wie dem Rechtsschutz und der Rechtsstaatlichkeit befassen. Wir sind der festen Überzeugung, dass die Europäische Union ein einzigartiger Rahmen ist, um all diese Ziele unter Wahrung der Grundrechte, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit zu erreichen. Die Wahrung dieser Werte für die nächsten Generationen europäischer Bürger ist eines der wichtigsten Ziele unserer Zeit.

4. Weitere Debatten

Um einen breiteren Einblick in die Debatte zu geben, wurde ein einleitendes Podium über Europa am Scheideweg geplant. In ihren Eröffnungsvorträgen werden Professorin Catherine Barnard und Professor Michael O’Flaherty jeweils die „Zukunft Europas nach dem Brexit“ und die „Grundrechte als Wegweiser am Scheideweg“ diskutieren. Dieses Podium sollte einen hervorragenden Ausgangspunkt für die Debatte bieten, die von den prominenten Rednern des Podiums zu Europa und dem Brexit über eines der traumatischsten Ereignisse in der aktuellen Geschichte der Europäischen Union geführt wird.

IV. Worte der Dankbarkeit

Als Präsident und Vorstandsmitglieder der Portugiesische Gesellschaft für Europarecht (APDE – Associação Portuguesa de Direito Europeu) möchten wir Seiner Exzellenz, dem Präsidenten der Portugiesischen Republik, und Seiner Exzellenz, dem Premierminister Portugals, für die institutionelle Unterstützung des XXVIII. FIDE Kongresses danken, der vom 23. bis 26. Mai 2018 in Estoril von der APDE organisiert wurde.

Wir möchten auch allen Berichterstatlern, Rednern, Vorsitzenden, Moderatoren und Dolmetschern danken, die zur Arbeit des Kongresses und dieser Veröffentlichung beigetragen haben.

nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Das Urteil wirft weitere Fragen bezüglich der Schiedsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union in der Investor-Staat-Streitbeilegung auf.

Ohne den großzügigen Beitrag unserer Sponsoren und Unterstützer wäre die Organisation des XXVIII. FIDE Kongresses nicht möglich gewesen.

Die Unterstützung des Gerichtshofs der Europäischen Union und der Europäischen Kommission war ebenfalls von größter Bedeutung für den Erfolg des Kongresses.

Nicht zuletzt möchten wir insbesondere den Mitgliedern des Exekutivkomitees des Kongresses danken, Alberto Saavedra, Filipa Pimentel, Joana Schmid Moura, João de Lemos Portugal, Leonor Bettencourt Nunes, Margarida Rosado da Fonseca, Margarida Sameiro, Piedade Castro e Sousa und Teresa Côrte-Real. Ohne ihre bedingungslose Hingabe an den Kongress wäre die Organisation nicht möglich gewesen.

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CARLOS BOTELHO MONIZ, NUNO PIÇARRA, RITA LEANDRO VASCONCELOS, JOÃO PAULO TEIXEIRA DE MATOS, NUNO RUIZ, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES

QUESTIONNAIRE



QUESTIONNAIRE

RAYMOND LUJA^{*}
JULIA RAPP^{**}

From 2013 onwards the European Commission initiated an EU-wide review of more than 1,000 tax rulings, which already resulted in a number of decisions ordering Member States to recover large sums of what it deemed unlawfully granted state aid (such as *Starbucks*, *Fiat*, *Belgian Excess Profit Rulings*, *Apple*). These decisions are now the subject of review by the EU's Courts. We would like to invite the national rapporteurs to clarify and elaborate on the following issues and questions. The questions will be divided in two parts. Part I will mainly focus on national tax rules and procedure. Part II will focus on matters of national (procedural) law and its interaction with European Union law.

Part I

Many countries allow taxable entities to contact their national tax authorities to get a certain degree of legal certainty in matters of tax law. These can have different forms, from more formalistic advance tax rulings or advance pricing agreements, to less formalistic written or oral gentlemen's agreements or even clarifications that are clearly stated to be non-binding. Some countries allow any company to ask for advance certainty, while others have either a stated policy or implicit policy to limit access to the tax authorities to large companies or companies committed to substantial new investments.

* General rapporteur.

** Institutional rapporteur.

1. Does your country offer the possibility for any degree of advance legal certainty in tax matters given by the tax authorities? If so, are there any specific requirements to be eligible for such certainty in advance?

There can be different types of uncertainty. For instance, there may be a particular payment between two companies that might either qualify as a debt (leading up to interest payments that are – in full or in part – deductible for tax purposes) or as equity (leading up to dividend payments that are non-deductible for tax purposes) depending on the facts at hand. Other uncertainties may relate to the attribution of profits to and within legal entities. If, for instance, a good is designed in state A, produced in state B and then sold and delivered in state C, the question will come up which state should be taxing which part of the profit. In the absence of any formal bilateral agreement, each state will be in a position to make its own calculation of what part of profit is (not) to be taxed.

2. Do your country's tax authorities systematically verify the facts mentioned in a request for a ruling, either prior to issuing a ruling (ex-ante) or prior to issuing the annual tax assessment (ex-post)? If so, could you explain the procedure in place?
3. Do anti-avoidance provisions require your tax authorities to verify the treatment given to a particular payment/transaction by the other country, as part of a tax audit or prior to issuing a tax assessment? If so, could you explain the procedure in place?

Regardless of what the exact national rules are in the situations above, one might end up in a situation where – afterwards – it turns out that the confirmation given by the tax authorities is incorrect. Either because of the publication of case law by domestic courts, or because new data indicates profits should have been attributed differently.

4. Could you please elaborate in what circumstances tax authorities would (not) be bound by a ruling or any other type of advance certainty provided?

In recent Commission decisions, the Commission has criticized the application of a one-sided transfer pricing method by a tax authority, as this authority does not verify whether there is at least some chance that profits shifted abroad will be taxed there.

5. Does your country check whether any remaining income will be taxed by another country? If so, does your country allow for any correction mechanism to ensure that any remainder will still be taxed at home as to avoid double non-taxation?

When allocating profits within a legal entity that operates cross-border, some countries have adopted an approach where all profits will be allocated to the headquarters (the ‘head office’), except for those profits that are clearly attributable to local activities (the ‘permanent establishment’).

6. Does your country apply any kind of default rule when allocating profits?

In the recent tax ruling cases mentioned above, the European Commission argued that an at arm’s length principle directly follows from the application of Article 107 TFEU, regardless of whether and how such a principle is to be considered part of the national tax law.

7. Did your country adopt any kind of at arm’s length pricing / transfer pricing principle, either by means of formal rules or by applying it in practice? In either case, do they have any practical or formal link to the OECD’s transfer pricing guidelines?

In the process of determining what the amount of profit is that should be taxed in a country, either the tax authorities or the taxable entity itself may conclude that earnings received or costs made where either overstated or understated. This may happen in intra-group situations in particular. In the absence of any adjustments, the amount of taxable profit reported may either be too high or too low compared to an at arm’s length setting.

8. Does your country allow for *unilateral* adjustments of profits both upwards as well as *downwards*?

Let us take the following simplified example: A product is sold from one group company to another at a price of 100. According to the tax authorities of the selling state an at arm’s length price should have been 120 and it adjusts taxable profit upwards accordingly.

9. Suppose the buyer is a resident of your country. Under which conditions would your tax authorities normally accept the transfer pricing result of the other country – an increase in deductible costs – and adjust the level of taxable profit downwards?

Many countries have a general anti-abuse rule (‘GAAR’) next to special legislation (*lex specialis*) dealing with mismatches (debt/equity), interest deduction limitations or at arm’s length pricing.

10. Does your country have a GAAR? If so, does your law allow it to be applied in a case of abuse as a back-up to *lex specialis* that turns out to be ineffective in a given case?

Part II

Member States are the ones that actually need to implement a recovery decision. This will be governed by national law. Some countries use civil procedure (unjustified enrichment or alike), others have special administrative or tax law procedures. One might even make it a mere procedural matter and allow the Commission's decision to be used as a legal title to collect sums due, to the extent sums have been named therein. Procedures should be designed in a way that recovery of sums due can take place within four months after the decision has been taken.

11. Briefly describe whether, and if so, which rules have been implemented in your country to ensure the effective and timely recovery of (fiscal) state aid, once ordered by the European Commission.
12. Have there been any examples in your country where national judges refused to allow for the (immediate) recovery of state aid? If so, please describe those situations.

Given the nature of state aid rules, there is limited room for recognition of 'legitimate expectations' that warrant protecting. This raises the question to what extent EU Member States may be bound by non-EU treaties, which might provide for a more vigorous protection of (more broadly defined) legitimate expectations. One may think of agreements protecting property or bilateral or multilateral investment treaties offering investor protection.

13. Is your country subject to international obligations involving the protection of property or the protection of foreign investments? If so, please identify them.¹
14. What position do the Courts in your country take on how to deal with conflicting obligations of European Union law and international law (including bilateral agreements with non-EU Member States)?

¹ In case of time restraints, please do address any existing agreements with the USA and the UK in particular.

QUESTIONNAIRE

RAYMOND LUJA*

JULIA RAPP**

À partir de 2013, la Commission européenne a entrepris un examen à l'échelle européenne de plus de 1.000 rescrits fiscaux, lequel a déjà mené à un certain nombre de décisions ordonnant aux États membres de récupérer des sommes considérables de ce que la Commission a considéré comme des aides d'État illégalement accordées (telles que *Starbucks*, *Fiat*, *Belgian Excess Profit Rulings*, *Apple*). Ces décisions sont maintenant soumises au contrôle des Tribunaux de l'UE.

Nous invitons les rapporteurs nationaux à clarifier et à approfondir les aspects et questions qui suivent. Les questions seront divisées en deux parties. La première partie (Partie I) portera essentiellement sur les règles et procédure fiscales nationales. La deuxième partie (Partie II) portera sur des questions de droit national (procédural) et sur son interaction avec le droit de l'Union européenne.

Partie I

De nombreux pays permettent aux entités imposables de contacter leurs autorités fiscales nationales afin d'obtenir un certain degré de sécurité juridique relativement à des questions de droit fiscal. Celles-ci peuvent prendre différentes formes, allant de rescrits fiscaux anticipés ou accords préalables en matière de prix de transfert plus formalistes, à des accords tacites écrits ou oraux moins for-

* Rapporteur général.

** Rapporteur institutionnel.

malistes ou même à des clarifications qui sont clairement déclarées non contraignantes. Certains pays permettent à toute société de solliciter une certitude anticipée, tandis que d'autres ont soit une politique déclarée, soit une politique implicite de limiter l'accès aux autorités fiscales aux grandes entreprises ou sociétés engagées dans de nouveaux investissements substantiels.

1. Votre pays offre-t-il la possibilité qu'un certain degré de sécurité juridique anticipée en matière fiscale soit accordé par les autorités fiscales? Dans l'affirmative, des conditions particulières sont-elles prévues afin d'être admissible à cette certitude anticipée?

Il peut y avoir différents types d'incertitude. Par exemple, il peut y avoir un paiement particulier entre deux sociétés qui pourrait être considéré soit comme une dette (ce qui entraîne des paiements d'intérêts qui sont – totalement ou partiellement – déductibles aux fins de l'impôt), soit comme une participation (qui conduit à des versements de dividendes qui ne sont pas déductibles aux fins de l'impôt) en fonction des faits en cause. D'autres incertitudes peuvent concerner l'attribution de bénéfices à des entités juridiques et au sein de celles-ci. Si, par exemple, un bien est conçu dans l'État A, produit dans l'État B et ensuite vendu et livré dans l'État C, la question se posera de savoir quel État devrait taxer quelle partie du bénéfice. En l'absence d'un accord bilatéral formel, chaque État sera en mesure de faire son propre calcul relativement à la partie du bénéfice doit faire (ou pas) l'objet d'imposition.

2. Les autorités fiscales de votre pays vérifient-elles systématiquement les faits mentionnés dans une demande de décision, soit avant la prise d'un rescrit (ex ante), soit avant l'émission de l'imposition annuelle (ex-post)? Si oui, pourriez-vous expliquer la procédure existante?
3. Les dispositions antifraude exigent-elles que vos autorités fiscales vérifient le traitement accordé à un certain paiement/transaction par l'autre pays dans le cadre d'un audit fiscal ou avant l'émission d'une imposition fiscale? Si oui, pourriez-vous expliquer la procédure existante?

Quelles que soient les règles nationales exactes dans les situations susmentionnées, on pourrait se retrouver dans une situation où – après tout – il s'avère que la confirmation donnée par les autorités fiscales est incorrecte. Soit à cause de la publication de jurisprudence par les tribunaux nationaux, soit parce que de nouvelles données indiquent que les bénéfices auraient dû être attribués différemment.

4. Pourriez-vous préciser dans quelles circonstances les autorités fiscales seraient (ne seraient pas) liées par un rescrit ou un autre type de garantie anticipée accordée?

Dans de récentes décisions de la Commission, la Commission a critiqué l'application d'une méthode de prix de transfert unilatérale par une autorité fiscale, étant donné que cette autorité ne vérifie pas s'il y a un minimum de chance que les bénéfices transférés à l'étranger y soient imposés.

5. Votre pays vérifie-t-il si les revenus restants seront imposés par un autre pays? Dans l'affirmative, votre pays prévoit-il un mécanisme de correction pour veiller à ce que tout reste soit taxé chez lui afin d'éviter une double non-imposition?

Lors de l'affectation de bénéfices au sein d'une entité juridique opérant sur une base transfrontalière, certains pays ont adopté une approche dans laquelle tous les bénéfices sont affectés au siège (le «siège»), à l'exception des bénéfices qui soient clairement attribuables aux activités locales (l'«établissement stable»).

6. Votre pays applique-t-il une règle de défaut quelconque lors de l'affectation des bénéfices?

Dans les récentes affaires de rescrits fiscaux susmentionnées, la Commission européenne a soutenu que le principe du prix de pleine concurrence résulte directement de l'application de l'article 107 du Traité FUE, indépendamment de la question de savoir si et comment un tel principe doit être considéré comme faisant partie du droit fiscal national.

7. Votre pays a-t-il adopté un quelconque principe de prix / prix de transfert dans des conditions de pleine concurrence, soit au moyen de règles formelles, soit en l'appliquant dans la pratique? Dans les deux cas, ont-ils un lien pratique ou formel avec les lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert?

Dans le processus de détermination du montant du bénéfice qui devrait être imposé dans un pays, les autorités fiscales ou l'entité imposable elle-même peuvent conclure que les revenus perçus ou les coûts supportés sont soit exagérés soit sous-estimés. Cela peut se produire dans des situations intragroupes en particulier. En l'absence de toute correction, le montant du bénéfice imposable déclaré peut être trop élevé ou trop bas par rapport à une configuration de pleine concurrence.

8. Votre pays autorise-t-il des corrections *unilatérales* des bénéfices tant à la hausse qu'à la baisse?

Prenons l'exemple simplifié suivant: Un produit est vendu par une société du groupe à une autre à un prix de 100. Selon les autorités fiscales de l'État de vente, un prix de pleine concurrence aurait dû être de 120 et, en conséquence, il corrige le bénéfice imposable à la hausse.

9. Supposez que l'acheteur est un résident de votre pays. Dans quelles conditions vos autorités fiscales accepteraient-elles normalement le résultat de prix de transfert de l'autre pays – une augmentation des coûts déductibles – et corrigeraient-elles le niveau du bénéfice imposable à la baisse?

Beaucoup de pays ont une règle anti-abus générale (« GAAR ») à côté de la législation spéciale (*lex specialis*) traitant des écarts (dettes/capitaux propres), des limitations de la déduction d'intérêts ou des prix de pleine concurrence.

10. Votre pays a-t-il une règle anti-abus générale (« GAAR »)? Dans l'affirmative, votre droit permet-il qu'elle soit appliquée dans un cas d'abus comme une sauvegarde de la *lex specialis* qui s'avère inefficace dans un cas donné?

Partie II

Les États membres sont ceux qui ont réellement besoin de mettre en œuvre une décision de récupération. Cela sera régi par le droit national. Certains pays utilisent la procédure civile (enrichissement sans cause ou similaire), d'autres ont des procédures administratives ou fiscales spéciales. On pourrait même en faire une simple question de procédure et permettre à la décision de la Commission d'être utilisée comme titre juridique pour percevoir les sommes dues, dans la mesure où des sommes y ont été mentionnées. Les procédures devraient être conçues de telle sorte que la récupération des sommes dues puisse avoir lieu dans les quatre mois suivant la prise de décision.

11. Décrivez brièvement si, et dans l'affirmative, quelles règles ont été mises en œuvre dans votre pays pour assurer la récupération efficace et en temps opportun des aides (fiscales) d'État, une fois ordonnée par la Commission européenne.
12. Y a-t-il eu dans votre pays des cas où les juges nationaux ont refusé de permettre la récupération (immédiate) d'aides d'État? Si oui, veuillez décrire ces situations.

Compte tenu de la nature des règles relatives aux aides d'État, la marge de reconnaissance de « confiance légitime » justifiant la protection est limitée. Ceci soulève la question de savoir dans quelle mesure les États membres de l'UE peuvent être liés par des traités non-UE, ce qui pourrait permettre une protection plus vigoureuse de la confiance légitime (plus largement définie). On peut penser à des accords protégeant des biens ou des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement offrant une protection aux investisseurs.

13. Votre pays est-il soumis à des obligations internationales concernant la protection de biens ou la protection d'investissements étrangers? Si oui, veuillez les identifier.¹
14. Quelle est la position que les Tribunaux de votre pays adoptent sur la manière de traiter les obligations contradictoires du droit de l'Union européenne et du droit international (y compris les accords bilatéraux avec les États non membres de l'UE)?

¹ En cas de contraintes de temps, veuillez évoquer tout accord existant avec les États-Unis et le Royaume-Uni en particulier.

FRAGEBOGEN

RAYMOND LUJA^{*}

JULIA RAPP^{**}

Seit 2013 hat die Europäische Kommission eine EU-weite Überprüfung von über 1000 Steuerentscheiden veranlasst; diese hat bereits zu einer Reihe von Entscheidungen geführt, die die Mitgliedstaaten anweisen, grosse Summen an Geld zurückzufordern, die als unrechtmässige staatliche Beihilfen (wie z.B. *Starbucks*, *Fiat*, *Belgian Excess Profit Rulings*, *Apple*) eingestuft wurden. Diese Entscheidungen sind derzeit Gegenstand von vor den EUGerichten anhängigen Gerichtsverfahren. Wir möchten die nationalen Berichterstatter dazu auffordern, zu den folgenden Fragen und Problemen Stellung zu nehmen. Die Fragen sind in zwei Teile eingeteilt: Teil I befasst sich vor Allem mit den nationalen Steuerregelungen und Steuerverfahren, Teil II mit nationalen verfahrensrechtlichen Angelegenheiten und deren Zusammenspiel mit dem Europäischen Recht.

Teil I

Viele Staaten erlauben es ihren Steuersubjekten mit den nationalen Steuerbehörden in Kontakt zu treten um eine gewisse Art von rechtlicher Sicherheit bzgl. ihrer Steuerangelegenheiten zu erhalten. Das kann in verschiedenen Formen geschehen, etwa in einer formelleren Form von vorab beschlossenen Steuerentscheiden oder vorab entschiedenen Preisvereinbarungen oder, weniger

* Genereller Berichterstatter.

** Institutioneller Berichterstatter.

formell, schriftlichen oder mündlichen “Gentlemen’s agreements“ oder sogar einfachen Klarstellungen, die eindeutig als unverbindlich angesehen werden. Einige Staaten erlauben es jedwelchem Unternehmen vorab einen Steuerbescheid zu beantragen, andere haben eine ausdrückliche oder implizite Politik mit dem Ziel, den Zugang großer Unternehmen oder solcher Unternehmen, die substantielle neue Investitionen planen, zu den Steuerbehörden zu begrenzen.

1. Erlaubt Ihr Land irgendeine Art von durch die Steuerbehörden im Voraus gegebener Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Steuerangelegenheiten? Wenn ja, existieren spezifische Anforderungen um eine derartige Sicherheit im Voraus zu erlangen?

Es kann verschiedene Arten von Ungewissheiten geben. Zum Beispiel (und je nach den Tatsachen des Einzelfalls) könnte es sich um eine ganz bestimmte Zahlung zwischen zwei Unternehmen handeln, die entweder als eine Schuld (was zu Zinszahlungen führt, die entweder teilweise oder vollständig von den Steuern abgesetzt werden können), oder aber als Kapital angesehen werden kann (was zu Dividendenausschüttungen führt, die nicht von der Steuer absetzbar sind). Andere Ungewissheiten können entstehen, wenn Gewinne gewissen juristischen Personen (oder innerhalb der juristischen Person) zugesprochen werden. Angenommen, eine Ware wird im Staat A entworfen, im Staat B produziert, dann verkauft und im Staat C ausgeliefert: dann erhebt sich die Frage, welcher Staat welchen Anteil am Gewinn versteuern sollte. In der Abwesenheit eines bilateralen Übereinkommens kann jeder Staat selbst bestimmen, welcher Teil des Gewinns zu versteuern (oder nicht zu versteuern) ist.

2. Überprüfen die Steuerbehörden Ihres Landes systematisch die in einem Antrag auf einen Steuerbescheid enthaltenen Fakten, sei es vor der Beschlussfassung (ex-ante), sei es nach der jährlichen Steuerveranlagung (ex-post)? Wenn ja, könnten Sie bitte das einschlägige Verfahren beschreiben?
3. Beinhalten die Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung Ihres Landes eine Regelung, die Ihre nationale Steuerbehörde dazu verpflichtet, die Behandlung, die eine spezifischen Zahlung/ein spezifischer Geschäftsvorgang in einem anderen Land erfahren hat, innerhalb des Verfahrens einer Steuerprüfung und vor Beschlussfassung zu überprüfen? Wenn ja, könnten Sie bitte das einschlägige Verfahren darlegen und erklären?

Unabhängig der exakten nationalen Regelungen in den oben beschriebenen Situationen kann der Fall aufkommen, in dem –im Nachhinein – die von den Steuerbehörden gegebene Bestätigung inkorrekt war. Sei es, weil die nationalen Gerichte in der Zwischenzeit neue Urteile erlassen haben, sei es, weil neue

Tatsachen darauf hindeuten, dass die Gewinne anders hätten gedeutet werden müssen.

4. Könnten Sie bitte auf die Frage eingehen, unter welchen Umständen die Steuerbehörden durch einen Entscheid oder eine andere Art von im Vorab gegebener Rechtssicherheit an diesen gebunden sind (oder nicht)?

In jüngsten Entscheidungen hat die Kommission die Anwendung einer einseitigen Leistungsverrechnung durch die Steuerbehörden kritisiert, da die fraglichen Steuerbehörden nicht überprüfen, ob die grenzüberschreitende Gewinne eventuell in dem Bestimmungsland besteuert werden.

5. Wird in Ihrem Land überprüft, ob übriggebliebene Gewinne von einem anderen Land besteuert werden? Wenn ja, bestehen in Ihrem Land Korrektur-Mechanismen die es erlauben, dass diese in Ihrem Land versteuert werden, um so eine doppelte Nichtbesteuerung zu verhindern?

Wenn es darum geht, Gewinne innerhalb einer juristischen Person, die grenzüberschreitend handelt, zuzuordnen, so sind einige Länder dazu übergegangen, diese Gewinne den „Headquarters“ (dem Hauptsitz) zuzuordnen, es sei denn, es handelt sich eindeutig um Gewinne, die lokalen Tätigkeiten entspringen (die „Betriebsstätte“).

6. Wendet Ihr Land irgendeine Art von Standardregel an, wenn es darum geht, Gewinne zuzuordnen?

In den oben genannten Steuerfällen hat die Kommission argumentiert, dass der Fremdvergleichsgrundsatz („at arm's length principle“) unmittelbar aus der Anwendung des Artikel 107 AEUV folgt, unabhängig davon, ob oder unter welchen Umständen ein derartiges Prinzip im Lichte des nationalen Steuerrechts gesehen werden muss.

7. Hat Ihr Land irgendeine Art von Fremdvergleichspreis/Transferpreisprinzip angewandt, sei es durch formelle Normen, sei es durch reine Anwendung in der Praxis? Gibt es, in welchem der oben genannten Fällen auch immer, eine Verbindung zu den OECD Transferpreis-Richtlinien?

Im Prozess der Feststellung, welcher Anteil an Gewinn in einem Land zu versteuern ist, können sowohl die Steuerbehörden als auch das Steuersubjekt selbst zum Schluss kommen, dass Gewinne oder Kosten unter – oder überbewertet wurden. Das kann vor Allem in konzerninternen Situationen vorkommen. In Abwesenheit jedwelcher Anpassung kann die Summe der steuerunterworfenen Gewinne im Vergleich zum Fremdvergleich zu hoch oder zu niedrig sein.

8. Erlaubt Ihr Land *unilaterale* Anpassungen der Gewinne, sowohl nach oben als auch *nach unten* gerichtet?

Ein vereinfachtes Beispiel: Ein Produkt wird von einem Unternehmen an ein anderes Unternehmen für 100 verkauft. Gemäß den Steuerbehörden des „verkaufenden Staats“ hätte der Fremdvergleichspreis 120 sein müssen und sie korrigieren den der Steuer unterworfenen Gewinn demgemäß.

9. Angenommen, der Käufer wäre in Ihrem Land ansässig. Unter welchen Umständen würden Ihre Steuerbehörden das Transferpreis-Resultat des anderen Landes akzeptieren – also eine Erhöhung steuerabsetzbarer Kosten – und eine Anpassung der steuerrechtlichen Gewinne nach unten vornehmen?

Viele Länder verfügen über generelle Missbrauchsbekämpfung-Vorschriften (*general antiabuse rule*, „GAAR“) zusammen mit speziellen Rechtsvorschriften (*lex specialis*), die sich auf Unausgeglichheiten (Schuld/Kapital), Einschränkung beim Zinsabzug oder Fremdvergleichspreis beziehen.

10. Existieren in Ihrem Land solche Vorschriften? Wenn ja, ist es im Lichte Ihres Rechts erlaubt, diese Vorschriften auf einen Fall von Missbrauch anzuwenden, als eine Art von „back up“ zum *lex specialis*, das sich im gegebenen Fall als unzureichend herausgestellt hat?

Teil II

Die Mitgliedstaaten selbst werden beauftragt eine Rückforderungsentscheidung zu implementieren. Diese wird von nationalem Recht bestimmt sein. Einige Mitgliedstaaten benutzen zivilrechtliche Verfahren (ungerechtfertigte Bereicherung u.Ä.), andere haben spezielle verwaltungsrechtliche oder steuerrechtliche Verfahren vorgesehen. Man kann daraus sogar ein nur verfahrensrechtliches Problem machen und Entscheidungen der Kommission als Rechtsanspruch zur Schuldeintreibung benutzen. Das Verfahren sollte so ausgelegt sein, dass die Wiedererlangung innerhalb von vier Monaten nach

Entscheidungsbeschluss möglich ist.

11. Beschreiben Sie kurz ob, und wenn ja, Regelungen in Ihrem Land eingeführt wurden zur schnellen und effektiven Rückforderung staatlicher Beihilfen (fiskaler Art), die von der Kommission angeordnet wurden?
12. Gab es irgendwelche Beispiele eines Falles in Ihrem Land, in dem ein nationales Gericht die (sofortige) Rückforderung einer staatlichen Beihilfe verweigert hat? Wenn ja, bitte beschreiben Sie diesen Fall.

Angesichts der Natur der staatlichen Beihilfen gibt es eigentlich keinen Raum für eine beschützenswürdige Anerkennung „berechtigter Erwartungen“. Hier stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß die EU-Mitgliedstaaten an nicht EU-Übereinkünfte gebunden sind, die eventuell einen strengeren Schutz der berechtigten Erwartungen vorsehen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach Übereinkünften zum Schutze des Eigentums oder bilateralen oder multilateralen Investitions-Übereinkommen, die einen Investitionsschutz bieten.

13. Ist Ihr Land an internationale Rechtsverbindlichkeiten gebunden, die den Schutz des Eigentums oder den Schutz ausländischer Investitionen beinhalten? Wenn ja, bitte identifizieren Sie diese¹.

¹ Im Falle von zeitlichen Beschränkungen bitten wir Sie, vor Allem auf alle existierenden Übereinkünfte mit den USA oder Groß – Britannien einzugehen.

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	7
QUESTIONNAIRE	33
GENERAL REPORT	51
INSTITUTIONAL REPORT	99
NATIONAL REPORTS	159
AUSTRIA	161
BULGARIA	179
CROATIA	193
CYPRUS	203
CZECH REPUBLIC	215
DENMARK	227
ESTONIA	237
FINLAND	255
FRANCE	273
GERMANY	299
GREECE	327
HUNGARY	371
IRELAND	381
ITALY	391
NORWAY	411
POLAND	429
PORTUGAL	439
ROMANIA	463
SLOVENIA	477
SPAIN	495
SWEDEN	519
THE NETHERLANDS	527