



English edition

## Information and Notices

Volume 57

19 December 2014

### Contents

#### II *Information*

##### INFORMATION FROM EUROPEAN UNION INSTITUTIONS, BODIES, OFFICES AND AGENCIES

###### **European Commission**

2014/C 460/01	Authorisation for State aid pursuant to Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union Cases where the Commission raises no objections <sup>(1)</sup> . . . . .	1
2014/C 460/02	Authorisation for State aid pursuant to Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union Cases where the Commission raises no objections <sup>(2)</sup> . . . . .	10

#### V *Announcements*

##### PROCEDURES RELATING TO THE IMPLEMENTATION OF THE COMPETITION POLICY

###### **European Commission**

2014/C 460/03	State aid — Netherlands State aid SA.38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) — Alleged aid to Starbucks — Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union <sup>(1)</sup> . . . . .	11
2014/C 460/04	State Aid — France State aid SA.38544 (2014/C) (ex 2014/N) — Exceptional and temporary support package for restructuring — Kem One SAS — Invitation to submit comments pursuant to Article 108 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union <sup>(1)</sup> . . . . .	40
2014/C 460/05	State Aid — Portugal State Aid No SA.38831 (2014/C) (ex 2014/N) — PT — LIP — Volkswagen Autoeuropa, Lda — Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the TFEU <sup>(1)</sup> . . . . .	55
2014/C 460/06	State aid — France State aid SA.38644 (2014/C) (ex 2014/NN) — France — Exceptional and temporary support package for restructuring — FagorBrandt — Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union <sup>(1)</sup> . . . . .	66

<sup>(1)</sup> Text with EEA relevance

<sup>(2)</sup> Text with EEA relevance, except for products falling under Annex I of the Treaty



## II

(Information)

INFORMATION FROM EUROPEAN UNION INSTITUTIONS, BODIES, OFFICES  
AND AGENCIES

## EUROPEAN COMMISSION

Authorisation for State aid pursuant to Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the  
European Union

## Cases where the Commission raises no objections

(Text with EEA relevance)

(2014/C 460/01)

Date of adoption of the decision	30.08.2013	
Aid number	SA.34724 (2013/N)	
Member State	Portugal	
Region	—	—
Title (and/or name of the beneficiary)	Restructuring of Banco Comercial Português (BCP) Group	
Legal basis	Lei (Law) No 63-A/2008, of 24 November and its subsequent amendments; Portaria (Ministerial Order) No 150-A/2012, of 17 May and its subsequent amendment; Despacho (Ministerial Decision) No 8840-B/2012 of the Minister of State and Finance; Lei (Law) No 60-A/2008, of 20 October and its subsequent amendments; Portaria (Ministerial Order) No 1219-A/2008, of 23 October and its subsequent amendments; Lei (Law) No 112/97, of 16 September and its subsequent amendment.	
Type of measure	Ad hoc aid	Millennium BCP or Banco Comercial Português, S.A. (BCP)
Objective	Remedy for a serious disturbance in the economy	
Form of aid	Guarantee, Other forms of equity intervention	
Budget	Overall budget: EUR 7 806 (in millions)	
Intensity	—	
Duration (period)	29.06.2012 — 31.12.2017	

Economic sectors	FINANCIAL AND INSURANCE ACTIVITIES
Name and address of the granting authority	Ministério das Finanças Av. Infante D. Henrique, n° 1, 1149-009 Lisboa
Other information	—

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	24.7.2013	
Aid number	SA.35238 (2013/N)	
Member State	Portugal	
Region	—	—
Title (and/or name of the beneficiary)	BPI Restructuring	
Legal basis	—	
Type of measure	Ad hoc aid	Banco BPI
Objective	Remedy for a serious disturbance in the economy	
Form of aid	Other forms of equity intervention	
Budget	Overall budget: EUR 1 500,00 (in millions)	
Intensity	—	
Duration (period)	29.06.2012 — 31.12.2015	
Economic sectors	FINANCIAL AND INSURANCE ACTIVITIES	
Name and address of the granting authority	Ministério das Finanças Av. Infante D. Henrique, n° 1, 1149-009 Lisboa	
Other information	—	

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	15.10.2014
Aid number	SA.36061 (2014/N)

Member State	United Kingdom	
Region	—	—
Title (and/or name of the beneficiary)	UK Business Bank	
Legal basis	2006 Companies Act	
Type of measure	Scheme	—
Objective	SMEs	
Form of aid	Other, Guarantee	
Budget	Overall budget: GBP 6 000 (in millions)	
Intensity	—	
Duration (period)	15.10.2014 — 31.12.2019	
Economic sectors	All economic sectors eligible to receive aid	
Name and address of the granting authority	United Kingdom Government	
Other information	—	

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:

<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	28.02.2014	
Aid number	SA.36225 (2013/N)	
Member State	Estonia	
Region	Estonia	—
Title (and/or name of the beneficiary)	Eesti põllu- ja maamajanduse nõuandesüsteemi arendamine (nõuandeteenused kalandus- ja vesiviljelussektoris tegutsevatele inimestele)	
Legal basis	Kalandusturu korraldamise seaduse paragrahv 54.4 (sihtasutuste antavad kalamajanduslikud toetused, laenud ja tagatised)	
Type of measure	Scheme	—
Objective	Sectoral development	
Form of aid	Other, Subsidized services	
Budget	Overall budget: EUR 0,039 (in millions) Annual budget: EUR 0,0065 (in millions)	

Intensity	100 %
Duration (period)	until 31.12.2018
Economic sectors	Fishing and aquaculture
Name and address of the granting authority	Estonian Rural Development Foundation R.Tobiase 4, 10147 Tallinn
Other information	—

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:

<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	18.12.2013	
Aid number	SA.36891 (2013/N)	
Member State	Greece	
Region	ANATOLIKI THRAKI	MAKEDONIA, Article 107(3)(c)
Title (and/or name of the beneficiary)	Υποσταθμός υπερυψηλής τάσης Νέας Σάντας	
Legal basis	Υπουργική Απόφαση Αριθμ. ΦΑ/Ε 3.2/57/3	
Type of measure	Individual aid	ADMIE S.A.
Objective	Sectoral development	
Form of aid	Direct grant	
Budget	Overall budget: EUR 19,6 (in millions)	
Intensity	33,4 %	
Duration (period)	From 31.12.2013	
Economic sectors	Transmission of electricity	
Name and address of the granting authority	Υπουργείο Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων — Διαχειριστική Αρχή Ε.Π. 'Ανταγωνιστικότητα και Επιχειρηματικότητα' (ΕΠΙΑΝ) Μεσογείων 56 115 27, Αθήνα, Ελλάδα	
Other information	—	

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:

<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	18.12.2013	
Aid number	SA.37068 (2013/N)	
Member State	Greece	
Region	ΑΤΤΙΚΙ	Article 107(3)(c)
Title (and/or name of the beneficiary)	Υπόγεια γραμμή μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας μεταξύ Αγίου Στεφάνου και Νέας Χαλκηδόνας	
Legal basis	Υπουργική Απόφαση Αριθμ. ΦΑ/Ε 3.2/57/3	
Type of measure	Individual aid	ADMIE S.A
Objective	Sectoral development	
Form of aid	Direct grant	
Budget	Overall budget: EUR 1,8 (in millions)	
Intensity	37,04 %	
Duration (period)	From 31.12.2013	
Economic sectors	Transmission of electricity	
Name and address of the granting authority	Υπουργείο Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων — Διαχειριστική Αρχή Ε.Π. 'Ανταγωνιστικότητα και Επιχειρηματικότητα' (ΕΠΑΝ) Μεσογείων 56 115 27, Αθήνα, Ελλάδα	
Other information	—	

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	30.10.2014	
Aid number	SA.38161 (2014/N)	
Member State	Italy	
Region	SARDEGNA	—
Title (and/or name of the beneficiary)	Misure per migliorare la sostenibilità della pesca marittima nelle acque prospicienti il territorio della Sardegna: arresto temporaneo per le unità abilitate ai sistemi di pesca a strascico e/o volante anno 2013.	
Legal basis	DECRETO N. 973/DecA/56 DEL 06.08.2013 'Misure per migliorare la sostenibilità della pesca marittima nelle acque prospicienti il territorio della Sardegna: arresto temporaneo per le unità abilitate ai sistemi di pesca a strascico e/o volante anno 2013'. Legge regionale del 14 aprile 2006 n. 3 'Disposizioni in materia di pesca'.	
Type of measure	Scheme	—
Objective	Environmental protection	
Form of aid	Direct grant	

Budget	Overall budget: EUR 0,5 (in millions) Annual budget: EUR 0,5 (in millions)
Intensity	100 %
Duration (period)	until 31.12.2015
Economic sectors	Fishing
Name and address of the granting authority	Regione Autonoma della Sardegna — Ass.to dell'Agricoltura e riforma agro-pastorale via Pessagno, 4
Other information	—

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	06.11.2014	
Aid number	SA.38428 (2014/N)	
Member State	Finland	
Region	—	—
Title (and/or name of the beneficiary)	Merituulivoiman demonstraatiotuki/Demonstrationsstödet för havsbaserad vindkraft	
Legal basis	Valtionavustuslaki (688/2001) VNA energiätuen myöntämisen yleisistä ehdoista (1063/2012) Laki uusiutuvilla energialähteillä tuotetun sähkön tuotantotuesta (1396/2010)	
Type of measure	Individual aid	Selection process is underway
Objective	Environmental protection	
Form of aid	Direct grant	
Budget	Overall budget: EUR 20 (in millions)	
Intensity	45 %	
Duration (period)	01.01.2017 — 01.01.2029	
Economic sectors	ELECTRICITY; GAS; STEAM AND AIR CONDITIONING SUPPLY	
Name and address of the granting authority	Energiavirasto/Energimyndigheten Lintulahdenkuja 4, 00530 Helsinki Fågelviksgränden 4, 00530 Helsingfors Työ- ja elinkeinoministeriö/Arbets- och näringsministeriet Alexandersgatan 4, 00170 Helsingfors	



Other information	—
-------------------	---

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:

<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	07.10.2014	
Aid number	SA.38611 (2014/NN)	
Member State	Belgium	
Region	REG.BRUXELLES-CAP./BRUSSELS HFDST.GEW., REGION WALLONNE, VLAAMS GEWEST	—
Title (and/or name of the beneficiary)	Promotion du transport combiné ferroviaire (unités de transport intermodal) et au trafic diffus. Bevordering van het spoor gecombineerd vervoer (intermodale transporteenheden) en diffuse verkeer.	
Legal basis	<p>Transport combiné:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— la loi-programme du 22 décembre 2008</li> <li>— l'arrêté royal du 15 juillet 2009 relatif à la promotion du transport combiné ferroviaire d'unités de transport intermodal pour la période 2009-2012</li> <li>— la loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses urgentes</li> <li>— la proposition de loi portant des dispositions concernant la mobilité du 11 février 2014 (doc 53 — 3352/001)</li> </ul> <p>Trafic diffus:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— la loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses urgentes</li> <li>— la proposition de loi portant des dispositions concernant la mobilité du 11 février 2014 (doc 53 — 3352/001)</li> </ul> <p>Gecombineerd vervoer:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— De programmawet van 22 december 2008</li> <li>— Het koninklijk besluit van 15 juli 2009 betreffende de bevordering van het gecombineerd vervoer van het spoor intermodale transporteenheden voor de periode 2009-2012</li> <li>— De wet van 27 december 2012 houdende diverse dringende maatregelen</li> <li>— Het wetsvoorstel bevat bepalingen met betrekking tot de mobiliteit van 11 februari 2014 (doc 53 — 3352/001)</li> </ul> <p>Diffuse verkeer:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— De wet van 27 december 2012 houdende diverse dringende maatregelen</li> <li>— Het wetsvoorstel bevat bepalingen met betrekking tot de mobiliteit Van 11 februari 2014 (doc 53 — 3352/001)</li> </ul>	
Type of measure	Scheme	—
Objective	Environmental protection	
Form of aid	Direct grant	
Budget	Overall budget: EUR 15 (in millions) Annual budget: EUR 15 (in millions)	

Intensity	11,5 %
Duration (period)	01.01.2014 — 31.12.2014
Economic sectors	Freight rail transport
Name and address of the granting authority	SPF Mobilité et transports FOD Mobiliteit en Vervoer Rue du Progrès, 56 – 1210 Bruxelles Vooruitgangstraat, 56 – 1210 Brussel
Other information	—

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	25.11.2014	
Aid number	SA.38728 (2014/N)	
Member State	Germany	
Region	—	—
Title (and/or name of the beneficiary)	Besondere Ausgleichsregelung für Schienenbahnen	
Legal basis	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz — EEG 2014); § § 63 und 65	
Type of measure	Scheme	—
Objective	Environmental protection, Sectoral development	
Form of aid	Tax advantage or tax exemption	
Budget	—	
Intensity	%	
Duration (period)	From 01.08.2014	
Economic sectors	Land transport and transport via pipelines	
Name and address of the granting authority	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	
Other information	—	

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Date of adoption of the decision	27.10.2014	
Aid number	SA.39224 (2014/N)	
Member State	Greece	
Region	ARKADIA	—
Title (and/or name of the beneficiary)	KORINTHOS — TRIPOLI — KALAMATA MOTORWAY AND LEFKTRO — SPARTI BRANCH PROJECT	
Legal basis	The aid will be granted on the basis of the revised concession agreement that will be ratified by law following its execution by the parties.	
Type of measure	Ad hoc aid	MOREAS S.A.
Objective	—	
Form of aid	Guarantee, Direct grant	
Budget	Overall budget: EUR 330 (in millions)	
Intensity	%	
Duration (period)	01.01.2015 — 28.02.2033	
Economic sectors	Construction of roads and motorways, Service activities incidental to land transportation	
Name and address of the granting authority	SPECIAL SERVICE FOR PUBLIC WORKS/DESIGN-CONSTRUCTION/PELOPONNESE CONCESSION PROJECTS KARISTOU 5, ATHENS	
Other information	—	

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

**Authorisation for State aid pursuant to Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union**

**Cases where the Commission raises no objections**

(Text with EEA relevance, except for products falling under Annex I of the Treaty)

(2014/C 460/02)

Date of adoption of the decision	16.10.2014	
Aid number	SA.37501 (2013/N)	
Member State	France	
Region	—	—
Title (and/or name of the beneficiary)	Soutien aux exploitants en difficulté — Plan de redressement	
Legal basis	— articles D. 354-1 à D. 354-15 du code rural et de la pêche maritime — arrêté du 22 janvier 2009 fixant le montant des aides au redressement des exploitations en difficulté	
Type of measure	Scheme	—
Objective	Restructuring firms in difficulty	
Form of aid	Interest subsidy	
Budget	Overall budget: EUR 70 (in millions) Annual budget: EUR 10 (in millions)	
Intensity	0 %	
Duration (period)	01.01.2014 — 31.12.2020	
Economic sectors	AGRICULTURE; FORESTRY AND FISHING	
Name and address of the granting authority	Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt 3 rue barbet de Jouy 75349 Paris 07	
Other information	—	

The authentic text(s) of the decision, from which all confidential information has been removed, can be found at:  
<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

## V

(Announcements)

PROCEDURES RELATING TO THE IMPLEMENTATION OF THE COMPETITION  
POLICY

EUROPEAN COMMISSION

STATE AID — NETHERLANDS

State aid SA.38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP)

Alleged aid to Starbucks

Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the  
European Union

(Text with EEA relevance)

(2014/C 460/03)

By means of the letter dated 11.06.2014 reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified the Netherlands of its decision to initiate the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union concerning the abovementioned aid.

Interested parties may submit their comments on the aid in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter, to:

European Commission  
Directorate-General for Competition  
State Aid Registry  
1049 Brussels  
Belgium  
Fax No: + 32-2-296-1242  
E-mail: stateaidgreffe@ec.europa.eu

Those comments will be communicated to the Netherlands. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments may be requested in writing, stating the reasons for the request.

**PROCEDURE**

By letter dated 30 July 2013, the Commission requested the Netherlands to provide information regarding the practice of tax rulings in the Netherlands, as well as all the rulings relating to Starbucks Manufacturing EMEA BV. The Netherlands submitted this information in the course of the preliminary investigation.

**DESCRIPTION OF THE MEASURES IN RESPECT OF WHICH THE COMMISSION IS INITIATING THE  
PROCEDURE**

In 2008, Starbucks Manufacturing EMEA BV received a tax ruling from the Dutch tax authorities in which the two parties agreed on an arm's length remuneration of Starbucks' coffee roasting operations in the Netherlands. That remuneration was determined on the basis of a transfer pricing report prepared by Starbucks' tax advisor and amounts to a fixed percentage of the relevant cost base, i.e. the costs to which Starbucks Manufacturing EMEA BV itself adds value. Any excess profit compared to the taxable profit agreed in the ruling is paid to a group company outside the Netherlands in the form of a tax deductible royalty.

### ASSESSMENT OF THE MEASURES

At this stage, the Commission has reasons to believe that the tax ruling granted to the Starbucks Manufacturing EMEA BV constitutes State aid pursuant to Article 107(1) of the Treaty. Accordingly, the Commission at this stage has doubts that Starbucks Manufacturing EMEA BV is paying a sufficient amount of taxes in the Netherlands. The ruling is imputable to the Dutch State and would constitute a use of State resources in terms of foregone tax revenues by the Netherlands. In line with the case-law of the Court of Justice of the European Union (Joined Cases C- 182/03 and C-217/03 *Forum 187*), tax rulings can provide an advantage to the undertaking to which they are granted if those rulings approve of a pricing arrangement which departs from conditions which would have been set between independent market operators (the arm's length principle).

The Commission examined whether the pricing arrangement in the 2008 tax ruling concluded by the Dutch tax authorities with Starbucks Manufacturing EMEA BV departs from conditions which would have been set between independent market operators. It has, at this stage, the following doubts regarding that ruling:

- (1) The pricing arrangement depends on Starbucks Manufacturing EMEA BV being viewed as a low-risk manufacturer. That assumed low risk results in a lower estimated taxable profit for Starbucks Manufacturing EMEA BV in the Netherlands. By contrast, information submitted by the Netherlands indicates that the company in reality retained risks that are not factored into that pricing arrangement;
- (2) The ruling tolerates questionable adjustments that lower the resulting corporate income tax basis of Starbucks Manufacturing EMEA BV in the Netherlands. Those adjustments should have been rejected by the authorities in light of the information available to them at the time when the tax ruling was granted;
- (3) The level of the tax deductible royalty paid by Starbucks Manufacturing EMEA BV to another Starbucks group entity outside the Netherlands is set according to the ruling in a manner not linked to the value of the related IP. This royalty payment fluctuates widely and has even been negative at times. The Commission would have expected the authorities to explore the possibility of finding a pricing method which would have resulted in an outcome more in line with royalty payments observed between independent companies.

Given that such aid would be new aid and that none of the derogations provided for in Article 107(2) and (3) apply, the Commission decided to open a formal investigation procedure.

## TEXT OF LETTER

„Met dit schrijven stelt de Commissie Nederland ervan in kennis dat zij, na onderzoek van de door uw autoriteiten met betrekking tot bovengenoemde maatregel verstrekte informatie, heeft besloten de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna „VWEU” genoemd) in te leiden.

## 1. PROCEDURE

- (1) Bij schrijven van 30 juli 2013 heeft de Commissie de Nederlandse autoriteiten verzocht informatie te verstrekken over de fiscale ruling praktijk in Nederland, alsmede alle rulings te verschaffen met betrekking tot Starbucks Coffee EMEA BV en Starbucks Manufacturing EMEA BV (hierna respectievelijk „Starbucks Coffee BV” en „Starbucks Manufacturing BV” genoemd, beide ondernemingen worden samen „Starbucks BV” genoemd) en hun financiële jaarstukken.
- (2) De Nederlandse autoriteiten hebben op 2 oktober 2013 op dit verzoek geantwoord en de fiscale rulings inclusief de onderbouwing daarvan verstrekt. Deze betreffen met name briefwisseling tussen de Belastingdienst en de belastingadviseur van Starbucks BV, [...] (\*), die namens Starbucks BV optreedt (hierna de „belastingadviseur” genoemd).
- (3) Op 9 januari 2014 heeft de Commissie de Nederlandse autoriteiten per e-mail een reeks vragen gestuurd over de overeengekomen verrekenprijz afspraken die zijn opgenomen in door de Nederlandse autoriteiten afgegeven rulings.
- (4) Op 28 januari 2014 hebben de Nederlandse autoriteiten aanvullende informatie verstrekt met betrekking tot de rulingpraktijk en hebben zij geantwoord op een aantal vragen die op 15 januari 2014 tijdens een bijeenkomst met de diensten van de Commissie zijn gesteld.
- (5) Per brief van 7 maart 2014 heeft de Commissie de Nederlandse autoriteiten laten weten dat zij onderzoekt of de fiscale rulings ten gunste van Starbucks BV nieuwe steun vormen en heeft zij de Nederlandse autoriteiten verzocht hun opmerkingen te maken over de verenigbaarheid van dergelijke steun. De Commissie heeft de Nederlandse autoriteiten verder verzocht om aanvullende informatie te verstrekken over de verrekenprijzafspraken die in de aan Starbucks BV afgegeven rulings zijn goedgekeurd, alsmede de belastingaangiften van de met Starbucks BV gelieerde ondernemingen in Nederland.
- (6) Op 21 maart 2014 hebben de Nederlandse autoriteiten de brief van de Commissie van 7 maart 2014 beantwoord. Dit antwoord bevatte geen aanvullende informatie over de prijsafpraak. De gevraagde belastingaangiften werden verstrekt.
- (7) Op 6 mei 2014 heeft in Rotterdam een bijeenkomst plaatsgevonden tussen de Nederlandse belastingautoriteiten die voor de fiscale rulings verantwoordelijk zijn en de diensten van de Commissie. Tijdens deze bijeenkomst hebben de autoriteiten hun standpunt herhaald dat Starbucks Manufacturing BV een „loonproducent” <sup>(1)</sup> is, en geen volwaardige producent of contractproducent.

## 2. BESCHRIJVING

## 2.1. Inleiding over verrekenprijzrulings

- (8) Dit besluit heeft betrekking op fiscale rulings waarin verrekenprijzafspraken worden goedgekeurd. Deze worden ook wel aangeduid als *advance pricing arrangements* (hierna „APA's” genoemd). APA's zijn regelingen waarin, voorafgaand aan intragroeptransacties, wordt bepaald welke criteria geschikt zijn (bv. methode, vergelijkingspunten en passende correcties, kritische veronderstellingen met betrekking tot toekomstige gebeurtenissen) voor het vaststellen van de verrekenprijzen voor die transacties gedurende een bepaalde periode <sup>(2)</sup>. Een APA wordt formeel ingeleid door een

---

(\*) Delen van de tekst die bedrijfsvertrouwelijk informatie bevatten zijn weggelaten of herschreven. Deze delen staan tussen vierkanten haken.

<sup>(1)</sup> Een loonproducent (*toll manufacturer*) is een producent die, doorgaans met het oog op fiscale planning, van risico's is ontdaan. Deze risico's worden in een andere groepsonderneming ondergebracht. Met name grondstoffen worden door de andere groepsonderneming aangekocht en niet door de producent die ze verwerkt. Ze worden in consignatie gegeven in de gebouwen van de producerende onderneming. Een contractproducent (*contract manufacturer*) is een producent waarbij het risico door middel van een contract naar een andere onderneming is overgedragen, maar in mindere mate dan bij een loonproducent.

<sup>(2)</sup> Op een aantal punten verschillen APA's van de meer traditionele individuele rulings die sommige belastingdiensten aan belastingplichtigen afgeven. In een APA worden gewoonlijk feitelijke kwesties behandeld, terwijl de meer traditionele individuele rulings veeleer beperkt zijn tot het beantwoorden van vragen van juridische aard op basis van door een belastingplichtige aangebrachte feiten. De feiten die aan een verzoek om een individuele ruling ten grondslag liggen, worden wellicht niet in vraag gesteld door de belastingdienst. In een APA is het echter waarschijnlijk dat de feiten wel grondig worden geanalyseerd en onderzocht. Bovendien betreft een APA gewoonlijk meerdere transacties, meerdere soorten doorlopende transacties of alle internationale transacties van een belastingplichtige gedurende een bepaalde periode. Een verzoek om een individuele ruling is daarentegen enkel verbindend voor een bepaalde transactie. Zie de OESO-richtlijnen, paragraaf 4.132.

verzoek van een belastingplichtige en vereist onderhandelingen tussen de belastingplichtige, één of meer verbonden ondernemingen en één of meer Belastingdiensten. APA's zijn bedoeld als aanvulling op de traditionele administratieve-, rechts- en verdragsmechanismen om verrekenprijskwesties op te lossen <sup>(3)</sup>.

- (9) Verrekenprijzen betreffen in deze context de prijzen die worden gehanteerd in commerciële transacties tussen verschillende onderdelen van eenzelfde ondernemingsgroep, in het bijzonder de prijzen die worden gehanteerd voor de levering van een goed of dienst tussen dochterondernemingen van eenzelfde groep. De prijzen die voor deze transacties worden vastgesteld en de resulterende bedragen die op basis van die prijzen worden berekend, dragen ertoe bij dat de winsten van de ene dochteronderneming voor belastingdoeleinden worden verhoogd terwijl de winsten van de andere dochteronderneming worden verlaagd en zijn derhalve van invloed op het bepalen van de belastbare grondslag van beide entiteiten. Verrekenprijzen hebben daarom ook betrekking op de winsttoerekening aan de verschillende onderdelen van één ondernemingsgroep.
- (10) Multinationale ondernemingen betalen belastingen in jurisdicties met verschillende belastingtarieven. De winst na belastingen op groepsniveau is de som van de winsten na belastingheffing in elk land waar de onderneming belastingplichtig is. Multinationale ondernemingen hebben dus geen financiële stimulans om de winst die in elk land wordt aangegeven te maximaliseren, maar wel om bij de toerekening van de winst aan de verschillende ondernemingen van de groep zoveel mogelijk winst aan laagbelastende jurisdicties toe te rekenen en zo weinig mogelijk winst aan hoogbelastende jurisdicties. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden bereikt door een dochteronderneming in een laagbelastende jurisdictie tegen overdreven hoge prijzen goederen te laten verkopen aan een dochteronderneming in een hoogbelastende jurisdictie. Op deze manier zou de hogerebelaste dochteronderneming hogere kosten van de winst kunnen aftrekken, die daardoor verlaagd wordt, dan het geval zou zijn geweest als er onder marktvoorwaarden zou zijn gehandeld. De rest van de winst zou worden gemaakt in de lagerbelastende jurisdictie en daardoor tegen een lager tarief worden belast dan wanneer de prijs van de transactie tegen marktvoorwaarden zou zijn bepaald.
- (11) Deze verrekenprijzen kunnen derhalve onbetrouwbaar zijn voor fiscale doeleinden en zouden de belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting niet mogen bepalen. Indien met de (gemanipuleerde) prijs van de transactie tussen ondernemingen van dezelfde groep rekening zou worden gehouden om in elke jurisdictie de belastbare winsten vast te stellen, zouden de ondernemingen die winsten kunstmatig kunnen toerekenen aan verbonden ondernemingen in verschillende jurisdicties en daarmee worden bevoordeeld ten opzichte van andere ondernemingen. Om een dergelijk voordeel te vermijden dient een resultaat te worden bereikt waarin de fiscale winst die verbonden ondernemingen behalen op hun onderlinge transacties vergelijkbaar is met de winst die onafhankelijke ondernemingen onder vergelijkbare omstandigheden met vergelijkbare transacties zouden behalen.
- (12) De internationaal overeengekomen norm voor het vaststellen van dergelijke commerciële voorwaarden tussen ondernemingen van eenzelfde groep of tussen onderdelen van eenzelfde onderneming en daarmee voor het toerekenen van winst is het „zakelijkheidsbeginsel” zoals vastgelegd in artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag. Daarin wordt bepaald dat commerciële en financiële betrekkingen tussen verbonden ondernemingen niet mogen verschillen van betrekkingen tussen onafhankelijke ondernemingen. Dus om te voorkomen dat bepaalde ondernemingen voordelen of schenkingen verbergen met als enige doel het ontwijken van belastingheffing, zou het gebruik van alternatieve methoden om het belastbaar inkomen te bepalen normaal gezien tot doel moeten hebben om tot een belastingheffing te komen die vergelijkbaar is met de belastingheffing die zou worden bereikt tussen onafhankelijke marktdeelnemers op basis van de traditionele methode. Met de traditionele methode wordt de belastbare winst berekend op basis van het verschil tussen de baten en de lasten van de onderneming.
- (13) In de Richtlijnen voor verrekenprijzen van de OESO <sup>(4)</sup> (hierna de „OESO-richtlijnen” genoemd) worden vijf zulke methoden beschreven om een zakelijke prijs van transacties en een toerekening van de winst tussen de ondernemingen van eenzelfde groep zo goed mogelijk te benaderen: i) de methode van de vergelijkbare vrijmarktprijs (*comparable uncontrolled price*, hierna „CUP” genoemd); ii) de *cost-plus* methode; iii) de *resale-minus* methode; iv) de methode van de transactionele nettomarge (*transactional net margin method*, hierna „TNMM” genoemd) en v) de *profit-split* methode. In de OESO-richtlijnen wordt een onderscheid gemaakt tussen traditionele transactiemethoden (de eerste drie methoden) en transactielewinstmethoden (de laatste twee methoden). Het staat multinationale ondernemingen vrij om methoden die niet in deze richtlijnen worden beschreven toe te passen om verrekenprijzen vast te stellen, op voorwaarde dat deze prijzen in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

<sup>(3)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 4.123. Aangezien APA's betrekking hebben op de vergoeding voor transacties die nog niet hebben plaatsgevonden, hangt de betrouwbaarheid van iedere in een APA gebruikte voorspelling af van zowel de aard van de voorspelling als de kritische veronderstellingen waarop die voorspelling is gebaseerd. Deze kritische veronderstellingen kunnen onder meer omstandigheden inhouden die van invloed kunnen zijn op de vergoeding voor de transacties wanneer deze uiteindelijk plaatsvinden.

<sup>(4)</sup> Richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten, OESO, 2010.



- (14) Traditionele transactiemethoden worden beschouwd als de meest directe manier om na te gaan of de voorwaarden van de commerciële en financiële betrekkingen tussen verbonden ondernemingen zakelijk zijn<sup>(5)</sup>. Met elk van de drie traditionele transactiemethoden wordt een zakelijke prijs van een bepaalde intragroeptransactie zo goed mogelijk benaderd, zoals de prijs van een bepaald verkocht goed of geleverd dienst aan een verbonden onderneming. Met name de CUP-methode bestaat erin een vergelijkbare transactie tussen twee onafhankelijke ondernemingen te observeren en dezelfde prijs toe te passen voor een vergelijkbare transactie tussen groepsondernemingen. De cost-plusmethode bestaat erin de inkomsten uit verkochte goederen of verleende diensten aan groepsonderneming zo dicht mogelijk te benaderen. De resale-minusmethode bestaat erin de kosten van verworven goederen of afgenomen diensten van een groepsonderneming zo dicht mogelijk te benaderen. Andere elementen die in de berekening van de winst worden opgenomen (zoals personeelskosten of rentelasten) worden berekend op basis van de prijs die daadwerkelijk wordt betaald aan een onafhankelijke onderneming of worden benaderd door één van de drie directe methoden toe te passen.
- (15) Met de transactionele winstmethoden wordt daarentegen geen zakelijke prijs voor een bepaalde transactie benaderd. Deze methoden zijn gebaseerd op vergelijkingen van nettowinstindicatoren (zoals winstmarges, rendement op activa, verhouding tussen bedrijfsresultaat en omzet, en eventueel andere maatstaven voor nettowinst) tussen onafhankelijke en verbonden ondernemingen. Dit als een manier om een raming te maken van de winsten die één of elk van de verbonden ondernemingen zouden hebben kunnen behalen indien zij enkel met onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gehandeld, en dus van de prijzen die deze ondernemingen hadden kunnen vragen als zakelijke vergoeding voor het gebruik van hun middelen bij de intragroeptransactie<sup>(6)</sup>. Hiervoor wordt bij de TNMM aangeknoopt bij een nettowinstindicator die, in principe, verwijst naar de verhouding tussen de winst en een post op de winst-en-verliesrekening of de balans, zoals omzet, kosten of eigen vermogen. Op de geselecteerde post wordt een marge<sup>(7)</sup> toegepast die als „zakelijk” wordt beschouwd om het bedrag van de belastbare winst zo goed mogelijk te benaderen. Indien de TNMM wordt gebruikt in combinatie met een op kosten gebaseerde nettowinstindicator, wordt deze in de briefwisseling tussen de belastingplichtige en de belastingdienst soms als „cost plus” aangeduid. Dit mag echter niet worden verward met de in de OESO-richtlijnen beschreven „cost-plusmethode” die in het voorgaande punt werd besproken.
- (16) De toepassing van het zakelijkheidsbeginsel is over het algemeen gebaseerd op een vergelijking tussen de voorwaarden van een intragroeptransactie met de voorwaarden van transacties tussen onafhankelijke ondernemingen. Dergelijke vergelijkingen kunnen slechts nuttig zijn als de economisch relevante kenmerken van de vergeleken situaties voldoende vergelijkbaar zijn. „Vergelijkbaar” betekent dat geen van de (eventuele) verschillen tussen de vergeleken situaties de in de methodiek onderzochte voorwaarde (bv. prijs of marge) wezenlijk kunnen beïnvloeden, of dat redelijk nauwkeurige correcties kunnen worden aangebracht om het effect van dergelijk verschillen weg te nemen<sup>(8)</sup>. Om het niveau van de daadwerkelijke vergelijkbaarheid vast te stellen om daar vervolgens gepaste correcties op aan te brengen om zakelijke voorwaarden (of een range daarvan) te bepalen, is het nodig kenmerken van de transacties of ondernemingen die de voorwaarden van zakelijke transacties kunnen beïnvloeden te vergelijken. In de OESO-richtlijnen worden kenmerken of „vergelijkbaarheidsfactoren” opgesomd die van belang kunnen zijn bij het bepalen van de vergelijkbaarheid: de kenmerken van de overgedragen eigendom of diensten, de door de partijen vervulde functies met inachtneming van de gebruikte activa en de gelopen risico's (functieanalyse), de contractuele voorwaarden, de economische situatie van de partijen en de door de partijen gevolgde ondernemingsstrategieën<sup>(9)</sup>.

## 2.2. Begunstigde: Starbucks Manufacturing BV

- (17) Dit onderzoek betreft APA's die Nederland heeft gesloten met Starbucks Manufacturing BV, een onderneming die deel uitmaakt van de Starbucks-groep, die bestaat uit Starbucks Corporation en alle ondernemingen die onder de zeggenschap ervan staan. Starbucks heeft haar hoofdkantoor in Seattle, Verenigde Staten van Amerika (VS).
- (18) De Starbucks-groep brandt, verhandelt en verkoopt speciale koffie en is actief in 62 landen. De groep koopt en brandt speciale koffie en verkoopt deze in zijn eigen winkels, waar hij eveneens ambachtelijke koffie, thee en andere dranken en verse voedingsmiddelen verkoopt. De onderneming verkoopt ook een variatie aan koffie- en theeproducten en geeft haar merkrechten in licentie via andere kanalen, zoals merkwinkels, supermarkten en nationale foodservice-bedrijven.

<sup>(5)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 2.3.

<sup>(6)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 1.35.

<sup>(7)</sup> De OESO-richtlijnen verwijzen in deze context naar een „marge”, terwijl de belastingadviseur van Starbucks Manufacturing BV in het verrekenprijzenrapport de term „opslag” (*mark-up*) heeft gebruikt. Het is gebruikelijk dat met „marge” wordt verwezen naar een breuk met in de teller de exploitatiewinst en in de noemer een post op de winst-en-verliesrekening of de balans, terwijl „opslag” gewoonlijk wordt gebruikt voor de verhouding van de brutowinst tot de kosten. Om dit besluit af te stemmen op het door de belastingadviseur opgestelde verrekenprijzenrapport, wordt hier ook de term „opslag” gebruikt.

<sup>(8)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 1.33.

<sup>(9)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 1.36.

- (19) In 2013 bedroegen de netto-inkomsten van de Starbucks-groep wereldwijd 14 892 miljoen USD en tekende de groep een nettowinst na belastingen van 8 miljoen USD op. De netto-inkomsten en het resultaat na belastingen bedroegen in 2012 respectievelijk 13 299 miljoen USD en 1 384 miljoen USD <sup>(10)</sup>. De entiteiten van de Starbucks-groep die in Nederland belastingen betalen, zijn Starbucks Coffee BV en Starbucks Manufacturing BV, die samen in een fiscale eenheid zitten. De door de fiscale eenheid betaalde belasting bedroeg in 2011 715 876 EUR en in 2012 [600 000-1 000 000] EUR. De Nederlandse detailhandelaar binnen de Starbucks-groep, Starbucks Coffee Netherlands BV, betaalde in 2010 en 2011 [0 - 1 000 EUR] belasting in Nederland [...].
- (20) De Starbucks-groep bestaat uit vier te rapporteren operationele segmenten: 1) Amerika, met inbegrip van de VS, Canada en Latijns-Amerika, 2) Europa, het Midden-Oosten en Afrika (hierna „EMEA” genoemd), 3) China/Azië-Stille Oceaan (hierna „CAP” genoemd) en 4) *Channel Development* <sup>(11)</sup>. Voor het boekjaar 2013 waren de inkomsten per segment als percentage van de totale netto-inkomsten als volgt: Amerika (74 %), EMEA (8 %), CAP (6 %), Channel Development (9 %) en alle andere segmenten (3 %). In de VS heeft de Starbucks-groep 12 903 verkooppunten, waarvan 61 % door de onderneming zelf wordt geëxploiteerd en 39 % aan derden in licentie is gegeven. In het EMEA-gebied zijn er 1 869 winkels in meer dan 25 verschillende landen, waarvan 987 winkels (53 %) in licentie zijn gegeven aan derden. In China/Azië-Stille Oceaan zijn er 3 294 winkels, waarvan 2 628 (80 %) in licentie zijn gegeven aan derden.
- (21) Starbucks Coffee BV en Starbucks Manufacturing BV zijn fiscaal inwoner van Nederland. In 2007 werkten er 143 mensen bij deze ondernemingen. In 2011 was dit aantal tot 176 gestegen (97 medewerkers bij Starbucks Coffee BV en 79 medewerkers bij Starbucks Manufacturing BV).
- (22) Starbucks Coffee BV fungeert als hoofdkantoor voor het EMEA-gebied. In deze hoedanigheid houdt Starbucks Coffee BV zich bezig met het licenseren van bepaalde Starbucks-merkrechten, het Starbucks-winkelformaat en de Starbucks-huisstijl aan gelieerde en niet-gelieerde exploitanten van Starbucks-winkels. Starbucks Coffee BV heeft de intellectuele-eigendomsrechten in licentie van haar aandeelhouder Alki LP, tegen betaling van een royalty. In het door Starbucks wereldwijd gehanteerde systeem betalen de ondernemingen die de winkels exploiteren een royalty voor het gebruik van de intellectuele-eigendomsrechten en voor de levering van koffie. Deze distributie-ondernemingen kunnen zowel gelieerde als niet-gelieerde partijen zijn. Beide partijen betalen eenzelfde royalty. Starbucks stelt derhalve dat een CUP wordt toegepast om de zakelijke prijs van groepsinterne royaltybetalingen aan Starbucks Coffee BV te bepalen <sup>(12)</sup>. Ook in de EMEA-regio betalen zowel gelieerde als niet-gelieerde distributie-ondernemingen gelijke royalty's aan het EMEA-hoofdkantoor Starbucks Coffee BV <sup>(13)</sup>.
- (23) Starbucks Manufacturing BV is een koffiebranderij die in 2002 met haar activiteiten is gestart. De branderij in Amsterdam is de enige die buiten de VS is gevestigd. De leverancier van koffiebonen van Starbucks Manufacturing BV is een Zwitserse dochteronderneming van de Starbucks-groep, Starbucks Coffee Trading Company SARL (hierna de „Zwitserse entiteit van Starbucks” genoemd), die ten behoeve van de gehele Starbucks-ondernemingsgroep en de onafhankelijke licentiehouders koffiebonen inkoopt. De bonen voor de EMEA-markt worden vervolgens in Nederland gebrand en verpakt. Na het branden en verpakken gaan de bonen naar een entrepot in Nederland. Starbucks Manufacturing BV licenseert intellectuele-eigendomsrechten van Alki LP die noodzakelijk zijn voor het productieproces en voor de levering van koffie aan winkelexploitanten in ruil voor een royalty die de onderneming aan Alki LP betaalt. De levering van koffie aan de Starbucks-vestigingen geschiedt op basis van door deze vestigingen met Starbucks Coffee BV gesloten contracten. Starbucks Manufacturing BV verricht naar zij beweert zelf geen verkoopactiviteiten.
- (24) Volgens het model voor een leveringsovereenkomst tussen Starbucks Manufacturing BV en de ontwikkelaars dat Nederland op 2 oktober 2013 als deel van de gevraagde informatie heeft ingediend, kan Starbucks Manufacturing BV [periodiek] de prijsformule van de verkochte koffiebonen herzien, zoals bepaald in paragraaf 4.1 van de leveringsovereenkomst, en bepaalt zij de facturerings- en betalingsvoorwaarden, zoals bepaald in paragraaf 4.2 van die overeenkomst. Starbucks Manufacturing BV garandeert overeenkomstig paragraaf 8.1 van de leveringsovereenkomst dat de producten vrij zullen zijn van gebreken, dat goederen met een gebrek [...] zullen worden vervangen [...].
- (25) De laatst verstrekte balanscijfers van Starbucks Manufacturing BV worden in Tabel 1 weergegeven.

<sup>(10)</sup> De financiële resultaten van 2013 en 2012 hebben betrekking op de boekjaren die respectievelijk op 29 september 2013 en op 30 september 2012 werden afgesloten. Het relatief lage resultaat na belastingen in 2013 wordt deels verklaard door de geboekte lasten ten belope van 2,8 miljard USD naar aanleiding van de uitspraak in een arbitragezaak tegen Kraft.

<sup>(11)</sup> Het segment *Channel Development* bestaat hoofdzakelijk uit verpakte koffie en thee.

<sup>(12)</sup> Deze definitie is gebaseerd op de paragrafen 2.13 tot en met 2.20 van de OESO-richtlijnen. Er is sprake van een (externe) *comparable uncontrolled price* indien onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden dezelfde prijs betalen voor hetzelfde product of dezelfde dienst als gelieerde partijen.

<sup>(13)</sup> De gehanteerde royalty is in beginsel 6 % van de omzet. Nederland verwijst naar de passages Q214-Q229 van de hoorzitting in het Britse Lagerhuis in november 2012.

Tabel 1

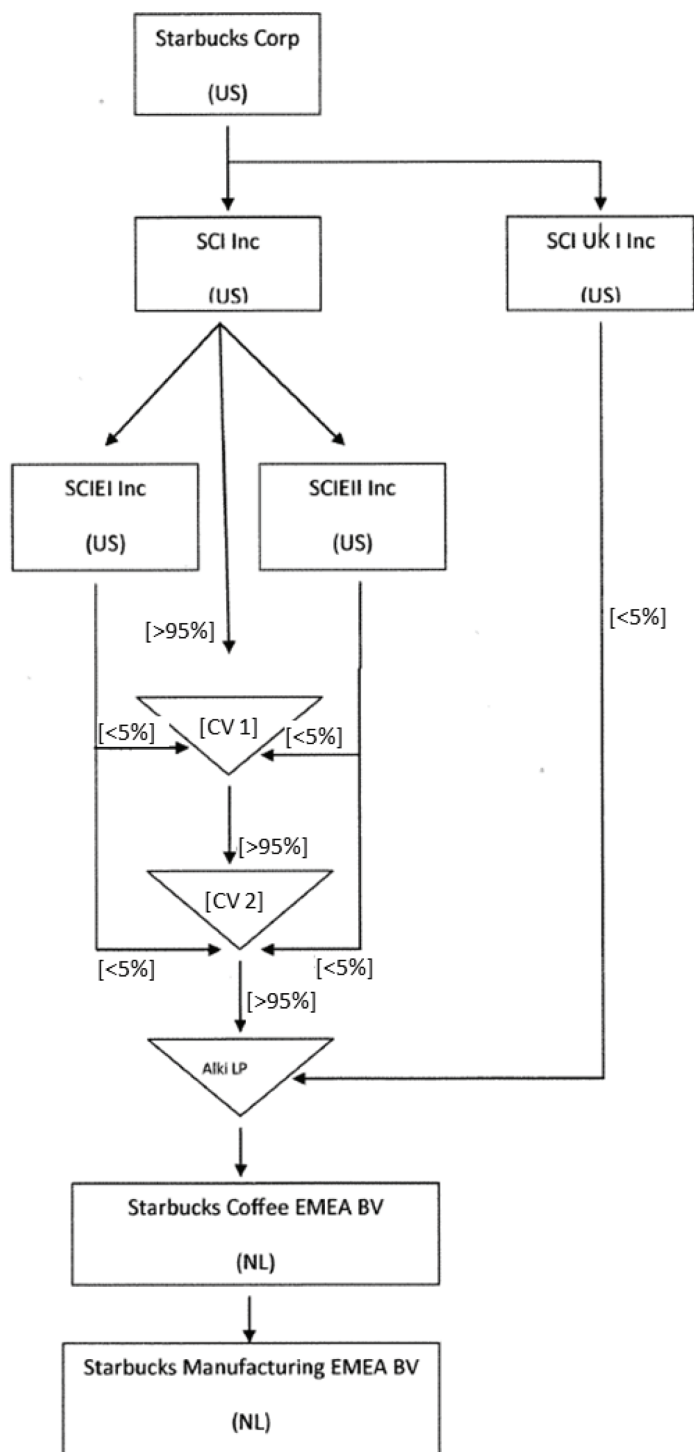
Activa	30.9.2012 in EUR	Passiva	30.9.2012 in EUR
<b>Vaste activa</b>		<b>Eigen vermogen en schulden</b>	
Immateriële vaste activa	5 385 686	Eigen vermogen	69 753 248
Materiële vaste activa	8 110 763	Langlopende schulden	28 719
<b>Vlottende activa</b>		<b>Kortlopende schulden</b>	
Voorraden	61 619 519	Handelscrediteuren	15 253 234
<i>waarvan grondstoffen</i>	35 516 052	Schulden aan groepsmaatschappijen	30 642 511
<i>waarvan onderhanden werk</i>	222 406	Schulden aan gelieerde partijen	1 907
<i>waarvan gereed product</i>	25 881 061	Overige belastingen en premies sociale verzekeringen	286 612
Handelsdebiteuren	10 148 648	Overige kortlopende schulden	12 018 958
Vorderingen op groepsmaatschappijen	25 794 362	<b>Totaal</b>	<b>127 985 189</b>
Vorderingen op gelieerde partijen	2 287 136		
Overige vorderingen	3 997 032		
Liquide en quasi-liquide middelen	10 642 040		
<b>Totaal</b>	<b>127 985 189</b>		

- (26) In voetnoten bij de jaarrekening is vermeld dat de voorraadreserves van Starbucks Manufacturing BV op 30 september 2012 1 246 088 EUR bedroegen.
- (27) De huidige eigendomsverhoudingen binnen de Starbucks-groep, voor zover deze voor de Nederlandse Belastingdienst relevant zijn, zijn de volgende:
- Starbucks Corporation houdt alle aandelen in Starbucks Coffee International Inc (hierna „SCI Inc” genoemd) en in SCI UK I Inc., beide gevestigd in de VS;
  - SCI Inc houdt alle aandelen in SCI Europe I Inc (hierna „SCIEI” genoemd) en in SCI Europe II Inc (hierna „SCIEII” genoemd), ook beide gevestigd in de VS;
  - SCI ([> 95] % commanditaire vennoot), SCIEI ([< 5] % beherend vennoot) en SCIEII ([< 5] % beherend vennoot) zijn de vennoten van [CV 1] (hierna „[CV 1]” genoemd), een Nederlandse commanditaire vennootschap;
  - [CV 1] ([> 95] % commanditaire vennoot), SCIEI ([< 5] % beherend vennoot) en SCIEII ([< 5] % beherend vennoot) zijn de vennoten van [CV 2] (hierna „[CV 2]” genoemd), ook een Nederlandse commanditaire vennootschap;
  - [CV 2] ([> 95] % commanditaire vennoot) en SCI UK Inc ([< 5] % beherend vennoot) zijn de vennoten van Alki LP, een met een Nederlandse commanditaire vennootschap vergelijkbare entiteit in het Verenigd Koninkrijk (*UK limited partnership*);
  - [...];
  - Alki LP bezit alle intellectuele-eigendomsrechten (bepaalde Starbucks-merkrechten, de Starbucks-winkelformats en de huisstijlen) voor de EMEA-regio en heeft hierop een licentie verstrekt aan Starbucks Coffee BV;

— Alki LP betaalt <sup>(14)</sup> aan een Amerikaanse Starbucks-vennootschap. Daarnaast is er door Alki LP met Starbucks Corporation (VS) een overeenkomst inzake kostendeling (*cost sharing agreement*) <sup>(15)</sup> gesloten.

De huidige eigendomsverhoudingen binnen de Starbucks-groep worden hierna in Afbeelding 1 (vereenvoudigd) weergegeven.

**Afbeelding 1**



<sup>(14)</sup> [...].

<sup>(15)</sup> Een overeenkomst inzake kostendeling is een overeenkomst tussen ondernemingen van eenzelfde groep om de kosten voor en baten van het ontwikkelen van immateriële activa te delen. Het is een soort kostenbijdrageregeling (*cost contribution arrangement*) zoals beschreven in hoofdstuk VIII van de OESO-richtlijnen.

- (28) [CV 1] en [CV 2] zijn zogenoemde Nederlandse gesloten commanditaire vennootschappen (gesloten cv's). Gesloten cv's zijn transparant voor de Nederlandse fiscale wetgeving en daarom niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Dit betekent dat de inkomsten van de gesloten cv niet op het niveau van de cv worden belast, maar op het niveau van de deelnemers in de cv naargelang hun respectievelijke participatie in de cv. In principe kan Nederland daarom het inkomen van een gesloten cv enkel belasten als de deelnemers in de cv in Nederland gevestigde ondernemingen zijn. Alki LP, een Britse limited partnership die vergelijkbaar is met een Nederlandse gesloten cv wordt ook als transparant beschouwd voor Nederlandse belastingdoeleinde en is daarom niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting naar Nederlands fiscaal recht. Vanwege deze fiscale transparantie wordt een royaltybetaling van Starbucks Coffee BV aan Alki LP voor het gebruik van de intellectuele-eigendomsrechten voor de EMEA-regio voor Nederlandse fiscale doeleinden aangemerkt als een rechtstreekse betaling aan Starbucks US<sup>(16)</sup>. [...].

### 2.3. De betwiste maatregel

#### 2.3.1. De APA's

- (29) Op 28 april 2008 heeft de Nederlandse Belastingdienst twee APA's gesloten met Starbucks Coffee BV en Starbucks Manufacturing bv Het onderhavige onderzoek is enkel gericht op de met Starbucks Manufacturing BV gesloten APA (hierna de „SMBV APA” genoemd). De met Starbucks Coffee BV gesloten APA wordt in dit besluit niet onderzocht.
- (30) De SMBV APA is gebaseerd op een afspraak tussen de Nederlandse Belastingdienst en de Starbucks-groep van 12 april 2001, die in 2002 en 2004 werd aangepast en verduidelijkt. Sinds begin 2001 werd in verschillende brieven tussen de Belastingdienst en de Starbucks-groep de juridische structuur en de vergoedingsgrondslag voor de Nederlandse Starbucks-ondernemingen beschreven. Met name per fax van 9 augustus 2002 heeft Starbucks de Belastingdienst medegedeeld dat de onderneming een tweede cv zou oprichten (oorspronkelijk was maar één cv gepland) om te vermijden dat de inkomsten van de Zwitserse entiteit van Starbucks onder de Amerikaanse fiscale [...] wetgeving<sup>(17)</sup> zouden vallen.
- (31) Volgens artikel 8b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en conform de internationale normen op dat gebied, met name de OESO-richtlijnen, moet in APA's een zakelijke vergoeding voor verrekenprijzen worden overeengekomen. In de SMBV APA wordt verondersteld dat Starbucks Manufacturing BV zakelijke verrekenprijzen zal hanteren voor transacties met gelieerde distributeurs. Dit is bijvoorbeeld van toepassing op de zakelijkheid van de prijs van koffiebonen. Daarom werd tussen de Nederlandse Belastingdienst en Starbucks Manufacturing BV een zakelijke vergoeding overeengekomen voor de door deze onderneming in Nederland uitgeoefende functies (inclusief gelopen risico's en gebruikte activa). Deze vergoeding bedraagt een opslag van [9-12] % op de relevante kostengrondslag<sup>(18)</sup>. De relevante kostengrondslag zijn de kosten waarbij Starbucks Manufacturing BV zelf waarde toevoegt.

#### 2.3.2. Het verrekenprijzenrapport van 2007

- (32) De SMBV APA is gebaseerd op een door de belastingadviseur opgesteld verrekenprijzenrapport van 2007. Dit verrekenprijzenrapport maakt integraal deel uit van die APA.
- (33) In het rapport wordt de voorkeur gegeven aan de TNMM als verrekenprijsmethode om de operationele prestaties van Starbucks Manufacturing BV te benchmarken. Volgens de OESO-richtlijnen wordt met de TNMM de verhouding van de nettowinst die een belastingplichtige uit intragroeptransacties realiseert onderzocht met betrekking tot een passende grondslag (bv. kosten, omzet, activa). Om op een betrouwbare manier te worden toegepast, moet de nettowinstindicator van de belastingplichtige die betrokken is in intragroeptransacties worden vastgesteld ten opzichte van de nettowinstindicator die deze belastingplichtige bij vergelijkbare transacties met onafhankelijke ondernemingen behaalt. Indien dit niet mogelijk is kan de nettomarge die bij vergelijkbare transacties door een onafhankelijke onderneming wordt behaald als leidraad dienen. Er moet een functieanalyse van de intragroeptransacties en de onafhankelijke transacties worden uitgevoerd om te bepalen of de transacties vergelijkbaar zijn en welke correcties nodig zijn om tot betrouwbare resultaten te komen<sup>(19)</sup>.

<sup>(16)</sup> Met „Starbucks US” worden de vennootschappen van de Starbucks-groep bedoeld die in de VS zijn gevestigd.

<sup>(17)</sup> Volgens de fiscale [...] regels zouden de inkomsten van de Zwitserse entiteit van Starbucks waarschijnlijk worden belast als de tweede cv niet aan de groepsstructuur wordt toegevoegd.

<sup>(18)</sup> Tot de relevante kosten behoren in het bijzonder alle personeelskosten gerelateerd aan de productie- en toeleveringsactiviteiten, de kosten voor productieapparatuur (d.w.z. afschrijvingen) en de overheadkosten van de fabriek (zoals de kosten van de installatie als zodanig). Hiertoe behoren niet:

- de kosten van Starbucks-bekers, papieren servetten, enz.;
- de kosten van de groene koffiebonen;

- de logistieke kosten en distributiekosten voor diensten verricht door derden en de vergoeding voor activiteiten verricht door derde partijen in het kader van zogenaamde „consignment manufacturing”-contracten (contracten voor productie op consignatiebasis);
- royaltybetalingen aan Alki LP.

<sup>(19)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 2.58.

### 2.3.2.1. Functieanalyse

- (34) Bij transacties tussen twee onafhankelijke ondernemingen zal de vergoeding gewoonlijk de functies weerspiegelen die elk van de ondernemingen vervult (met inachtneming van de gebruikte activa en de gelopen risico's). Een functieanalyse is daarom noodzakelijk om te bepalen of transacties of entiteiten vergelijkbaar zijn. Het doel van deze functieanalyse is de economisch significante activiteiten en de door de partijen genomen verantwoordelijkheden, gebruikte activa en gelopen risico's te identificeren en te vergelijken<sup>(20)</sup>.
- (35) Volgens de functieanalyse in het verrekenprijzenrapport zijn de kernactiviteiten van Starbucks Manufacturing BV deze die in de koffiebranderij in Amsterdam worden uitgeoefend. De belangrijkste grondstof in het productieproces zijn groene koffiebonen. Het koffiebrandproces dat gevolgd wordt voor een bepaalde koffiemelange, hangt af van het specifieke type groene koffieboon dat in het recept wordt gebruikt en van het gewenste smaakprofiel. [...].
- (36) In de koffiebranderij van Starbucks Manufacturing BV in Amsterdam werken ongeveer [40-60] voltijdequivalenten (hierna „VTE” genoemd)<sup>(21)</sup>. Deze werknemers houden zich vooral bezig met branden, verpakken, onderhoud en opslag. De werknemers van Starbucks Manufacturing BV zijn dus koffiebrandtechnici, verpakingsoperatoren, zij voeren onderhoud van de apparatuur uit, benutten de voor het branden aangeleverde voorraden en zijn verantwoordelijk voor kwaliteitscontrole en opslag (tijdelijke opslag van groene koffie en afgewerkte producten).[...].
- (37) Naast het branden van koffie oefent Starbucks Manufacturing BV daarmee samenhangende activiteiten in de toeleveringsketen (*supply chain operations*, hierna „SCO's” genoemd) uit. De SCO's bestaan uit het plannen van de behoefte aan groene koffie, het zoeken naar leveranciers en het inkopen; het branden van koffie en de distributie van gebrande koffie en het inkopen en leveren van andere producten en benodigdheden. De SCO's die de [20-30] VTE van Starbucks Manufacturing BV uitoefenen zijn onder meer aankoop, planning, logistiek en distributieplanning. [...].
- (38) In leveringsovereenkomsten met ontwikkelaars wordt een [...]prijstellingsmethode gebruikt. In overeenstemming met het [...] beleid van Starbucks [...] worden de door Starbucks Manufacturing BV aan ontwikkelaars aangerekende prijzen bepaald door middel van een opslag op de totale koffiekosten [...]. De totale koffiekosten die voor het bepalen van de koffieprijs worden gebruikt, zijn gebaseerd op het mondiale gemiddelde van alle kosten voor koffie ([...]). De [...] prijzen voor niet-koffiegerelateerde producten worden bepaald door middel van een distributievergoedingsopslag op de daadwerkelijke kosten.
- (39) Volgens het verrekenprijzenrapport treedt Starbucks Manufacturing BV ook op als tussenpersoon in het distributienetwerk voor een variatie van niet-koffiegerelateerde producten (zoals producten voor wederverkoop, kartonnen bekers, servetten, siropen en apparatuur). De onderneming onderhoudt ook betrekkingen met een producent op consignatiebasis (*consignment manufacturer*), hoofdzakelijk uit capaciteit en kennis overwegingen. Momenteel werkt Starbucks Manufacturing BV met één producent op consignatiebasis samen, namelijk [niet-gelieerde onderneming X], een niet-gelieerde onderneming die actief is in Zwitserland en Maleisië. Het belangrijkste door [niet-gelieerde onderneming X] vervaardigde product is [...]. Manufacturing BV verkoopt het grootste deel van de door [niet-gelieerde onderneming X] vervaardigde producten aan Starbucks [...].

### 2.3.2.2. Keuze van de TNMM

- (40) Volgens het verrekenprijzenrapport heeft de belastingadviseur bij de keuze van de verrekenprijsmethode de voorkeur gegeven aan de TNMM omdat de daarbij gebruikte nettomarge in de specifieke omstandigheden van Starbucks minder sterk wordt beïnvloed door transactie- en functiever verschillen<sup>(22)</sup> dan wat het geval is bij standaard traditionele methoden.
- (41) Bij de toepassing van de TNMM op de productieactiviteiten van Starbucks Manufacturing BV heeft de belastingadviseur de kosten van de door Starbucks Manufacturing BV verleende diensten gekozen als geschikte basis<sup>(23)</sup> voor de nettowinstindicator, in overeenstemming met de cost-plusmethode, hetgeen voor dienstverlening in de toeleveringsketen en de productie als een passende werkwijze wordt beschouwd.

<sup>(20)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 1.42.

<sup>(21)</sup> VTE is een wijze om het aantal werknemers uit te drukken.

<sup>(22)</sup> Transactiever verschillen hebben betrekking op verschillen tussen de transacties van de onderneming waarvan de belastbare grondslag wordt benaderd met behulp van een verrekenprijsmethode, en de transacties tussen onafhankelijke ondernemingen die worden gebruikt om de zakelijke prijs te bepalen. Bij de TNMM gaat het hier om de transacties tussen vergelijkbare ondernemingen die worden gebruikt om een zakelijke marge te benaderen. Functiever verschillen hebben betrekking op verschillen tussen de functies, uitgeoefend door de onderneming waarvan de belastbare grondslag wordt benaderd met behulp van een verrekenprijsmethode, en de functies uitgeoefend door vergelijkbare ondernemingen die worden gebruikt om een zakelijke marge te benaderen.

<sup>(23)</sup> In deze context wordt in het rapport verwezen naar paragraaf 3.26 van de Richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten, OESO, juli 1995 (een eerdere versie van de OESO-richtlijnen).

- (42) Volgens de belastingadviseur moet de opslag evenwel alleen worden toegepast op de onderliggende kosten waarvoor Starbucks Manufacturing BV een waardetoevoegende<sup>(24)</sup> rol vervult. In het verrekenprijzenrapport worden hier (onder meer) alle personeelskosten gerelateerd aan de productie- en de toeleveringsactiviteiten, de kosten voor productieapparatuur (d.w.z. afschrijvingen) en de overheadkosten van de fabriek (zoals de kosten van de installatie als zodanig) genoemd.
- (43) Kosten die niet naar de waardetoevoegende activiteiten van Starbucks Manufacturing BV getraceerd kunnen worden, mogen volgens de belastingadviseur daarentegen niet in de relevante kostengrondslag<sup>(25)</sup> worden opgenomen. Wat de koffiebrandactiviteiten van Starbucks Manufacturing BV betreft, was de belastingadviseur van oordeel dat de inkoop van groene koffiebonen een kostencategorie vormt waarover de onderneming weinig of geen controle heeft. De enige controle die Starbucks Manufacturing BV in dat verband kan uitoefenen, ziet op het voorraadrisico en de risico's met betrekking tot het koffiebranden tijdens het fabricageproces ([...]).
- (44) Behalve als koffiebrander treedt Starbucks Manufacturing BV ook op als tussenpersoon in de distributie van voorwerpen zoals bekers, papieren servetten enz. van Starbucks. [...]. Ongeveer 50 % van de kosten van Starbucks Manufacturing BV heeft betrekking op niet-koffiegerelateerde COGS<sup>(26)</sup>, hetgeen deze intermediaire rol op het gebied van distributie vertegenwoordigt. [...]. De belastingadviseur was daarom van mening dat de kosten in verband met deze activiteiten als tussenpersoon moeten worden uitgesloten van de kostengrondslag waarop de opslag wordt toegepast.
- (45) Tot slot heeft een ander deel van de kostengrondslag van Starbucks Manufacturing BV betrekking op de regeling voor productie op consignatiebasis en de regeling met externe dienstverleners voor logistiek en distributie. Volgens de belastingadviseur treedt Starbucks Manufacturing BV bij deze regelingen hoofdzakelijk op als tussenpersoon. Het zou daarom niet gerechtvaardigd zijn dat Starbucks Manufacturing BV een opslag krijgt op vergoedingen voor loonproductie en/of vergoedingen voor activiteiten op het gebied van logistiek/distributie die door derden worden verricht, niet het minst omdat deze vergoedingen aan derden al zakelijke prijzen vertegenwoordigen voor de door hen verleende diensten. Deze vergoedingen voor loonproductie vertegenwoordigen ongeveer [10-20] % van de kostengrondslag van Starbucks Manufacturing bv
- (46) De belastingadviseur is derhalve van oordeel dat deze drie kostencategorieën geen deel uitmaken van de relevante kostengrondslag voor de nettowinstindicator waarop de opslag moet worden toegepast. In dit verband wordt door de belastingadviseur verwezen naar paragraaf 7.36 van een eerdere versie van de OESO-richtlijnen<sup>(27)</sup>, waarin wordt toegelicht dat indien een gelieerde onderneming bij het verlenen van diensten slechts als tussenpersoon optreedt, het bij de toepassing van de cost-plusmethode belangrijk is dat de opbrengst of de opslag wordt bepaald voor het verrichten van de functie van tussenpersoon en niet voor het verrichten van de dienst zelf en dat de kosten worden doorberekend die bij het verrichten van de functie als tussenpersoon zijn gemaakt.

#### 2.3.2.3. Keuze van een peergroup en correcties

- (47) Om voor de activiteiten van Starbucks Manufacturing BV de passende zakelijke range van winstgevendheid te bepalen, heeft de belastingadviseur tot slot gezocht naar ondernemingen in Europa met soortgelijke functies en risico's. Een zoekopdracht in de Amadeus-databank<sup>(28)</sup> op NACE Rev. 1.1-klasse 15.86 (verwerking van thee en koffie) naar vergelijkbare ondernemingen in de sector van de koffiehandel (aan- en verkoop van niet door het bedrijf verwerkte koffie werd niet als vergelijkbaar beschouwd), gevolgd door eliminatie op basis van aanvullende financiële selectiecriteria en een manuele screening door de belastingadviseur<sup>(29)</sup>, leverde uiteindelijk 20 potentieel vergelijkbare ondernemingen<sup>(30)</sup> op.
- (48) De voor iedere onderneming berekende nettowinstindicator was een opslag op de totale kosten, gedefinieerd als de exploitatiewinst gedeeld door de totale exploitatiekosten. De niet-gecorrigeerde opslag op de totale kosten voor deze ondernemingen in de periode 2001-2005 wordt weergegeven in Tabel 2.

<sup>(24)</sup> Met „waardetoevoeging” wordt verwezen naar het proces waarbij een onderneming aan een product dat als homogeen kan worden beschouwd, omdat het nauwelijks (of helemaal niet) verschilt van dat van een concurrent, een eigenschap of een onderdeel toevoegt waardoor het voor een potentiële klant meer waarde krijgt.

<sup>(25)</sup> Het onderscheid tussen kosten die betrekking hebben op waardetoevoegende activiteiten en kosten die geen betrekking hebben op dergelijke activiteiten, bestaat niet in boekhoudregels en wordt gemaakt door de belastingadviseur. Een opsplitsing van de volgens boekhoudregels geregistreerde kosten in deze twee soorten kosten is uitsluitend voor rekening van de belastingadviseur.

<sup>(26)</sup> COGS staat voor „cost of goods sold”, de kostprijs van de verkochte goederen; in de winst-en-verliesrekening omvat deze post de kosten van de goederen die door de onderneming verder worden verwerkt in het eigen productieproces.

<sup>(27)</sup> In het rapport wordt verwezen naar de Richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten, OESO, juli 1995 (een eerdere versie van de OESO-richtlijnen).

<sup>(28)</sup> De Amadeus-databank is een databank met vergelijkbare financiële informatie over publieke en private ondernemingen in heel Europa. Hij wordt onderhouden door Bureau van Dijk (BvD), een aanbieder van bedrijfsgegevens en zakelijke informatie.

<sup>(29)</sup> Geautomatiseerde zoekopdrachten in Amadeus leverden 240 ondernemingen op; met aanvullende financiële selectiecriteria elimineerde de belastingadviseur er daarvan 88, zodat de steekproef uiteindelijk nog 152 potentieel vergelijkbare ondernemingen bevatte.

<sup>(30)</sup> Zijn belangrijkste criteria om ondernemingen te schrappen, waren dat zij niet-gerelateerde functies verrichtten (d.w.z. distributie, reparatie enz.), niet-gerelateerde producten vervaardigden (d.w.z. snoepjes, andere voedingsmiddelen enz.) of deel uitmaakten van een groep.

Tabel 2

Niet-gecorrigeerde opslag op totale kosten Gewogen gemiddelde (op basis van totale kosten) Koffieproducenten Interkwartielrange 2001-2005	
Aantal waarnemingen	20
Laagste kwartiel	4,9 %
<b>Mediaan</b>	<b>7,8 %</b>
Hoogste kwartiel	13,1 %

- (49) Volgens de belastingadviseur omvat deze groep van vergelijkbare ondernemingen evenwel ook volwaardige producenten die doorgaans meer functies verrichten en een grondstofrisico lopen. Om de betrouwbaarheid van de vergelijking te verbeteren, heeft de belastingadviseur een eerste correctie aangebracht om er rekening mee te houden dat in de opslag die wordt voorgesteld op de kostengrondslag van Starbucks Manufacturing BV de kosten voor de groene bonen niet zijn begrepen („de eerste correctie”). Als reden voor de eerste correctie werd aangevoerd dat Starbucks Manufacturing BV geen waarde toevoegt bij de inkoop van deze bonen terwijl de onderneming ook weinig of geen risico loopt ten aanzien van de (kortermijn)voorraad.
- (50) Bij de opbrengst van de vergelijkbare ondernemingen daarentegen, aldus de belastingadviseur, gaat het om een opbrengst op basis van een kostengrondslag waarin die grondstoffen wel zijn begrepen. Daarom heeft de belastingadviseur een correctie op de grondstofkosten toegepast om de opslag op de totale kosten<sup>(31)</sup> die is vastgesteld op basis van de vergelijkingsgroep om te rekenen naar een opslag op de conversiekosten. Deze opslag op de conversiekosten is een functie van het aandeel van de grondstofkosten in de totale kosten en de opslag in verband met wat door de belastingadviseur wordt omschreven als „de verwerving van de eigendom van de grondstoffen”.
- (51) Voor de opslag op de grondstofkosten bij de berekening van de opslag op de conversiekosten maakte de belastingadviseur, bij gebrek aan directe benchmarks, een raming van het door de producenten van Starbucks Manufacturing BV te behalen rendement op grondstoffen aan de hand van een risicovrije rentevoet, namelijk het twaalfmaandse Euribortarief, vermeerderd met een spread van 50 basispunten („de tweede correctie”). Het gebruikte twaalfmaandse Euribortarief voor elk jaar was als volgt:

Tabel 3

12-maandse Euribortarieven					
	2005	2004	2003	2002	2001
<b>Rentevoet</b>	2,33 %	2,27 %	2,33 %	3,49 %	4,09 %
<b>Spread</b>	0,5 %	0,5 %	0,5 %	0,5 %	0,5 %

- (52) Om dit geraamde verschil in opportuniteitskosten te weerspiegelen in de winst-en-verliesrekening van de vergelijkbare ondernemingen, wordt het geraamde verschil volgens de belastingadviseur toegevoegd aan de materiaalkosten van de vergelijkbare ondernemingen. De volgende formule beschrijft de combinatie van de eerste en de tweede correctie:

$$\text{Corr}_{\text{opslag}} = (\text{OPS}_{\text{totale kosten}} - (\text{OPS}_{\text{grondstoffen}} * \text{GSK})) / \text{CK}$$

waarbij:

$\text{Corr}_{\text{opslag}}$  = de gecorrigeerde opslag op de conversiekosten van de producent op consignatiebasis

$\text{OPS}_{\text{totale kosten}}$  = de gecorrigeerde opslag op de totale kosten van de producent op consignatiebasis

$\text{OPS}_{\text{grondstoffen}}$  = de opslag voor de eigendomsverwerving van de grondstoffen

$\text{GSK}$  = grondstofkosten, uitgedrukt als deel van de totale kosten

<sup>(31)</sup> De belastingadviseur gebruikt de term „opslag” hoewel de berekening van de opslag gebaseerd is op de exploitatiewinst van de vergelijkbare ondernemingen gedeeld door een kostengrondslag, en niet op de brutowinst.



CK = conversiekosten, uitgedrukt als deel van de totale kosten

- (53) De twee correcties resulteerden in de volgende gecorrigeerde opslag op conversiekosten voor de vergelijkbare ondernemingen in de periode 2001-2005:

Tabel 4

Gecorrigeerde opslag op conversiekosten	
Gewogen gemiddelde (op basis van totale kosten)	
Koffieproducenten	
Interkwartielrange 2001-2005	
Aantal waarnemingen	20
Laagste kwartiel	6,6 %
<b>Mediaan</b>	<b>[9-12] %</b>
Hoogste kwartiel	20,9 %

- (54) Op basis hiervan concludeerde de belastingadviseur dat onafhankelijke ondernemingen in de periode 2001-2005 een opslag op conversiekosten hebben gerealiseerd in een range van 6,6 % tot 20,9 %, met een mediaan van [9-12] %. Dienovereenkomstig wordt in het verrekenprijzenrapport geconcludeerd dat het mediane resultaat, dat gebaseerd is op gewogen gemiddelden, een passende zakelijke opslag vertegenwoordigt voor de activiteiten van Starbucks Manufacturing bv. Daarom werd een (afgeronde) opslag van [9-12] % beschouwd als een zakelijke opslag voor de diensten op het gebied van productie/branden en de daarmee samenhangende activiteiten in de toeleveringsketen die door Starbucks Manufacturing BV worden verricht voor haar intragroeptransacties.
- (55) In bijlages bij het verrekenprijzenrapport is een lijst opgenomen van de ondernemingen die voor vergelijkingsdoeleinden zijn aanvaard dan wel afgewezen. De 20 aanvaarde ondernemingen zijn in bijlages bij het rapport gepresenteerd en opgenomen in Tabel 5:

Tabel 5

company name	country	2005					2004					2003							
		turnover	operating profit	total costs	material consts	unadjusted Mark-up	adjusted Mark-up	turnover	operating profit	total costs	material consts	unadjusted Mark-up	adjusted Mark-up	turnover	operating profit	total costs	material consts	unadjusted Mark-up	adjusted Mark-up
1 [COMPANY 1]	SPAIN	11,459	[...]	10,276	5,020	11,51%	[...]	10,814	964	9,850	5,204	9,79%	17,65%	11,691	887	10,804	5,991	8,21%	14,91%
2 [COMPANY 2]	FRANCE	1,751	[...]	1,737	821	0,81%	[...]	1,693	54	1,639	739	3,29%	3,73%	1,750	96	1,654	748	5,80%	8,26%
3 [COMPANY 3]	SPAIN	1,068	42	1,026	460	4,09%	5,12%	996	189	797	399	24,97%	47,22%	970	212	24,97%	418	27,97%	58,87%
4 [COMPANY 4]	SPAIN	1,971	61	1,910	835	3,19%	3,48%	1,826	117	1,709	697	6,85%	9,85%	1,621	67	1,554	640	4,31%	5,35%
5 [COMPANY 5]	SPAIN	2,194	245	1,949	1,137	12,57%	26,21%	2,039	205	1,834	1,074	11,18%	23,06%	2,046	187	1,859	1,107	10,06%	20,70%
6 [COMPANY 6]	SPAIN	1,102	39	1,063	524	3,67%	4,48%	1,040	47	993	396	4,73%	6,04%	1,094	58	1,036	445	5,60%	7,68%
7 [COMPANY 7]	FRANCE	2,484	439	2,045	1,200	21,47%	47,93%	2,393	480	1,913	1,117	25,09%	56,41%	2,296	512	1,784	1,049	28,70%	65,62%
8 [COMPANY 8]	ITALY	1,043	60	983	472	6,10%	9,13%	925	140	785	270	17,83%	25,73%	na	na	na	na		
9 [COMPANY 9]	ITALY	6,149	-695	6,844	2,884	-10,15%	-10,15%	5,740	308	5,432	1,750	5,67%	7,05%	5,578	360	5,218	1,650	6,90%	8,78%
10 [COMPANY 10]	ITALY	6,320	346	5,974	2,702	5,79%	8,24%	5,142	364	4,778	2,125	7,62%	11,50%	4,530	294	4,236	1,714	6,94%	9,73%
11 [COMPANY 11]	ITALY	2,362	233	2,029	163	11,48%	12,24%	2,279	217	2,062	204	10,52%	11,38%	2,054	97	1,957	198	4,96%	5,20%
12 [COMPANY 12]	ITALY	2,559	40	2,519	645	1,59%	1,59%	2,591	28	2,563	727	1,09%	1,09%	2,521	186	2,335	607	7,97%	9,77%
13 [COMPANY 13]	SPAIN	6,748	227	6,521	5,371	3,48%	6,52%	6,612	255	6,357	5,170	4,01%	9,42%	6,203	253	5,950	4,696	4,25%	9,58%
[COMPANY 14]																			
14	SPAIN	5,055	512	4,543	2,286	11,27%	19,82%	4,733	857	3,876	1,932	22,11%	41,33%	4,471	653	3,818	2,050	17,10%	33,65%
15 [COMPANY 15]	ITALY	2,609	342	2,267	1,090	15,09%	26,44%	2,764	622	2,142	789	29,04%	44,36%	2,982	764	2,218	748	34,45%	50,53%
16 [COMPANY 16]	ITALY	2,524	256	6,266	2,989	4,08%	5,23%	6,533	304	6,229	3,066	4,88%	6,93%	6,243	478	5,765	3,026	8,29%	14,33%
17 [COMPANY 17]	FRANCE	1,467	79	1,388	644	5,69%	8,17%	1,411	63	1,348	639	4,67%	6,34%	1,368	62	1,306	608	4,75%	6,42%
18 [COMPANY 18]	FRANCE	1,492	59	1,433	366	4,12%	4,56%	1,330	72	1,258	369	5,72%	6,95%	1,445	174	1,271	394	13,69%	18,57%
19 [COMPANY 19]	SPAIN	1,264	50	1,214	515	4,12%	5,07%	1,111	60	1,051	445	5,71%	7,87%	1,026	63	963	415	6,54%	9,35%
[COMPANY 20]																			
20	ITALY	10,716	528	10,188	4,614	5,18%	7,13%	10,078	1,206	8,872	3,504	13,59%	20,86%	9,199	831	8,368	3,640	9,99%	15,40%
number of companies						20	20	20				20	20					19	
lower quartile						3,6%	4,5%					4,8%	6,9%					5,6%	8,4%
median						4,7%	[...]					7,2%	10,5%					8,0%	9,8%
upper quartile						11,4%	16,0%					15,7%	24,4%					12,8%	20,2%

Tabel 5 vervolg

	company name	country	2002						2001						2001-2005	
			turnover	operating profit	total costs	material consts	unadjusted Mark-up	adjusted Mark-up	turnover	operating profit	total costs	material consts	unadjusted Mark-up	adjusted Mark-up	unadjusted weighted average Mark-up	adjusted weighted average Mark-up
1	[COMPANY 1]	SPAIN	12,813	939	11,874	7,633	7,91%	14,96%	13,402	850	12,552	8,753	6,77%	11,80%	8,71%	[...]
2	[COMPANY 2]	FRANCE	1,759	84	1,675	792	5,01%	5,93%	1,664	109	1,555	760	7,01%	9,32%	4,32%	[...]
3	[COMPANY 3]	SPAIN	959	219	740	409	29,59%	61,23%	965	176	789	463	22,31%	47,47%	20,63%	39,50%
4	[COMPANY 4]	SPAIN	1,449	104	1,345	551	7,73%	10,33%	1,398	123	1,275	555	9,65%	13,55%	6,06%	8,05%
5	[COMPANY 5]	SPAIN	2,007	191	1,816	1,182	10,52%	22,69%	1,955	190	1,765	1,156	10,76%	22,49%	11,04%	23,12%
6	[COMPANY 6]	SPAIN	1,086	18	1,068	361	1,69%	1,69%	861	-17	878	355	-1,94%	-1,94%	2,88%	3,63%
7	[COMPANY 7]	FRANCE	2,260	481	1,779	1,068	27,04%	61,66%	2,201	441	1,760	1,086	25,06%	58,03%	25,35%	57,59%
8	[COMPANY 8]	ITALY	909	107	802	299	13,34%	18,90%	na	na	na	na	na	na	11,95%	17,94%
9	[COMPANY 9]	ITALY	5,146	105	5,041	1,068	2,08%	2,08%	na	na	na	na	na	na	0,35%	1,67%
10	[COMPANY 10]	ITALY	4,226	192	4,034	1,465	4,76%	5,20%	3,923	247	3,676	1,667	6,72%	8,49%	6,56%	8,63%
11	[COMPANY 11]	ITALY	1,732	126	1,606	121	7,85%	8,16%	na	na	na	na	na	na	8,79%	9,36%
12	[COMPANY 12]	ITALY	2,808	210	2,598	726	8,08%	9,67%	2,886	184	2,702	896	6,81%	7,91%	5,10%	5,95%
13	[COMPANY 13]	SPAIN	6,324	261	6,063	4,911	4,30%	5,65%	6,352	280	6,072	5,027	4,61%	4,71%	4,12%	7,28%
14	[COMPANY 14]	SPAIN	4,425	704	3,721	2,045	18,92%	37,14%	4,370	837	3,533	2,052	23,69%	50,16%	18,28%	35,19%
15	[COMPANY 15]	ITALY	3,138	930	2,208	880	42,12%	67,39%	3,394	936	2,398	1,118	39,03%	69,12%	32,00%	51,96%
16	[COMPANY 16]	ITALY	5,609	465	5,144	2,839	9,04%	15,26%	5,407	448	4,959	2,240	9,03%	12,70%	6,88%	10,42%
17	[COMPANY 17]	FRANCE	1,397	52	1,345	636	3,87%	3,76%	1,422	64	1,358	673	4,71%	4,83%	4,74%	5,93%
18	[COMPANY 18]	FRANCE	1,514	412	1,102	351	37,39%	53,00%	na	na	na	na	na	na	14,16%	18,73%
19	[COMPANY 19]	SPAIN	1,020	86	934	452	9,21%	14,10%	1,002	49	953	491	5,14%	5,73%	6,02%	8,18%
20	[COMPANY 20]	ITALY	8,962	714	8,268	3,829	8,64%	12,64%	7,885	464	7,421	3,507	6,25%	7,74%	8,68%	12,90%
	number of companies						20	20					16	16	20	20
	lower quartile						4,9%	5,8%					5,7%	6,7%	4,9%	6,6%
	median						8,4%	13,4%					6,9%	10,6%	7,78%	[9-12]%
	upper quartile						16,1%	29,9%					16,5%	35,0%	13,1%	20,9%

## 2.3.3. Royaltybetalingen van Starbucks Manufacturing BV aan Alki LP

- (56) De winst-en-verliesrekeningen van Starbucks Manufacturing BV voor de boekjaren die eindigden op 30 september 2012 en 2 oktober 2011 (inclusief het voorgaande boekjaar), zoals opgenomen in de jaarrekeningen van Starbucks Manufacturing BV die de Nederlandse autoriteiten op 2 oktober 2013 hebben verstrekt, zijn weergegeven in Tabel 6:

Tabel 6

in EUR	2009/2010	2010/2011	2011/2012
Omzet	142 627 243	184 159 097	286 217 379
Directe kostprijs van de omzet	(120 020 824)	(153 275 834)	(252 500 829)
<b>Brutomarge</b>	22 606 419	30 883 263	33 716 550
Algemene en administratieve kosten	(16 835 153)	(14 303 059)	(17 469 758)
Wisselkoersresultaten	(2 266 492)	(2 089 448)	(8 162 650)
<b>Bedrijfsresultaat</b>	3 504 774	14 490 756	8 084 142
Overige kosten	(1 079 817)	(12 352 838)	(5 786 211)
Rentebaten	45 402	30 073	18 763
Rentelasten	(817 041)	(737 371)	(735 233)
Resultaat vóór belastingen	1 653 318	1 430 620	1 581 461
Vennootschapsbelasting	(428 611)	(337 599)	(395 365)
<b>Nettoresultaat voor het jaar</b>	1 224 707	1 093 021	1 186 096

- (57) In de voetnoten bij de jaarrekeningen wordt het volgende verduidelijkt in verband met de post „overige kosten” in Tabel 6: „Overige kosten hebben betrekking op een royaltyovereenkomst met de gelieerde onderneming [CV 2], die op 14 december 2006 aan Alki LP is toegewezen en op een fiscale ruling met de Nederlandse belastingdienst is gebaseerd.”
- (58) De fiscale ruling waarop deze voetnoot betrekking heeft, is de SMBV APA. Volgens deze voetnoot blijkt dus dat de accountant van Starbucks Manufacturing BV van oordeel was dat de SMBV APA royaltybetalingen genereert van Starbucks Manufacturing BV aan Alki LP. Deze royalty is in de winst-en-verliesrekeningen opgevoerd als een restpost en niet als een vergoeding voor een intellectuele-eigendomsrecht. Bij het opstellen van de winst-en-verliesrekeningen van Starbucks Manufacturing BV werd voor alle opgevoerde bedragen met uitzondering van de royalty een zakelijke prijsstelling vastgesteld of verondersteld. Op basis van de in de SMBV APA overeengekomen prijsstelling wordt een belastbare winst (de post „resultaat vóór belastingen” in Tabel 6) berekend ten belope van ongeveer [9-12] % van de exploitatiekosten van Starbucks Manufacturing BV (de post „algemene en administratieve kosten” in Tabel 6). Aangezien evenwel het verschil van de post „omzet” in Tabel 6 en alle boekhoudkundige kosten vóór de royaltybetaling<sup>(32)</sup> niet gelijk is aan de op basis van de SMBV APA berekende belastbare winst, wordt de winst die deze opslag van [9-12] % overschrijdt, door Starbucks Manufacturing BV aan Alki LP betaald in de vorm van een fiscaal aftrekbare royalty voor het octrooi op het fabricageproces (de post „overige kosten” in Tabel 6). De royaltybetaling wordt dus verricht op basis van de door de Nederlandse belastingdienst afgegeven SMBV APA, zoals aangegeven in de rekeningen van Starbucks Manufacturing bv

<sup>(32)</sup> Meer in het bijzonder is de winst vóór belastingen voor de royaltybetaling gelijk aan de „omzet” minus de „directe kostprijs van de omzet” (die de kosten van de in het productieproces verbruikte grondstoffen vertegenwoordigt) minus de „algemene en administratieve kosten” minus „wisselkoersresultaten” plus „rentebaten” minus „rentelasten” in Tabel 6. In het boekjaar 2010/2011 zou de winst vóór belastingen voor de royaltybetaling bijvoorbeeld gelijk zijn aan [...] EUR. Om het resultaat vóór belastingen te verlagen tot het in de SMBV APA afgesproken niveau van ongeveer [9-12] % van overeengekomen kosten, wordt een fiscaal aftrekbare royalty van ongeveer [...] EUR betaald aan Alki LP, zoals opgevoerd in de post „overige kosten”.

#### 2.4. Door Nederland verstrekte aanvullende informatie ter onderbouwing van de SMBV APA

- (59) Op een bijeenkomst tussen de Nederlandse autoriteiten en de diensten van de Commissie op 15 januari 2014 hebben de diensten van de Commissie om nadere toelichting op de SMBV APA verzocht. Op 28 januari 2014 hebben de Nederlandse autoriteiten een schriftelijk antwoord gegeven op een aantal vragen die tijdens die bijeenkomst door de diensten van de Commissie waren gesteld. Op de vragen van de Commissie over de correcties die de belastingadviseur heeft toegepast op de kostengrondslag van Starbucks Manufacturing BV, hebben zij het volgende geantwoord:

„Correcties in het werkkapitaal zijn voorbeelden van dergelijke redelijk nauwkeurige correcties; tot op heden zijn dit de correcties die in de praktijk het vaakst worden aangebracht, als dat al gebeurt, om tot vergelijkbare resultaten te komen. Dit blijkt uit het feit dat een voorbeeld van een correctie van het werkkapitaal is opgenomen in de herziene [OESO-richtlijnen] als bijlage bij hoofdstuk 3. De pan-Europese zoekprocedure met betrekking tot de zakelijke resultaten van de productieactiviteiten van de onderzochte partij [te weten] Starbucks Manufacturing EMEA BV, omvat een correctie naar een opslag op conversiekosten. De reden hiervoor is dat er, ondanks de zoekstappen, nog altijd verschillen bestaan tussen [Starbucks Manufacturing EMEA BV] en de gevonden vergelijkbare ondernemingen. De groep vergelijkbare ondernemingen omvat producenten die meer functies uitoefenen en risico's lopen op het gebied van grondstoffen. Dit is een gebruikelijke werkwijze, omdat er nauwelijks niet-gelieerde vergelijkbare ondernemingen bestaan die zich uitsluitend bezighouden met conversie.

In dit geval bestaat de correctie uit een combinatie van twee correcties om tot vergelijkbare resultaten te komen, namelijk een correctie in het werkkapitaal voor de grondstoffenvoorraad, die wordt toegepast op het rendement van de vergelijkbare ondernemingen, en een correctie voor de grondstofkosten in de kostengrondslag van de vergelijkbare ondernemingen. De correctie in het werkkapitaal moet de financieringscomponent die in de verschillende voorraadniveaus begrepen is neutraliseren op het niveau van het rendement van de vergelijkbare ondernemingen. Aangezien [Starbucks Manufacturing EMEA BV] een overeenkomst voor productie op consignatiebasis heeft, wordt zij gecompenseerd voor de financieringscomponent van het voorraadriscio [blz. 28 van de Starbucks-studie <sup>(33)</sup>]. De correctie in de kostengrondslag van de vergelijkbare ondernemingen wordt aangebracht om hun kostengrondslag in overeenstemming te brengen met die van de onderzochte partij, waarin de kostencomponent voor de voorraad niet is opgenomen [blz. 28 en 40 <sup>(34)</sup> van de Starbucks-studie]. Enerzijds wordt dus de grondslag waarop de vergoeding wordt berekend gecorrigeerd. Deze grondslag wordt gecorrigeerd naar het kostenniveau waarop Starbucks Manufacturing EMEA BV waarde toevoegt: de conversiekosten. Om dit te bereiken, moet de noemer (totale kosten) worden gecorrigeerd naar conversiekosten (totale kosten minus grondstofkosten). Anderzijds moeten de kosten voor de financiering van de grondstoffen uit de vergoeding worden geschrapt. Daarom moet de teller (EBIT) worden gecorrigeerd met de financieringscomponent van de voorraad (EBIT minus (voorraad x passende rentevoet)). Voor de passende rentevoet kan aanknopingspunt worden gezocht bij de bijlage bij hoofdstuk III, paragraaf 8, van de [OESO-richtlijnen]. Met de gecombineerde correctie wordt zo het equivalent van de opslag op de conversiekosten berekend voor de opslag op de totale kosten van de vergelijkbare ondernemingen. De correctie naar de opslag op de conversiekosten in het kader van deze pan-Europese zoekprocedure heeft met andere woorden tot doel om de verschillen in de voorwaarden tussen de vrijemarkttransacties en de transacties van de onderzochte partij ten aanzien van de eigendomsverwerving van de grondstoffen op te heffen. Door te corrigeren voor deze verschillen inzake de eigendom van de grondstoffen ontstaat een zakelijke range die een betrouwbaardere maatstaf oplevert voor zakelijke resultaten (zie bijlage 3: International Transfer Pricing Journal, mei/juni 2008, Pan-European Comparable Searches: Enhancing Comparability Using Comparability Adjustments, meer bepaald paragraaf 2.3.2.3). (vertaling Commissie).

- (60) Op de vraag van de Commissie hoe kan worden verklaard dat de door Starbucks Manufacturing BV betaalde royalty over de jaren heen schommelt, hebben de Nederlandse autoriteiten het volgende geantwoord:

„Op basis van de functieanalyse van Starbucks Manufacturing EMEA BV zijn de Nederlandse autoriteiten tot de conclusie gekomen dat Starbucks Manufacturing EMEA BV routinefuncties vervult; in de gehele toeleveringsketen is Starbucks Manufacturing EMEA BV geen onderneming met een complex functieprofiel. Zij verricht alleen „eenvoudige” functies en levert geen waardevolle, unieke bijdrage. Op basis van paragraaf 3.18 van de [OESO-richtlijnen] wordt de onderneming daarom aanvaard als onderzochte partij. Als de conclusie wordt getrokken dat

<sup>(33)</sup> Toegevoegde voetnoot: blz. 28 van het verrekenprijzenrapport bevat de argumentatie die wordt aangehaald in de punten (40) tot en met (45) hierboven.

<sup>(34)</sup> Toegevoegde voetnoot: blz. 40 van het verrekenprijzenrapport bevat de argumentatie die wordt aangehaald in de punten (48) en (50) hierboven.

een onderneming kan worden beschouwd als een onderzochte partij, zijn de verrichte functies, gebruikte activa en gelopen risico's van de andere (niet-)gelieerde partijen in de toeleveringsketen niet meer van belang. Om die reden hebben de Nederlandse autoriteiten geen aandacht besteed aan de activiteiten van de andere ondernemingen in de toeleveringsketen en aan de transacties ten aanzien waarvan Starbucks Manufacturing EMEA BV geen waarde toevoegt. Het is evenwel aan de belastingautoriteiten van de landen waar de andere ondernemingen in de toeleveringsketen actief zijn, om een zakelijke vergoeding vast te stellen voor de functies, activa en risico's in hun land. De zakelijke vergoeding voor deze activiteiten is (alleen) belastbaar in de desbetreffende landen. In onderhavig geval bijvoorbeeld is het zo dat, wanneer de vergoeding voor de Zwitserse onderneming als zakelijk wordt aangemerkt, dat resultaat alleen belastbaar is in Zwitserland<sup>(35)</sup> (en niet in Nederland). Aangezien de Nederlandse Belastingdienst zijn aandacht heeft gericht op een zakelijke vergoeding voor Starbucks Manufacturing EMEA BV, is het de Nederlandse autoriteiten niet volledig duidelijk hoe de schommelingen in de aan Alki LP betaalde royalty kunnen worden verklaard. Derde partijen en gelieerde partijen betalen dezelfde prijs voor gebrande koffie en andere gerelateerde Starbucks-producten. Starbucks Manufacturing EMEA BV ontvangt een min of meer (de exploitatiekosten kunnen jaarlijks schommelen) vaste vergoeding en — volgens de informatie waarover de Nederlandse autoriteiten beschikken — is ook de vergoeding van de Zwitserse onderneming vast (het resultaat is een kostengerelateerde methode met een opslag van 20 %). Naar wat de Nederlandse autoriteiten begrijpen, kunnen er dus verschillende elementen de schommeling veroorzaken:

- de prijs van groene koffiebonen die de Zwitserse onderneming op de wereldmarkt inkoopt;
- de prijs van gebrande koffiebonen die wordt afgesproken met de gelieerde en niet-gelieerde verkoopbedrijven (gelieerde en niet-gelieerde bedrijven betalen dezelfde prijs);
- de exploitatiekosten van Starbucks Manufacturing;
- de gevolgen van het gebruik van verschillende valuta's;
- de rentevoet van leningen;
- waarschijnlijk spelen er ook nog andere elementen een rol.

Het is de Nederlandse autoriteiten wel bekend dat Starbucks Manufacturing EMEA BV in het verleden (de jaren 2001/2002 en 2002/2003) vergoed werd door de houder van de intellectuele-eigendomsrechten, met als resultaat een negatieve royalty voor laatstgenoemde. Dit lijkt aan te sluiten bij de gebruikte methode om de houder van de intellectuele-eigendomsrechten te vergoeden.

Doordat de Nederlandse autoriteiten hun aandacht hebben gericht op de waardetoevoegende activiteiten van Starbucks EMEA BV, kunnen zij helaas niet in detail uitleggen welke de achterliggende oorzaken zijn van de schommelende royalty." (vertaling Commissie).

- (61) Het document dat de Nederlandse autoriteiten in bijlage 3 bij bovenstaande informatie hebben gevoegd, is het artikel *Pan-European Comparables Searches: Enhancing Comparability Using Comparability Adjustments* in het International Transfer Pricing Journal van mei/juni 2008; paragraaf 2.3.2.3 van dat artikel is hieronder weergegeven:

#### „2.3.2.3 Producenten op consignatiebasis/contractproducenten

Een voorbeeld van een situatie waarin het onvermijdelijk is om correcties aan te brengen in het werkkapitaal, is het benchmarken van productieactiviteiten op consignatiebasis. Producenten op consignatiebasis dragen gewoonlijk niet de kosten van hun grondstoffen. In feite worden deze ten dele of volledig betaald door de klant, die de producent de grondstoffen die hij nodig heeft om het eindproduct te vervaardigen, in consignatie geeft. De grondstoffen worden ingekocht voor risico en voor rekening van de klant. Bedrijven die op consignatiebasis produceren, zijn dus geen eigenaar van een voorraad grondstoffen of eindproducten en moeten daarom een rendement op productie behalen dat geen compensatie voor het houden van voorraden omvat.

Als de onderzochte partij een producent op consignatiebasis is zoals hierboven beschreven, zou bij het zoeken naar vergelijkingspunten een screening moeten gebeuren van met name de omvang van het werkkapitaal en de voorraad. De ervaring van de auteur leert evenwel dat het nagenoeg onmogelijk is om productiebedrijven te vinden die geen omvangrijke voorraad aanhouden. In plaats van direct te zoeken naar producenten op consignatiebasis, heeft het dus meer zin om, aan de hand van kenmerkende verhoudingen, volwaardige producenten in kaart te brengen die op hetzelfde terrein actief zijn. Aangezien producenten op consignatiebasis geen eigenaar van de goederen worden, kunnen correcties in het werkkapitaal worden toegepast met behulp van specifieke mechanismen zoals beschreven in punt 2.3.2.1 om de vergelijkbaarheid te verbeteren<sup>(36)</sup>.

<sup>(35)</sup> Volgens de hoorzitting in het Britse Lagerhuis telt de Zwitserse entiteit van Starbucks ongeveer 30 werknemers — zie Q256 in HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts 2011-12, House of Commons Committee of Public Accounts, 2012. De vergoedingsmethodiek van de Zwitserse entiteit zou bestaan in een brutovergoeding door middel van 20 % opslag op de inkoop — zie Q257 tot en met Q259 van hetzelfde document.

<sup>(36)</sup> Uiteindelijk is de toepassing van een lager percentage om een producent op consignatiebasis voor zijn activiteiten te vergoeden, ten opzichte van wat wordt toegepast voor een volwaardige producent, gebaseerd op verschillen in het risicoprofiel en niet op de activiteiten van de producent op consignatiebasis. Deze kan immers technisch even geavanceerd zijn als andere (volwaardige) producenten.

Uiteindelijk leiden de bovenstaande stappen tot een definitieve reeks ondernemingen die een netto cost-plusmarge rapporteren, uitgedrukt als exploitatiewinst (gecorrigeerd voor werkkapitaal) gedeeld door een kostengrondslag die de COGS en de exploitatiekosten omvat. Een producent op consignatiebasis kan evenwel een (enigszins) andere kostenstructuur hebben doordat hij geen eigenaar wordt van de grondstoffen noch een eigen voorraad aanhoudt<sup>(37)</sup>. In een volgende stap moet daarom de netto cost-plusmarge van de vergelijkbare ondernemingen in overeenstemming worden gebracht met de kostengrondslag van de onderzochte partij.

Eerst wordt een berekening gemaakt om de vergelijkbare COGS vast te stellen als een percentage van de totale kosten (Y). Voor de ondernemingen waarvoor Amadeus geen gegevens met betrekking tot de COGS verstrekt, kan de post „materiaalkosten” worden gebruikt om de materiaalkosten te bepalen als een percentage van de totale kosten (Y).

Tabel [7]

Company	Sales	COGS	Material costs	Total costs	Operating profit	Net Cost-Plus Margin (%)	COGS or Material costs as % of total costs	Multiplier	Adjusted net cost-plus margin (%)
A	1,000	460	0	950	50	5.26	48.42	1.94	10.20
B	4,000	0	2,840	3,900	100	2.56	72.82	3.68	9.43
C	800	290	0	750	50	6.67	38.67	1.63	10.87
D	2,500	0	1,760	2,450	50	2.04	71.84	3.55	7.25
E	3,300	1,840	0	3,210	90	2.80	57.32	2.34	6.57
F	950	0	400	890	60	6.74	44.94	1.82	12.24
G	1,400	730	0	1,340	60	4.48	54.48	2.20	9.84
H	1,800	0	890	1,720	80	4.65	51.74	2.07	9.64
Maximum						6.74			12.24
75th percentile						5.61			10.37
median						4.56			9.74
25th percentile						2.74			8.89
minimum						2.04			6.57

Het gebruik van materiaalkosten in plaats van de COGS bij gebrek aan cijfers over de COGS is een punt van discussie, omdat materiaalkosten niet automatisch alle elementen van de COGS omvatten. Daartegenover staat dat, wanneer wordt geprobeerd om de COGS zo goed mogelijk te simuleren, het gebruik van materiaalkosten in plaats van de COGS vaak de enige haalbare methode is als gebruik wordt gemaakt van gegevens van Amadeus.

Vervolgens kan met de onderstaande formule een multiplicator worden berekend voor de volgende stap:

$$\text{Multiplier} = 1/(100\% - Y)$$

Deze multiplicator kan nu worden toegepast op de netto cost-plusmarge om de netto cost-plusmarge van de vergelijkbare ondernemingen te corrigeren voor de verschillen in de kostengrondslag ten opzichte van de onderzochte partij.

Tabel [7] is een fictief cijfervoorbeeld van de manier waarop kosten bij producenten op consignatiebasis kunnen worden gecorrigeerd.” (vertaling Commissie).

- (62) Paragraaf 2.3.2.1 van hetzelfde artikel bevat een voorbeeld van een correctie van het werkkapitaal. Dit voorbeeld, dat verwijst naar de OESO-documenten betreffende vergelijkbaarheid, bevat hetzelfde cijfervoorbeeld van een correctie van het werkkapitaal als het voorbeeld dat was opgenomen in het OESO-consultatiedocument over vergelijkbaarheid van 2006<sup>(38)</sup>. De correctie van het werkkapitaal wordt met name gepresenteerd zoals in het OESO-document, dat wil zeggen als een correctie van de balans op basis van een breuk met in de teller de vorderingen minus de voorraad plus de schulden<sup>(39)</sup> en in de noemer de omzet.

## 2.5. Door Nederland afgegeven APA betreffende een loonproducent

- (63) Op 17 februari 2014 hebben de Nederlandse autoriteiten de Commissie de door haar gevraagde informatie verstrekt over andere vennootschappen waaraan Nederland een APA heeft afgegeven.

<sup>(37)</sup> Producenten op consignatiebasis kunnen, naargelang het specifieke geval, eigen outillage hebben of outillage in consignatie krijgen. Doorgaans kunnen alle producenten op consignatiebasis een aantal verkoopkosten hebben die betrekking hebben op de eigendom van de fabriek, de outillage en het personeel; gewoonlijk hebben zij echter geen verkoopkosten in verband met de inkoop van grondstoffen, onderdelen en voorraden.

<sup>(38)</sup> *Comparability: public invitation to comment on a series of draft issues notes*, OESO, 10 mei 2006.

<sup>(39)</sup> Vorderingen plus voorraad min schulden is de meest gangbare definitie van werkkapitaal.

- (64) De verstrekte documenten bevatten één APA met betrekking tot een loonproducent, waaraan een loonproductieovereenkomst als bewijsstuk was gehecht. In deze overeenkomst wordt de Nederlandse onderneming die de APA heeft gekregen, als een loonproducent beschouwd, terwijl een Zwitserse entiteit van dezelfde groep als de opdrachtgever wordt aangewezen. In de loonproductieovereenkomst is met name bepaald dat de grondstoffen en alle onderhanden werk eigendom blijven van de Zwitserse entiteit die als opdrachtgever optreedt. In deze overeenkomst is voorts bepaald dat de Zwitserse entiteit, in haar hoedanigheid van opdrachtgever, de Nederlandse entiteiten een verzekering verstrekt voor alle kosten van vervanging van de grondstoffen.
- (65) In een verrekenprijzenrapport dat is opgesteld ten behoeve van die APA, wordt uiteengezet dat de zakelijke vergoeding gebaseerd is op een vergelijking van het gemiddelde rendement op activa. Dit rapport bevat ook een overzicht van het gemiddelde rendement op activa van ondernemingen die worden geacht vergelijkbare goederen te produceren. Het rendement op activa is verkregen aan de hand van een zoekopdracht in de Amadeus-databank en in het rapport zijn op die financiële resultaten geen correcties aangebracht.
- (66) Uit de financiële verslagen die zijn verstrekt voor de als loonproducent aangewezen Nederlandse onderneming die de APA heeft gekregen, blijkt dat het voorraadniveau voor de jaren 2008, 2009 en 2010 laag is in vergelijking met de andere activa van de onderneming. In 2010 maakten de voorraden van die onderneming 0,8 % van de totale activa en 3,3 % van de handelsvorderingen uit, in 2009 en 2008 maakten de voorraden 0,9 % respectievelijk 0,6 % van de totale activa uit.

### 3. BEOORDELING

#### 3.1. Bestaan van staatssteun

- (67) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU zijn steunmaatregelen van een lidstaat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.
- (68) De kwalificatie van een maatregel als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU veronderstelt derhalve dat aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan: i) de maatregel moet aan de staat toe te rekenen zijn en met staatsmiddelen worden bekostigd; ii) de maatregel moet de ontvanger een voordeel verlenen; iii) dat voordeel moet selectief zijn; en iv) de maatregel moet de mededinging vervalsen of dreigen deze te vervalsen en kan het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.
- (69) De belangrijkste vraag in deze zaak is of de SMBV APA Starbucks Manufacturing BV een selectief voordeel verleent, doordat hij tot een verlaging van haar fiscale verplichting in Nederland leidt. Indien het bestaan van een selectief voordeel kan worden aangetoond, is de aanwezigheid van de twee andere voorwaarden om van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te kunnen spreken, betrekkelijk eenvoudig.
- (70) Wat de toerekenbaarheid van de maatregel betreft, werd de SMBV APA gesloten door de Nederlandse Belastingdienst, die deel uitmaakt van de Nederlandse staat. In deze zaak werd die APA door Starbucks Manufacturing BV gebruikt om haar belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting in Nederland te berekenen. De Belastingdienst aanvaardde de analyse van de belastingadviseur en stelde op basis daarvan de verschuldigde belasting vast. De analyse van de verrekenprijzen van de Nederlandse autoriteiten spitte zich op Starbucks Manufacturing BV toe, omdat die onderneming als de onderzochte partij geselecteerd is, wat echter niet betekent dat het de uitsluitende verantwoordelijkheid van andere belastingautoriteiten is om te beoordelen of het zakelijkheidsbeginsel van de royaltybetaling is geëerbiedigd. De Nederlandse Belastingdienst blijft verantwoordelijk voor de beoordeling of de royaltybetaling op zakelijke voorwaarden plaatsvindt. Zoals uitgelegd in punt (58) vindt de royaltybetaling plaats op basis van de door de Nederlandse belastingdienst gesloten SMBV APA, wat in de rekeningen van Starbucks Manufacturing BV is vermeld. De daling van de belastbare grondslag door de royaltybetaling kan derhalve aan Nederland worden toegerekend.
- (71) Wat de bekostiging van de maatregel met staatsmiddelen betreft, kan, indien kan worden aangetoond dat de SMBV APA tot een verlaging van de fiscale verplichting van Starbucks Manufacturing BV in Nederland leidde, ook worden geconcludeerd dat die APA tot een verlies van staatsmiddelen leidt. Een belastingvermindering voor Starbucks Manufacturing BV leidt immers tot een verlies van belastinginkomsten waarover Nederland anders had kunnen beschikken<sup>(40)</sup>.
- (72) Wat de vierde voorwaarde om van steun te kunnen spreken betreft, is Starbucks Manufacturing BV een onderneming die wereldwijd en in verschillende lidstaten actief is, zodat steun in haar voordeel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig zou kunnen beïnvloeden.
- (73) Ten slotte, wat het selectieve voordeel betreft volgt uit de rechtspraak dat het begrip staatssteun niet alleen positieve prestaties omvat, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken<sup>(41)</sup>. Voorts kan het behandelen van belastingbetalers op een discretionaire

<sup>(40)</sup> Arrest van 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar and United Kingdom, Jurispr. 2011, blz. I-11113, punt 72.

<sup>(41)</sup> Arrest van 8 november 2001, zaak C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten, Jurispr. 2001, blz. I-8365, punt 38.



basis betekenen dat de individuele toepassing van een algemene maatregel de kenmerken van een selectieve maatregel aanneemt, met name wanneer de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid verder gaat dan het loutere beheer van de belastinginkomsten op basis van objectieve criteria<sup>(42)</sup>.

- (74) Fiscale rulings zouden bijgevolg niet mogen resulteren in een lagere belastingheffing voor de betrokken ondernemingen dan voor ondernemingen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. De belastingautoriteiten die via een discretionaire rullingpraktijk aanvaarden dat multinationale ondernemingen bij de vaststelling van de commerciële voorwaarden voor intragroeptransacties van de marktvoorwaarden afwijken, kunnen in hun jurisdictie van belastbare inkomsten afzien en daardoor van staatsmiddelen, met name wanneer zij commerciële voorwaarden aanvaarden die afwijken van de voorwaarden die door een voorzichtige onafhankelijke marktdeelnemer zouden zijn aanvaard<sup>(43)</sup>.
- (75) Om te besluiten of een methode voor de vaststelling van de belastbare inkomsten van een onderneming haar een voordeel oplevert, moet die methode worden vergeleken met het gewone belastingstelsel, op basis van het verschil tussen de winsten en verliezen van een onderneming die haar activiteiten onder normale marktvoorwaarden verricht. Wanneer een APA betrekking heeft op verrekenprijzeregelingen tussen gelieerde ondernemingen van dezelfde ondernemingsgroep, zou die regeling niet mogen afwijken van de regeling of vergoeding die zou zijn aanvaard door een voorzichtige onafhankelijke marktdeelnemer die onder normale marktvoorwaarden handelt<sup>(44)</sup>.
- (76) In deze context kunnen marktvoorwaarden worden bereikt door verrekenprijzen die zakelijk zijn bepaald. Het Hof van Justitie heeft bevestigd dat indien de methode van belastingheffing voor intragroeptransacties het zakelijkheidsbeginsel niet eerbiedigt<sup>(45)</sup> en tot een lagere belastbare grondslag leidt dan die welke uit een correcte toepassing van dat beginsel zou voortvloeien, zij voor de betrokken onderneming een selectief voordeel vormt<sup>(46)</sup>.
- (77) De OESO-richtlijnen zijn een referentiedocument waarin methoden worden aanbevolen om een zakelijke prijs zo dicht mogelijk te benaderen en zijn in de beoordelingspraktijk van de Commissie als passende leidraad gekozen<sup>(47)</sup>. De verschillende methoden die in de OESO-richtlijnen zijn uitgelegd, kunnen leiden tot uiteenlopende resultaten wat het bedrag van de belastbare grondslag betreft. Afhankelijk van de feiten en de omstandigheden van de belastingplichtige benaderen bovendien niet alle methoden een marktresultaat op een correcte manier. Bij de aanvaarding van een door de belastingplichtige voorgestelde methode voor de berekening van zijn belastbare grondslag zouden de belastingautoriteiten die methode moeten vergelijken met het voorzichtige gedrag van een hypothetische marktdeelnemer, die van een dochteronderneming of een vestiging een marktconforme vergoeding zou verlangen, die een weerspiegeling is van normale mededingingsvoorwaarden. Een marktdeelnemer zou bijvoorbeeld niet aanvaarden dat zijn inkomsten gebaseerd zijn op een methode die het laagst mogelijke resultaat oplevert, indien de feiten en omstandigheden van de zaak het gebruik van andere, geschiktere methoden zouden rechtvaardigen.
- (78) In het licht van die algemene opmerkingen zal de Commissie onderzoeken of de SMBV APA die met Starbucks Manufacturing BV is gesloten, het zakelijkheidsbeginsel eerbiedigt dan wel tot een selectief voordeel leidt dat door de Nederlandse belastingdienst aan die onderneming is verleend. In dit stadium heeft de Commissie de volgende drie twijfels met betrekking tot de eerbiediging van dat beginsel:
1. heeft de Nederlandse Belastingdienst Starbucks Manufacturing BV terecht beschouwd als een loonproducent met laag risico, toen hij met die onderneming de SMBV APA sloot?
  2. heeft de Nederlandse Belastingdienst terecht de eerste en de tweede correctie van de belastingadviseur van Starbucks Manufacturing BV aanvaard, toen hij met die onderneming de SMBV APA sloot? en

<sup>(42)</sup> Arrest van 26 september 1996, zaak C-241/94, Frankrijk/Commissie (Kimberly Clark Sopalin), Jurispr. 1996, blz. I-4551, punten 23 en 24.

<sup>(43)</sup> Indien de belastingdienst geen ruling had gesloten maar gewoonweg een methode van belastingheffing had aanvaard op basis van prijzen die afwijken van de voorwaarden die door een voorzichtige onafhankelijke marktdeelnemer zouden zijn aanvaard, zou er ook sprake zijn van staatssteun. Het voornaamste probleem is niet de ruling als zodanig, maar de aanvaarding van een methode van belastingheffing die geen weerspiegeling is van de marktbeginselen.

<sup>(44)</sup> Beschikking 2003/757/EG van de Commissie van 17 februari 2003, Belgische coördinatiecentra, PB L 282 van 30.10.2003, blz. 25, punt 95.

<sup>(45)</sup> Met name met rulings waardoor belastingplichtigen alternatieve verrekenprijsmethoden mogen hanteren voor de berekening van hun belastbare winsten, bv. het gebruik van vaste marges voor een cost-plus- of resale-minusmethode voor het bepalen van passende verrekenprijzen, kan staatssteun gemoed zijn. Zie Beschikking 2003/438/EG van de Commissie van 16 oktober 2002 betreffende staatssteunregeling C 50/2001, Luxemburgse financieringsmaatschappijen, PB L 153 van 20.6.2003, blz. 40, punten 43 en 44; Beschikking 2003/501/EG van de Commissie van 16 oktober 2002 betreffende staatssteunregeling C 49/2001, Luxemburgse coördinatiecentra, PB L 170 van 9.7.2003, blz. 20, punten 46, 47 en 50; Beschikking 2003/755/EG van de Commissie van 17 februari 2003, Belgische coördinatiecentra, PB L 282 van 30.10.2003, blz. 25, punten 89 tot en met 95; arrest van 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, België en Forum 187/Commissie, Jurispr. 2006, blz. I-5479, punten 96 en 97; en Beschikking 2004/76/EG van de Commissie van 13 mei 2003 betreffende de steunregeling die Frankrijk ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van hoofdkantoren en logistieke centra, PB L 23 van 28.1.2004, blz. 1, punten 50 en 53.

<sup>(46)</sup> Zie arrest van 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, België en Forum 187/Commissie, Jurispr. 2006, blz. I-5479, punt 95.

<sup>(47)</sup> Zie Beschikking 2003/755/EG van de Commissie van 17 februari 2003, Belgische coördinatiecentra, PB L 282 van 30.10.2003, blz. 55, punten 89 tot en met 95, en Beschikking 2003/512/EG van de Commissie van 5 september 2002 in zaak C-47/01, Duitse coördinatiecentra, PB L 177 van 16.7.2003, blz. 17, punten 27 en 28.

3. heeft de Nederlandse Belastingdienst terecht de interpretatie van de SMBV APA door Starbucks Manufacturing BV met betrekking tot de berekening van de royalty's in haar winst-en-verliesrekening aanvaard, in de mate waarin het niveau van die royalty's niet gekoppeld is aan de waarde van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten?

De Commissie zal elk van die twijfels uitleggen.

- 3.1.1. Twijfel of de Nederlandse belastingdienst Starbucks Manufacturing BV terecht heeft beschouwd als een producent met laag risico
- (79) Zoals uitgelegd in punt (31) wordt in de SMBV APA een opslag van [9-12] % op de onderliggende kosten waarvoor Starbucks Manufacturing BV een waardetoevoegende rol vervult aanvaard als een zakelijke vergoeding voor het verlenen van diensten op het gebied van productie/branden en de daarmee samenhangende activiteiten in de toeleveringsketen door die onderneming in haar intragroeptransacties. De relevante kostengrondslag voor de toepassing van die opslag wordt bepaald volgens het verrekenprijzenrapport, waarin de onderliggende kosten van de inkoop van groene koffiebonen en het daarmee verbonden (kortetermijn)voorraadrisico (punt (43)), de kosten in het kader van haar distributieactiviteiten (punt (44)) en de kosten met betrekking tot contracten voor productie op consignatiebasis en haar regeling met externe dienstverleners voor logistiek en distributie (punt (45)) zijn uitgesloten.
- (80) De motivering voor die uitsluitingen is dat Starbucks Manufacturing BV zo gezegd als „loonproducent” optreedt. Zoals gezegd in voetnoot 1 is loonproductie een regeling waardoor een onderneming, gewoonlijk aan de hand van gespecialiseerde apparatuur of productieprocessen, voor een andere onderneming grondstoffen of halffabrikaten verwerkt. Een loonproducent draagt, in tegenstelling tot een volwaardige producent, niet het risico van voorraden, die in consignatie worden gegeven. Voorts is een loonproducent niet verantwoordelijk voor het vaststellen van de commerciële voorwaarden met de leveranciers en klanten; die functie wordt uitgeoefend door een andere entiteit van de groep. Ten slotte factureert een loonproducent de klanten niet rechtstreeks<sup>(48)</sup>.
- (81) De eerste reeks twijfels van de Commissie heeft betrekking op het feit dat de zakelijke vergoeding die in de SMBV APA is aanvaard gebaseerd is op de veronderstelling dat Starbucks Manufacturing BV een loonproducent met laag risico is, terwijl er bewijsmateriaal is dat op het tegendeel wijst.
- (82) Om te beginnen betwijfelt de Commissie dat in de SMBV APA terecht de veronderstelling is aanvaard dat de voorraden (grondstoffen en afgewerkte producten) als in consignatie zouden moeten worden beschouwd, aangezien die voorraden voorkomen in de balans van Starbucks Manufacturing BV, zoals blijkt uit Tabel 1. Voor het jaar 2012 werden de grondstofvoorraden immers op 35,5 miljoen EUR gewaardeerd, wat neerkomt op bijna de helft van de totale activa van die onderneming. Bovendien heeft Starbucks Manufacturing BV, zoals gezegd in punt (26), voorzieningen voor waardeverliezen van voorraden aangelegd<sup>(49)</sup>. Die cijfers ondermijnen de redenering in het verrekenprijzenrapport, namelijk dat de kostengrondslag van Starbucks Manufacturing BV wordt verlaagd om rekening te houden met het feit dat zij geen eigenaar van de grondstoffen is.
- (83) Ten tweede is het twijfelachtig of de grondstofkosten (COGS) als doorstroomkosten zouden moeten worden behandeld. Indien niet, dan zou de nettowinstindicator gelijkstaan met de totale kosten waarop de toepasselijke opslag gelijk zou zijn aan 7,8 %, volgens het overzicht van de resultaten van de vergelijking met de peergroup in punt (48). Als die opslag zou worden toegepast op de totale kosten van Starbucks Manufacturing BV in plaats van de opslag van [9-12] % op de exploitatiekosten die in de SMBV APA is aanvaard, zou de fiscale verplichting van Starbucks Manufacturing BV voor de periode 2010-2012, waarvoor cijfers aan de Commissie zijn verstrekt, in sommige jaren vele malen hoger zijn<sup>(50)</sup>.
- (84) In dit verband herinnert de Commissie aan wat in de OESO-richtlijnen wordt gezegd met betrekking tot de keuze voor een passende methode voor zakelijke prijsstelling voor productieondernemingen. Volgens de OESO-richtlijnen kunnen volledige kosten of exploitatiekosten een passende grondslag zijn voor een dienst of een productieactiviteit<sup>(51)</sup>. Voorts wordt in paragraaf 2.93 van die richtlijnen gesteld dat „wanneer een TNMM op kostengrondslag wordt toegepast, vaak de totale kosten worden gebruikt, met inbegrip van alle directe en indirecte<sup>(52)</sup> kosten die aan de activiteit of de transactie kunnen worden toegewezen, samen met een passende toewijzing van de overheadkosten van de fabriek. De vraag kan worden gesteld of en in welke mate het op zakelijke grondslag aanvaardbaar is een aanzienlijk deel van de kosten van de belastingplichtige te behandelen als doorstroomkosten waaraan geen winstelement wordt toegerekend (d.w.z. als kosten die mogelijk uitgesloten worden van de noemer van de nettowinstindicator). Dit hangt af van de mate waarin een onafhankelijke partij in vergelijkbare omstandigheden zou aanvaarden geen opslag te verdienen op een deel van de kosten die zij maakt” (vertaling Commissie).

<sup>(48)</sup> Die functiescheiding werd tijdens een bijeenkomst met de Commissie op 6 mei 2014 door de Nederlandse autoriteiten toegelicht..

<sup>(49)</sup> Voorraadreserves zijn reserves voor waardeverliezen van voorraden.

<sup>(50)</sup> Als bijvoorbeeld voor het jaar 2010/2011 de belastbare grondslag zou worden bepaald als een gewogen marge van 7,8 % op de totale kosten, zou die gelijk zijn aan ongeveer 13 miljoen EUR (gelijk aan 7,8 % van de som van 153 275 834 EUR van de grondstofkosten en 14 303 059 EUR van de exploitatiekosten), terwijl de belastbare grondslag op basis van de APA voor dat jaar gelijk is aan 1 430 620 EUR.

<sup>(51)</sup> Paragraaf 2.87 van de OESO-richtlijnen.

<sup>(52)</sup> In paragraaf 2.47 van de OESO-richtlijnen worden directe en indirecte kosten omschreven; grondstofkosten worden als directe kosten beschouwd.

- (85) Daarentegen heeft de verwijzing naar een eerdere versie van de OESO-richtlijnen<sup>(53)</sup> door de belastingadviseur in het verrekenprijzenrapport (zie punt (46)), om te motiveren dat de opbrengst of de opslag zou moeten worden bepaald voor het uitoefenen van de functie van tussenpersoon door Starbucks Manufacturing BV en niet voor het verrichten van de diensten zelf, betrekking op dienstverleningsactiviteiten, terwijl de kernactiviteit van Starbucks Manufacturing BV branden/productie is.
- (86) Voorts zou moeten worden opgemerkt dat de SMBV APA en het daarin ingevoerde compensatiemechanisme door middel van de royaltybetaling ervoor zorgen dat de in Nederland aangegeven belastbare winst relatief stabiel is en niet schommelt afhankelijk van de commerciële verkoopprijsen, wat het risico van de onderneming vermindert.
- (87) Ten derde wordt in de paragrafen 9.44 tot en met 9.46 van de OESO-richtlijnen, die deel uitmaken van het hoofdstuk dat betrekking heeft op herstructurering van ondernemingen doch die niettemin hier relevant zijn, verduidelijkt dat het risico niet kan worden vermindert door middel van verrekenprijsregelingen. Om precies te zijn is in de richtlijnen uitgelegd dat „de keuze van de meest geschikte verrekenprijsmethode zal worden bepaald door het lage (of hoge) risico van een onderneming, en niet omgekeerd”<sup>(54)</sup> (vertaling Commissie). Een akkoord over een verrekenprijsmethode (bv. de TNMM op basis van de exploitatiekosten) en het opzetten van contractuele regelingen om de winst vóór belastingen elk jaar aan dat akkoord aan te passen, zouden er weliswaar toe leiden dat de schommeling over de boekjaren van de fiscale verplichting van de onderneming wordt beperkt. Een dergelijke structuur die via contractuele regelingen wordt opgezet, stemt echter niet noodzakelijkerwijs overeen met de onderliggende economische werkelijkheid van de transacties en de risico's die met de activiteit van de onderneming gepaard gaan.
- (88) De aanvaarding van een dergelijke benadering zou gelijkstaan met de aanvaarding van een jaarlijkse betaling van een vast bedrag aan de belastingautoriteiten door de onderneming. Vanuit het oogpunt van de belastingautoriteiten zou een dergelijke betaling van een vast bedrag ook alle schommelingen in de fiscale verplichting wegnemen. Indien dezelfde logica wordt gevolgd, zou de activiteit van de onderneming als weinig riskant kunnen worden beschouwd, omdat de fiscale verplichting niet zou schommelen over de boekjaren. Een dergelijke betaling van een vast bedrag zou echter amper kunnen worden verzoend met de onderliggende economische werkelijkheid van de transacties en de risico's van de activiteit en zou niet kunnen worden verzoend met de beginselen van belastingheffing.
- (89) In elk geval is de economische rationaliteit van de structuur niet duidelijk, aangezien de structuur, zoals zij door de Belastingdienst wordt beschreven, wellicht niet door een voorzichtige onafhankelijke marktdeelnemer zou zijn opgezet. In de paragrafen 1.64 tot en met 1.66 van de OESO-richtlijnen wordt verwezen naar situaties waarin structuren niet volgens normale commerciële voorwaarden tot stand komen en eventueel door de belastingplichtige zijn opgezet om belasting te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken. In dergelijke gevallen zouden de belastingautoriteiten de belastbare grondslag kunnen analyseren op basis van een gecorrigeerde structuur die een weerspiegeling zou zijn van normale commerciële voorwaarden.
- (90) Tegen deze achtergrond heeft de Commissie vragen bij de economische rationaliteit van het feit dat Starbucks Manufacturing BV functies en risico's afstaat die zouden bijdragen tot een hoger rendement, dat zou overeenstemmen met een normaal rendement van productieondernemingen in dezelfde sector. Deze vraag is bijzonder relevant voor structuren voor loonproductie of productie op consignatiebasis, alsook voor alle structuren waarin risico dat normaal gezien wordt gedragen door onafhankelijke ondernemingen in een vergelijkbare situatie wordt weggenomen via contractuele regelingen binnen de groep. In paragraaf 9.70 van de OESO-richtlijnen wordt immers gewezen op de mogelijke noodzaak een groepsentiteit te vergoeden voor het afstaan van haar riskantere winstpotentieel aan een andere groepsonderneming door middel van contractuele regelingen.
- (91) Hoewel de feiten van de zaak erop lijken te wijzen dat Starbucks Manufacturing BV, anders dan in de analyse van de belastingadviseur en de Nederlandse autoriteiten, niet al die risico's afstond is het nuttig om vragen te stellen bij de economische rationaliteit van een structuur waarin Starbucks Manufacturing BV alle risico's zou hebben afgestaan die contractueel kunnen worden overgedragen, met name de rationaliteit van de overdracht van het voorraadriscio. Zoals meer in detail zal worden uitgelegd in punt (110) is de zagezegde gecorrigeerde opslag door de tweede correctie [3,6-6,6] % lager dan de opslag op exploitatiekosten vóór de tweede correctie en vele malen lager qua daaruit voortvloeiende vergoeding in vergelijking met een situatie waarin het voorraadriscio niet was gecorrigeerd. Het is daarom twijfelachtig of het afstaan van het risico-element dat uit de eigendomsvererving van de grondstoffen zou bestaan in verhouding staat tot de opportuniteitskosten van het afstaan van de daaraan gerelateerde vergoeding.
- (92) Op basis van de door Starbucks Manufacturing BV aan de Nederlandse Belastingdienst verstrekte informatie [lijkt het er op] dat die onderneming voornemens is de juridische structuur aan te passen om belastingheffing te [structureren] (zie bijvoorbeeld punt (30)). Daarom had de Belastingdienst bij de analyse van de voorgestelde verrekenprijsregeling hier rekening mee moeten houden.

<sup>(53)</sup> In het verslag van de belastingadviseur wordt verwezen naar een eerdere versie van de OESO-richtlijnen van juli 1995, laatstelijk bijgewerkt in juni 2001. Die versie werd vervangen door de OESO-richtlijnen van juli 2010.

<sup>(54)</sup> Paragraaf 9.46 van de OESO-richtlijnen.

- (93) In elk geval liet de Nederlandse Belastingdienst het na om de onderliggende contracten op te vragen waarmee kon worden aangetoond dat het door Starbucks Manufacturing BV gedragen risiconiveau beperkt was. In plaats daarvan aanvaardde hij veronderstellingen waarvan de belastingadviseur in het verrekenprijzenrapport uitging en waardoor de belastbare grondslag in Nederland werd verlaagd. De Commissie heeft geen aanwijzingen dat ooit aan de Nederlandse Belastingdienst een contract tussen de Zwitserse entiteit van Starbucks en Starbucks Manufacturing BV is overgelegd dat de bewering in het verrekenprijzenrapport dat Starbucks een loonproducent was zou staven. Het dossier bevat geen dergelijk contract en evenmin zijn de voorwaarden van een eventuele risico-overdracht gespecificeerd.
- (94) Het model voor een leveringsovereenkomst tussen Starbucks Manufacturing BV en haar ontwikkelaars (zie punt (24)) lijkt er integendeel op te wijzen dat activiteiten zoals het onderhandelen over de commerciële voorwaarden voor leveranciers, de facturering en, in zekere mate, de prijsstelling voor de winkels door Starbucks Manufacturing BV worden verricht. Ter vergelijking, voor de in deel 2.5 beschreven APA werden de onderliggende loonproductiecontracten aan de Nederlandse Belastingdienst overgelegd, waarin een beschrijving van de door de loonproducent en agent uitgeoefende functies was opgenomen en waarin vermeld stond dat eerstgenoemde nauwelijks voorraden aanhield. De Belastingdienst heeft zich vervolgens daarop gebaseerd om de APA aan die loonproducent af te geven.
- (95) In dit licht bezien is in de OESO-richtlijnen vastgesteld dat in gevallen waarin contractueel is bepaald dat het risico van een entiteit wordt verminderd, ook moet worden nagegaan of het risico daadwerkelijk is overgedragen. In paragraaf 9.15 wordt met name verwezen naar het geval „*waarin een buitenlandse verbonden onderneming contractueel alle voorraadrisico's op zich neemt.*” In dat geval „*kan het aangewezen zijn bij het onderzoek van een dergelijke risicotewijzing na te gaan waar bijvoorbeeld de afschrijvingen van voorraden plaatsvinden*” (vertaling Commissie).
- (96) In dit stadium is de Commissie bijgevolg van oordeel dat de Nederlandse autoriteiten bij de sluiting van de SMBV APA met Starbucks Manufacturing BV onterecht van de veronderstelling zijn uitgegaan dat die onderneming een loonproducent of producent op consignatiebasis is met zo goed als geen voorraadrisico, en dat de desbetreffende risico's niet uit Nederland zijn weggehaald. Als die risico's daadwerkelijk waren overgedragen, had de Belastingdienst ook vragen moeten stellen bij de economische rationaliteit van die overdracht.

### 3.1.2. Twijfels over de geschiktheid van de eerste en de tweede correctie

- (97) Zelfs indien de Nederlandse autoriteiten terecht de classificatie van Starbucks Manufacturing BV als loon- of contractproducent met laag risico hebben aanvaard en dat derhalve voor de toepassing van de opslag correcties van haar kostengrondslag nodig waren, *quod non*, heeft de Commissie twijfels over de geschiktheid van die correcties.
- (98) Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de redenen die voor de eerste en de tweede correctie worden aangevoerd (zie de punten (49) en (51)) erg op elkaar lijken. Uit het verrekenprijzenrapport blijkt in feite dat beide correcties hetzelfde probleem met de vergelijkbaarheid willen verhelpen. Een van die correcties lijkt in dit stadium derhalve overbodig.
- (99) Wat de twijfels van de Commissie over de eerste correctie betreft, wordt verwezen naar deel 3.1.1 waarin de Commissie vragen stelde bij de uitsluiting van bepaalde kosten van de kostengrondslag van Starbucks Manufacturing BV voor de bepaling van de TNMM. Volgens de belastingadviseur zou Starbucks Manufacturing BV met name niet mogen worden vergoed voor haar tweede type van activiteit, namelijk de distributie van bakers, servetten en enkele andere producten, omdat zij als tussenpersoon optreedt (zie punt (44)). De redenering dat tussenpersonen in een distributieactiviteit niet worden vergoed, lijkt geen grondslag te vinden in de OESO-richtlijnen, terwijl op de markt evenmin kan worden vastgesteld dat marktdeelnemers die als tussenpersoon optreden, van een vergoeding zouden afzien.
- (100) Daarnaast lijkt Starbucks Manufacturing BV andere activiteiten dan productie te ontplooiën, met name de verkoop van producten van [niet-gelieerde onderneming X] (zie punt (39)), waarvoor in de door de Belastingdienst aanvaarde verrekenprijzenregeling geen vergoeding is opgenomen. Omdat Starbucks een aantal correcties doet met de bedoeling geen functies te vergoeden die zij naar verluidt niet zou uitoefenen, lijkt het inconsistent dat zij niet ook haar prijsstelling corrigeert voor functies die zij naast haar productiefuncties uitoefent.
- (101) Wat de twijfels van de Commissie met betrekking tot de tweede correctie betreft was de belastingadviseur van mening dat er geen directe benchmark voorhanden was om het vergoedingsniveau vast te stellen (zie punt (51)). Daarom werd een hypothetische vergoeding voor grondstoffen geraamd door verwijzing naar de interbancaire rentevoeten (de Euribor) waaraan een marge van 50 basispunten werd toegevoegd, zonder enige toelichting van die marge. Omdat die correctie tot doel heeft een rendement op de grondstoffen te ramen dat door een onafhankelijke onderneming zou worden verlangd, zou zij echter in beginsel moeten worden geraamd aan de hand van verrekenprijsmethoden. Een dergelijke verrekenprijsanalyse ontbreekt in het verrekenprijzenrapport. De belastingadviseur verklaart in plaats daarvan dat „*die maatregel, ten minste ten dele, het vereiste rendement op productiekosten zou moeten weergeven*”. De redenering van de belastingadviseur lijkt echter niet consistent, aangezien hetgeen de belastingadviseur als een vergoeding voor grondstoffen beschouwt wordt geraamd door een bepaald niveau te selecteren dat als rendement op productiekosten wordt beschouwd in plaats van op grondstofkosten. Die inconsistentie zou een verschrijving van de belastingadviseur kunnen zijn. De Nederlandse autoriteiten lijken dit echter zonder meer te hebben aangenomen.
- (102) Op een vergelijkbare manier gaat de belastingadviseur uit van de twijfelachtige veronderstelling dat de Euribor een risicovrij tarief is, terwijl de Euribor het tarief is waartegen banken elkaar middelen lenen en daarom een toepasselijke risicopremie bevatten van de banken die deel uitmaken van de benchmark.

- (103) In alle gevallen zou de relevante grondslag van de beoordeling de correctie moeten zijn die de belastingadviseur effectief heeft ingevoerd in de financiële gegevens van de steekproef van de 20 ondernemingen die in Tabel 5 zijn opgenomen. Hoewel dit niet uit de beschrijving van de tweede correctie in het verrekenprijzenrapport blijkt, kan door een analyse van de cijfers in Tabel 5 te maken worden vastgesteld dat de belastingadviseur voor elk van de ondernemingen uit de steekproef voor elk jaar een bedrag heeft afgetrokken van de winst die wordt gebruikt om de winstmarge te berekenen die op Starbucks Manufacturing BV wordt toegepast om een zakelijke vergoeding te benaderen.
- (104) Het bedrag dat voor elk jaar van de gerealiseerde winst wordt afgetrokken, is gelijk aan het hypothetische rendement op de grondstofkosten dat in punt (51) is beschreven. Die verlaagde exploitatiewinst wordt gedeeld door de totale kosten minus de materiaalkosten om de gecorrigeerde opslag te berekenen. Die correctie bestaat in de praktijk uit de aanpassing van de jaarrekeningen van de vergelijkbare ondernemingen<sup>(55)</sup> en in die aanpassing wordt de prijs die door de 20 ondernemingen voor hun grondstofkosten (COGS)<sup>(56)</sup> wordt betaald met 2,77 % tot 4,59 % verhoogd, afhankelijk van het observatiejaar<sup>(57)</sup>. Nadat de winst op die manier is verlaagd, wordt hij door de exploitatiekosten gedeeld en als een „gecorrigeerde opslag” voorgesteld.
- (105) De Commissie heeft twijfels over de consistentie van die correctie. Om te beginnen worden, in de mate waarin de inkoop van de bonen in Zwitserland plaatsvindt en niet in Nederland, de bijbehorende exploitatiekosten (bijvoorbeeld loonkosten) in Zwitserland<sup>(58)</sup> geboekt en niet in Nederland. Indien de inkoop ook in Nederland zou hebben plaatsgevonden, zouden de bijbehorende exploitatiekosten de belastbare grondslag van Starbucks Manufacturing BV hebben verhoogd volgens de door Starbucks gehanteerde verrekenprijsmethode. Dit is echter niet het geval. Door op de exploitatiekosten een opslag toe te passen die uit een vergelijkbaarheidsstudie voortvloeit, hoeft er geen probleem te zijn van overdrijving van de in Nederland verschuldigde vergoeding, omdat de kosten met betrekking tot de werknemers van de Zwitserse entiteit van Starbucks die zich met de inkoop bezighouden, geen deel uitmaken van de exploitatiekosten van Starbucks Manufacturing bv Dit is hier niet het geval omdat de in Zwitserland uitgeoefende functies niet in Nederland worden vergoed, zelfs zonder die tweede correctie.
- (106) Ten tweede zou volgens de belastingadviseur ongeveer 50 % van de kosten van Starbucks Manufacturing BV betrekking hebben op „niet-koffiegerelateerde COGS”, die de distributieactiviteiten van bakers, servetten en andere producten als tussenpersoon weergeven (zie punt (44) hierboven). Dit versterkt de twijfels over de geschiktheid van de berekening van een hypothetische vergoeding voor de grondstofkosten (COGS) van andere ondernemingen, voor wie die kosten voornamelijk de kosten van de groene koffiebonen zouden zijn.
- (107) Ten derde, wat de noodzaak van de correcties betreft, verwijzen de Nederlandse autoriteiten naar de gedane correcties als „correcties in het werkkapitaal” (zie punt (59)). Echter, uit het verrekenprijzenrapport en uit de gecorrigeerde gegevens van de vergelijkingspunten in Tabel 5 blijkt dat de gedane correcties niet gebaseerd zijn op cijfers over het werkkapitaal. Het werkkapitaal heeft betrekking op de behoefte aan financiering van de som van de voorraden en de vorderingen minus de schulden, die ten dele die behoefte dekken. De correcties in het werkkapitaal zijn uitgelegd en geïllustreerd in een bijlage bij hoofdstuk III van de OESO-richtlijnen. Die richtlijn was al beschikbaar toen de SMBV APA werd gesloten, aangezien zij was opgenomen in het OESO-consultatiedocument over vergelijkbaarheid van 2006 (zie punt (62)).
- (108) Voorts bevat een bijlage, die bij de antwoorden van de Nederlandse autoriteiten van 28 januari 2014 was gevoegd (punt (61)), een beschrijving en een illustratie van een correctie in het werkkapitaal, die ook in de OESO-documenten waren opgenomen (zie punt (62)). Geen van de door de belastingadviseur gedane correcties is uitgevoerd op basis van de cijfers van het werkkapitaal.
- (109) Ten vierde verwijzen de Nederlandse autoriteiten in hun antwoord van 28 januari 2014 naar paragraaf 2.3.2.3 van het aangehechte document (die in punt (61) is opgenomen) om de door de belastingadviseur gedane correctie uit te leggen. Die correctie zou worden gebruikt om de opslag op de conversiekosten te berekenen als het equivalent van een opslag op de totale kosten voor vergelijkbare ondernemingen, met name door „te corrigeren voor deze verschillen inzake de eigendom van de grondstoffen” tussen de vergelijkbare ondernemingen. Bij de herberekening van de opslag die in Tabel 5 de „gecorrigeerde opslag” wordt genoemd aan de hand van de methodiek die is beschreven in paragraaf 2.3.2.3 en de financiële cijfers in de vergelijkbaarheidsbeoordeling van de belastingadviseur (en weergegeven in Tabel 5), komt de Commissie echter tot een ander resultaat. Dit valt toe te schrijven aan het feit dat bij de in die paragraaf beschreven correctie, die door de Nederlandse autoriteiten geschikt wordt geacht om de verschillen tussen volwaardige producenten en loonproducenten te elimineren, geen hypothetisch rendement op grondstoffen van de exploitatiewinst van de vergelijkbare ondernemingen wordt afgetrokken.

<sup>(55)</sup> In het bijzonder: in Tabel 5 hierboven wordt de kolom exploitatiewinst gedeeld door de kolom totale kosten om de niet-gecorrigeerde winst te berekenen. Voor de berekening van de gecorrigeerde winst trekt de belastingadviseur van het bedrag in de kolom exploitatiewinst het product af van het bedrag in de kolom materiaalkosten en het voor het relevante jaar in Tabel 3 verstrekte rentetarief verhoogd met 50 basispunten. Die verlaagde exploitatiewinst wordt gedeeld door de totale kosten minus de materiaalkosten.

<sup>(56)</sup> Materiaalkosten worden gebruikt om de grondstofkosten te ramen, omdat materiaalkosten een post in Amadeus is.

<sup>(57)</sup> Zie Tabel 3.

<sup>(58)</sup> Zie punt (60).

- (110) Indien de Nederlandse autoriteiten derhalve inderdaad veronderstellen dat de in paragraaf 2.3.2.3 van het aangehechte document beschreven methode de problemen met de vergelijkbaarheid van de 20 ondernemingen in de steekproef kan verhelpen, en met name de verschillen tussen een loonproducent en een volwaardige producent zou de fiscale verplichting van Starbucks Manufacturing BV op grond van de SMBV APA met [36-66] % moeten worden verhoogd<sup>(59)</sup> omdat, indien de opslag wordt berekend op grond van de in die paragraaf beschreven correctiemethode, de opslagen 14,66 % als mediaan zouden hebben terwijl in de SMBV APA momenteel opslagen van [9-12] % worden geaccepteerd.
- (111) Bovendien wordt vastgesteld dat volgens paragraaf 2.3.2.3 de productiefuncties niet minder complex zijn dan die van de inkoop zodat correcties waardoor de marge daalt derhalve niet zouden mogen worden gebaseerd op de uitgeoefende functies maar op de genomen risico's.
- (112) In elk geval lijkt één van de doelstellingen van de correctie door de belastingadviseur te zijn om te vermijden dat in Nederland een functie wordt vergoed die in Zwitserland wordt uitgeoefend, omdat deze verband houdt met de inkoop van bonen, waarbij Starbucks Manufacturing BV geen waarde zou toevoegen en weinig of geen voorraadrisico zou lopen (zie punt (49) hierboven). Het werkelijke resultaat van de correctie is evenwel de verlaging van de opslag (d.w.z. wat de tweede correctie betreft, bedraagt de opslag met correctie [9-12] % en zonder correctie 14,6 %). Het overschot in vergelijking met een opslag zonder de correctie wordt in de vorm van een royalty uitbetaald aan Alki LP. De betaling of vergoeding van de Zwitserse entiteit van Starbucks die de bonen inkoop wordt niet beïnvloed door de tweede correctie. Indien de Belastingdienst de tweede correctie dus zou aanvaarden, zou Alki LP een lagere vergoeding<sup>(60)</sup> krijgen en niet de Zwitserse entiteit van Starbucks. Door de structuur van de SMBV APA zou derhalve een functie die beweerdelijk in Zwitserland wordt uitgeoefend, worden vergoed in het Verenigd Koninkrijk, waar Alki LP als commanditaire vennootschap is gevestigd, en mogelijk worden belast in de fiscale woonstaat van de vennoten van Alki LP. In geen geval zorgt de verminderde vergoeding en corresponderende verlaging van de belastbare winst in Nederland als gevolg van de tweede correctie voor een bijkomende vergoeding in Zwitserland, noch voor een verhoging van de belastbare winst in Zwitserland<sup>(61)</sup>.
- (113) Tevens zij erop gewezen dat het overschot van de vergoeding die niet aan Starbucks Manufacturing BV wordt toegewezen, aan Alki LP wordt overgedragen, die derhalve wordt vergoed voor het risico van eigendomsverwerving van de grondstoffen. Uit het dossier blijkt echter niet dat Alki LP de capaciteit heeft om dergelijke risico's te nemen. Volgens de OESO-richtlijnen zou de entiteit waaraan de risico's worden overgedragen, bij het nemen van die risico's in feite enerzijds in staat moeten zijn om de risico's te controleren of de controle te delegeren<sup>(62)</sup> (hier specifiek de monitoring van het voorraadrisico), en anderzijds financieel in staat moeten zijn om een dergelijk risico te nemen<sup>(63)</sup>. De capaciteit om dit risico te nemen, zou derhalve moeten worden geanalyseerd voordat de voorgestelde structuur in overeenstemming met de normale mededingingsvoorwaarden wordt geacht.
- (114) Op basis van bovenstaande overwegingen is de Commissie van oordeel dat de SMBV APA twijfelachtige correcties tolereert, waardoor Starbucks Manufacturing BV de resulterende belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting in Nederland kan verlagen, hetgeen niet in overeenstemming is met het gedrag van een voorzichtige marktdeelnemer, zodat de belastinginkomsten waarvan de belastingautoriteiten voor die activiteit afzien staatssteun zouden vormen.

### 3.1.3. Royaltybetaling en keuze van *profit line indicator*

- (115) Ten slotte leidt het feit dat de door Starbucks Manufacturing BV aan Alki LP verschuldigde royalty's afhangen van het verschil tussen de in de SMBV APA vastgestelde vergoeding (de post „resultaat vóór belastingen” in Tabel 6) en de boekhoudkundige winst vóór belastingen vóór de betaling van de royalty, zoals uitgelegd in punt (58), tot een situatie waarin die royaltybetaling wordt berekend als een restwinst van de SMBV-overeenkomst en geen weerspiegeling is van de waarde van de intellectuele-eigendomsrechten.
- (116) De TNMM is een van de twee indirecte methoden om een zakelijke vergoeding te ramen. In de beoordelingspraktijk van de Commissie en in de OESO-richtlijnen<sup>(64)</sup> wordt de voorkeur gegeven aan het gebruik van directe methoden om een passend niveau van belastbare winsten te bepalen. Met name de CUP-methode wordt, wanneer mogelijk, als de beste methode beschouwd om de vrije mededingingsvoorwaarden zo dicht mogelijk te benaderen<sup>(65)</sup>. In de SMBV APA wordt verondersteld dat de prijs van alle transacties met ondernemingen van de groep zakelijk wordt bepaald, met name de grondstofprijs. Die veronderstelling lijkt correct voor de verkoopcijfers omdat de CUP-methode is toegepast, waarbij de verkopen aan gelieerde winkels tegen dezelfde prijzen plaatsvinden als de verkopen aan niet-gelieerde winkels. Wat de grondstofkosten betreft, stellen de Nederlandse autoriteiten zich op het standpunt dat de prijs daarvan gelijk is aan de prijs die wordt toegepast op de Zwitserse entiteit van Starbucks bij de inkoop van

<sup>(59)</sup> Indien de fiscale verplichting wordt berekend als 14,6 % in plaats van [9-12] % van dezelfde kostengrondslag, zou dit neerkomen op een stijging van [36-66] %.

<sup>(60)</sup> Aangezien de royalty een restfactor is, zou, indien de belastbare winst in Nederland wordt berekend als 14,6 % in plaats van [9-12] % van de exploitatiekosten, er aan Alki LP minder restwinst worden betaald in de vorm van een royalty.

<sup>(61)</sup> Tenzij de fiscale woonstaat van de partners van Alki LP Zwitserland zou zijn, hetgeen niet het geval is volgens de door Nederland verstrekte informatie. Zie Afbeelding 1.

<sup>(62)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 9.26.

<sup>(63)</sup> OESO-richtlijnen, paragraaf 9.29.

<sup>(64)</sup> Paragraaf 2.3 van de OESO-richtlijnen.

<sup>(65)</sup> Voorts wordt opgemerkt dat de CUP-methode in de OESO-richtlijnen zelfs voor een loonproducent met laag risico wordt aanbevolen, met name voor de prijsstelling van grondstoffen zoals koffiebonen (zie paragraaf 9.165 van de OESO-richtlijnen).

de grondstoffen, met toevoeging van een opslag van 20 %. De royaltybetaling is de enige post van de winst-en-verliesrekening die moet worden geraamd. De Commissie erkent dat indien de CUP-methode zou worden gebruikt om de royaltybetalingen te waarderen, de Nederlandse autoriteiten ook zouden moeten nagaan of de prijs van andere elementen van de winst-en-verliesrekening van Starbucks Manufacturing BV zakelijk was bepaald, met name de grondstofkosten.

- (117) Zoals uitgelegd in punt (58) wordt door de berekening van de royaltybetaling als de restwinst boven de [9-12] % exploitatiekosten gegarandeerd dat de boekhoudkundige winst vóór belastingen altijd gelijk is aan die welke in de SMBV APA is overeengekomen. Uit de voetnoten bij de rekeningen, waarin wordt verklaard dat „overige kosten *betrekking hebben op een royalty [...] en op een fiscale ruling met de Nederlandse belastingdienst zijn gebaseerd*”, blijkt in feite dat die royaltybetaling in boekhoudkundig opzicht door het bestaan van die APA ontstaat.
- (118) De royalty wordt dus zo berekend dat indien de verkopen minus de grondstofkosten minus de exploitatiekosten en andere kosten hoger zijn dan [9-12] % van de exploitatiekosten, dit overschot in de vorm van een royalty aan Alki LP wordt betaald. Dit garandeert dat de boekhoudkundige winst van Starbucks Manufacturing BV altijd gelijk is aan de winst die in de SMBV APA is overeengekomen, wat blijkt uit de gegevens die in Tabel 6 zijn opgenomen. Voor de drie boekhoudperiodes die in die tabel zijn opgenomen, is de post „resultaat vóór belastingen” immers ongeveer gelijk aan [9-12] % van de post „algemene en administratieve kosten”. Er wordt niet uitgelegd waarom de verhouding tussen „resultaat vóór belastingen” en „algemene en administratieve kosten” niet precies gelijk is aan [9-12] % (in 2010 is zij gelijk aan [9-12] %, in 2011 aan [9-12] % en in 2012 aan [9-12] %). Volgens het verrekenprijzenrapport zijn sommige typen van kosten en met name bakers en servetten van de kostengrondslag uitgesloten (zie punt (44)), wat die lichte afwijkingen van de verhouding van [9-12] % zou kunnen verklaren.
- (119) Volgens paragraaf 6.16 van de OESO-richtlijnen „*zou een royalty gewoonlijk een wederkerende betaling zijn op basis van de output, verkoop of, in sommige zeldzame omstandigheden, winsten van de gebruiker*” (vertaling Commissie). In deze zaak houdt de royaltybetaling geen verband met de output, verkoop of winst. De royalty schommelt immers van jaar tot jaar en is niet in overeenstemming met de verkoop. In 2010, 2011 en 2012 bedroeg de royaltybetaling van Starbucks Manufacturing BV aan Alki LP immers respectievelijk 1 miljoen EUR, 12 miljoen EUR en 6 miljoen EUR, terwijl de verkopen van Starbucks Manufacturing BV geen blijf geven van dezelfde schommelingen.
- (120) Door de prijsstellingsmethode is de royalty losgekoppeld van de economische waarde van de intellectuele-eigendomsrechten, wat een aanwijzing is dat de in de SMBV APA overeengekomen prijsstellingsmethode misschien niet de meest geschikte is om een zakelijke prijs te benaderen. Dit is met name het geval voor de twee jaren waarin de royaltybetaling negatief was <sup>(66)</sup>. In die jaren werd Starbucks Manufacturing BV door de houder van de intellectuele-eigendomsrechten vergoed voor het gebruik dat zij van de intellectuele-eigendomsrechten maakte. In beginsel zou een dergelijke situatie zich niet voordoen in transacties tussen voorzichtige onafhankelijke marktdeelnemers.
- (121) Volgens de Nederlandse autoriteiten oefent Starbucks Manufacturing BV een routinefunctie uit, waarop gemakkelijker een passend rendement kan worden geraamd dan een zakelijk royaltyniveau (zie punt (60)). In hun antwoorden op de vragen van de Commissie over de schommelingen van de royaltybetalingen hebben de Nederlandse autoriteiten verklaard dat de royaltybetaling is vastgesteld volgens paragraaf 3.18 van de OESO-richtlijnen. Volgens paragraaf 3.18 van de OESO-richtlijnen „*is de onderzochte partij in de regel de partij waarop een verrekenprijsmethode op de meest betrouwbare manier kan worden toegepast, d.w.z. dat het vaak de partij zal zijn die de minst complexe functieanalyse heeft*” (vertaling Commissie). Bij de berekening van de passende winst die aan de hand van de TNMM aan de productieactiviteiten kan worden toegewezen heeft de belastingadviseur echter een aantal correcties verricht om de vastgestelde problemen met de vergelijkbaarheid van de peergroep te verhelpen. Omdat door de toepassing van de TNMM bij het volgen van paragraaf 3.18 van de OESO-richtlijnen een bepaald aantal twijfelachtige correcties door de belastingadviseur moet worden verricht, zou twijfel moeten rijzen over de geschiktheid van de gekozen prijsstellingsmethode en derhalve ook over de mogelijkheid om aan de hand daarvan een belastbare winst te benaderen.
- (122) Ten slotte is het niveau van complexiteit, hoewel de waardering van intellectuele-eigendomsrechten complex kan zijn, wellicht niet hetzelfde voor de waarde van het merk Starbucks als die van de intellectuele-eigendomsrechten op een koffiebrandproces. In deze specifieke zaak worden de intellectuele-eigendomsrechten beschreven als technische specificaties en niet zozeer als een innovatief immaterieel activum. Als gevolg van de in de SMBV APA aangenomen methode is de royaltybetaling volatiel. De Commissie acht het twijfelachtig of een onafhankelijke marktdeelnemer dergelijke variabele royaltybetalingen zou aanvaarden, zowel vanuit het oogpunt van de houder van intellectuele-eigendomsrechten als van de gebruiker van die intellectuele-eigendomsrechten. Bovendien verklaarden de Nederlandse autoriteiten voorts in hun antwoord dat zij de volatiliteit van de royaltybetaling niet kunnen uitleggen.
- (123) In dit stadium is de Commissie dan ook van oordeel dat de Nederlandse Belastingdienst, door te aanvaarden dat Starbucks Manufacturing BV de SMBV APA gebruikt voor de berekening van de royalty's in haar winst-en-verliesrekening, die onderneming een voordeel heeft verleend voor zover het niveau van die royalty's te hoog zou kunnen worden geraamd ten opzichte van de waarde van de betrokken intellectuele-eigendomsrechten.

<sup>(66)</sup> Voor de boekjaren 2001/2002 en 2002/2003, zie punt (60).

### 3.1.4. Conclusies inzake het bestaan van een selectief voordeel

- (124) Op basis van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat de SMBV APA het zakelijkheidsbeginsel niet eerbiedigt. Bijgevolg meent de Commissie dat de Nederlandse autoriteiten via de SMBV APA aan Starbucks Manufacturing BV een voordeel toekennen. Dit voordeel wordt ieder jaar verkregen en geldt nog steeds, telkens wanneer de belastingdienst de jaarlijkse verschuldigde belasting vaststelt in het kader van die APA.
- (125) Dit voordeel wordt ook op selectieve wijze verleend. APA's die gewoon een uitleg van de desbetreffende belastingvoorschriften bevatten, zonder dat wordt afgeweken van de administratieve praktijken, doen geen vermoeden van selectief voordeel rijzen. Daarentegen kunnen rulings die van deze praktijk afwijken resulteren in een lagere belastingheffing voor de betrokken ondernemingen in vergelijking met ondernemingen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. Zoals is opgemerkt in punt (31), moeten volgens artikel 8b van de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in een APA een zakelijke vergoeding voor verrekenprijzen worden overeengekomen. Voor zover de Nederlandse autoriteiten in het kader van de SMBV APA zijn afgeweken van dit beginsel, dient de maatregel tevens als selectief te worden beschouwd.

### 3.2. Verenigbaarheid van de steun

- (126) Aangezien de maatregel staatssteun lijkt te vormen, is het noodzakelijk om na te gaan of deze steun als verenigbaar met de interne markt kan worden beschouwd. Staatssteun kan verenigbaar met de interne markt worden geacht op basis van de in artikel 107, leden 2 en 3, VWEU, beschreven uitzonderingen.
- (127) In dit stadium heeft de Commissie geen aanwijzingen dat de betwiste maatregel als verenigbaar met de interne markt kan worden beschouwd. De Nederlandse autoriteiten hebben geen argumenten aangedragen die erop wijzen dat een van de uitzonderingen van artikel 107, leden 2 en 3, VWEU, op onderhavige zaak van toepassing zijn.
- (128) De uitzonderingen als bedoeld in artikel 107, lid 2, VWEU met betrekking tot steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers, steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen en steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland lijken niet op onderhavige zaak van toepassing te zijn.
- (129) Evenmin lijkt de uitzondering als bedoeld in artikel 107, lid 3, onder a), VWEU van toepassing. Op grond daarvan zijn steunmaatregelen toegestaan ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar ernstige werkloosheid heerst, en van de in artikel 349 VWEU bedoelde regio's, rekening houdend met hun structurele, economische en sociale situatie. Deze gebieden zijn vastgesteld in de Nederlandse regionalesteunkaart. Deze bepaling lijkt niet van toepassing in deze zaak.
- (130) Wat betreft de uitzonderingen van artikel 107, lid 3, onder b) en d), VWEU, kan gesteld worden dat de steun niet bedoeld lijkt tot bevordering van de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang of opheffing van een ernstige verstoring in de economie van Nederland, noch ter bevordering van de cultuur en instandhouding van het culturele erfgoed.
- (131) Ten slotte kan, overeenkomstig artikel 107, lid 3, onder c), VWEU, steun om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, als verenigbaar worden aangemerkt indien de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt, daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. In dit stadium heeft de Commissie geen elementen om te beoordelen of de door de betwiste maatregel verleende belastingvoordelen verband houden met specifieke investeringen die in aanmerking komen voor steun uit hoofde van de staatssteunregels en -richtsnoeren, voor het creëren van werkgelegenheid of specifieke projecten.
- (132) In dit stadium meent de Commissie dat de maatregel in kwestie lijkt neer te komen op een vermindering van de lasten die normaliter moeten worden gedragen door de betrokken entiteiten bij de uitoefening van hun bedrijfsactiviteiten, en derhalve moet worden beschouwd als exploitatiesteun. Volgens de praktijk van de Commissie kan dergelijke steun niet worden aangemerkt als verenigbaar met de interne markt omdat hij niet dient ter vergemakkelijking van de ontwikkeling van bepaalde activiteiten of van bepaalde economische gebieden; evenmin zijn de desbetreffende stimuleringsmaatregelen in de tijd beperkt, degressief of evenredig aan hetgeen noodzakelijk is om een oplossing te vinden voor een specifieke economische handicap in de betrokken gebieden.

## 4. BESLUIT

In het licht van het voorgaande is het voorlopige standpunt van de Commissie dat de APA ten gunste van Starbucks Manufacturing EMEA BV staatssteun inhoudt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. De Commissie heeft twijfels over de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt. De Commissie heeft daarom besloten de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU, in te leiden ten aanzien van de betrokken maatregelen.

Dit besluit laat de APA's van 2008 onverlet voor zover deze APA's betrekking hebben op de structuur van Starbucks Coffee bv. Wat die structuur betreft, heeft de Commissie in dit stadium geen soortgelijke twijfels. De economische rationaliteit van deze structuur is echter niet duidelijk; derhalve behoudt de Commissie zich het recht voor haar beoordeling te hervatten na de beëindiging van het lopende formele onderzoek.



De Commissie verzoekt Nederland binnen een maand na de datum van ontvangst van deze brief zijn opmerkingen kenbaar te maken en alle inlichtingen te verstrekken die nuttig kunnen zijn voor de beoordeling van de maatregel. Met name dienen de volgende inlichtingen te worden verstrekt:

- beschrijf nauwkeurig het soort intellectuele eigendom dat Alki LP in handen heeft;
- beschrijf Alki LP;
- verstrek het (de) contract(en) tussen Starbucks Manufacturing BV en haar Zwitserse leverancier;
- verstrek het verrekenprijzenrapport betreffende de prijs van de door de Zwitserse entiteit van de Starbucks-groep geleverde groene koffiebonen, of bij gebrek aan een rapport, geef een verklaring voor de wijze van vaststelling van deze prijs.

De Commissie verzoekt uw autoriteiten onverwijld een afschrift van deze brief aan de potentiële begunstigde van de steun te verzenden.

De Commissie wijst Nederland op de schorsende werking van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Zij verwijst naar artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad <sup>(67)</sup>, waarin wordt bepaald dat eventuele onrechtmatige steun van de begunstigde kan worden teruggevorderd.

De Commissie deelt Nederland mee dat zij de belanghebbenden in kennis zal stellen door dit schrijven en een samenvatting ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekend te maken. Tevens zal zij de belanghebbenden in de EVA-lidstaten die partij zijn bij de EER-overeenkomst in kennis stellen door de bekendmaking van een mededeling in het EER-supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie*, alsmede de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA door haar een afschrift van dit schrijven toe te zenden. Alle bovengenoemde belanghebbenden zal worden verzocht hun opmerkingen te maken binnen één maand vanaf de datum van deze bekendmaking”.

---

---

<sup>(67)</sup> PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1, laatstelijk gewijzigd bij Verordening 734/2013 van 22 juli 2013, PB L 204 van 31.7.2013, blz. 15.

**STATE AID — FRANCE****State aid SA.38544 (2014/C) (ex 2014/N)****Exceptional and temporary support package for restructuring — Kem One SAS****Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union****(Text with EEA relevance)**

(2014/C 460/04)

By letter dated 1.10.2014, reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified the French Republic of its decision to initiate the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union in respect of the above-mentioned aid measures.

Interested parties may submit their comments on the measures in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter, to:

European Commission  
Directorate-General for Competition  
State Aid Registry  
B-1049 Brussels  
Fax + 32 22961242

These comments will be communicated to France. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments may be requested in writing, stating the reasons for the request.

**TEXT OF SUMMARY**

Kem One SAS, which has been in court-supervised administration since 27 March 2013, has received a loan of EUR 30 million from the Economic and Social Development Fund (FDES), a grant of EUR 15 million, repayable advances of EUR 80 million and a write-off of EUR 42 million owed in social contributions and taxes.

As regards the terms of the loan, the French authorities take the view that they acted as a prudent private investor in a market economy. They consider that the other measures contain elements of state aid. As Kem One SAS is in court-supervised administration, the Commission must also assess the compatibility of the measures with the requirements of the 2004 EU guidelines on rescue and restructuring aid.

At this stage the Commission has doubts about all of these measures and calls on the French authorities and any interested parties to provide their comments and clarifications on the following points:

- compliance of the FDES loan and other measures with the principles of the prudent investor and/or lender in a market economy, especially in relation to the levels of return and the guarantees for the FDES loan, and the quantification of the aid element in each measure;
- compatibility of the measures with the 2004 Guidelines. In particular, the Commission hopes to receive proposals for compensatory measures and clarifications concerning the calculation of the own contribution and certain aspects of the company's return to long-term viability.

In accordance with Article 14 of Council Regulation (EC) No 659/1999, any unlawful aid may be subject to recovery from the beneficiary.

## TEXT OF LETTER

«Par la présente, la Commission a l'honneur d'informer la République française qu'après avoir examiné les informations fournies par vos autorités sur la mesure citée en objet, elle a décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

## I. PROCÉDURE

- (1) Après des contacts de pré-notification, les autorités françaises ont notifié, le 30 juillet 2014, un ensemble de mesures de soutien financier dans le cadre du plan de restructuration par voie de continuation de la société Kem One SASU (ci-après "Kem One" ou "l'entreprise bénéficiaire").

## II. DESCRIPTION DES FAITS

2. 1. **Kem One**

- (2) Kem One est constituée de plusieurs activités appartenant à une filière verticalement intégrée allant de la production de sel jusqu'à la transformation du polychlorure de vinyle (PVC).
- (3) Kem One était une filiale à 100 % de Kem One Holding qui a été constitué en 2012 pour permettre la filialisation et reprise des activités vinyliques d'Arkema par le groupe Klesch, groupe financier basé en Suisse.
- (4) Kem One regroupe les activités amont qui consistent en la production et la commercialisation de produits chloro-chimiques et de PVC à destination de nombreux secteurs économiques: automobile, construction, secteur agricole et de la santé.
- (5) En 2012, Kem One et ses filiales (Kem One Italia et Kem One Hernani) ont généré un chiffre d'affaires total de 818,2 millions EUR, dont [...] (\*) millions EUR en France. Les activités de Kem One ont pour principale finalité de produire [...] % du chiffre d'affaires) et de commercialiser le PVC. Kem One produit trois types de PVC: des PVC à usages généraux (M-PVC et S-PVC) qui représente [...] % du volume de la production de PVC, des PVC émulsion (E-PVC) qui représente [...] % en volume de la production mais [...] % de la marge totale liée à l'activité PVC et des PVC surchloré (PVC-C) qui représente [...] % du volume de la production PVC. Outre le PVC, Kem One produit et commercialise de la soude, des chlorométhanes et du chlore utilisé pour la fabrication du PVC <sup>(1)</sup>.
- (6) Les principales implantations industrielles de Kem One se trouvent en Europe (18 usines dont 11 en France). Kem One a également des activités au Mexique et en Asie (Vietnam, Japon et Chine). Kem One emploie 1 315 salariés en France.

2. 2. **Les difficultés rencontrées par Kem One**

- (7) Les difficultés rencontrées découlent à la fois d'handicaps structurels et de la crise mondiale qui a entraîné des pertes financières importantes entre le deuxième semestre 2012 et le début de l'année 2013.

2. 2. 1. **Les handicaps structurels de Kem One***La désintégration verticale de la chaîne éthylène*

- (8) Les autorités françaises considèrent que la compétitivité des acteurs du PVC repose sur différents facteurs, dont le prix d'accès à l'énergie et aux matières premières, l'intégration et la taille des unités de toute la chaîne vinylique, leur implantation géographique et la logistique associée, les technologies des unités et la possibilité pour certains acteurs de valoriser deux fois le chlore.
- (9) Les activités actuelles de Kem One se sont développées au sein du pôle vinylique d'Arkema, qui est devenu un groupe indépendant en 2006. Ces activités ont ensuite été cédées au groupe Klesch en 2012. La structure actuelle de Kem One est le résultat de plusieurs découpages lors des différentes cessions d'activités préexistantes dans le secteur de la chimie en France qui ont entraîné une désintégration verticale de la chaîne éthylène défavorable à Kem One en raison de l'importance des coûts que représente l'achat d'éthylène dans la production de PVC. Ainsi, Kem One ne bénéficie pas d'un accès intégré à l'éthylène, en raison notamment de la coupure du lien avec le vapocraqueur de TOTAL qui constituait sa source d'approvisionnement d'éthylène. Les principaux concurrents de Kem One bénéficient d'une situation d'intégration partielle grâce à des productions intégrées d'éthylène pour une partie de leur besoins (vapocraqueurs d'INEOS en Norvège et de Solvay en France) ou d'accords de long terme équivalents à une forme d'intégration (c'est le cas de SHIN-ETSU aux Pays-Bas pour l'accès au vapocraqueur de SHELL).

---

(\*) Informations confidentielles.

(<sup>1</sup>) Le chlore est utilisé pour la fabrication du chlorure de vinyle monomère (CVM) utilisé à son tour pour la fabrication du PVC.

*Un coût d'accès aux principales matières premières moins compétitif que celui des concurrents*

- (10) Selon les autorités françaises, Kem One bénéficiait de conditions d'approvisionnement nettement moins compétitives que celles de ses concurrents s'agissant de l'approvisionnement en éthylène, en vapeur et en électricité.

*Le cœur de l'outil de production (électrolyses) est vieillissant et sous-performant*

- (11) Sur quatre unités d'électrolyse, une seule peut être considérée comme technologiquement moderne et trois sont fortement consommatrices d'énergie (Fos-sur-Mer, Lavéra). Les principaux concurrents de Kem One se sont engagés dans des conversions d'électrolyses à mercure et diaphragme vers des électrolyses membrane dans la période 2003-2013.
- (12) Ainsi, Kem One n'a que [...] % des capacités les plus modernes (électrolyse à membrane) alors que cette technologie représente près de [...] % des capacités existantes.

*Des coûts de production élevés*

- (13) Le transfert des activités vinyliques d'Arkema à Klesch n'a pas été précédé d'une filialisation et d'une restructuration interne qui aurait optimisé les coûts de structure. Ces derniers représentaient une charge de [...] millions EUR en 2013.
- (14) En outre de nombreux contrats de services et de prestations ont dû être mis en place entre Arkema et Kem One générant des déficits de compétitivité.

*Une politique commerciale trop orientée vers le Sud de l'Europe*

- (15) Le positionnement géographique de Kem One, dont les principales unités de production ont un accès direct à la Méditerranée, a conduit à la mise en place d'une politique de vente (PVC et soude) largement orientée vers les pays du Sud de l'Europe dont les marchés ont été directement touchés par la crise de 2008-2009 et par l'importation de produits en particulier de soude, à bas prix, par comparaison avec ceux des marchés de la zone Europe du Nord-Ouest. Cette orientation de la politique commerciale a contribué à la dégradation de la marge de Kem One.

#### **2. 2. 2. Les difficultés financières de Kem One**

- (16) La mauvaise conjoncture économique du deuxième semestre 2012 et du début de l'année 2013 a rapidement conduit Kem One à des pertes financières importantes: l'excédent brut d'exploitation (EBE) a chuté de façon continue à partir de 2008 jusqu'en 2012 ([...] en 2007; [...] en 2012).
- (17) Les effets négatifs de la crise ont été renforcés par plusieurs événements qui ont entraîné une baisse significative des ventes et ont affecté la marge de l'entreprise bénéficiaire: arrêt quinquennal de Fos en 2012 plus long que prévu, problème de la qualité de l'éthylène fourni par TOTAL, incident majeur survenu sur le vapocraqueur de TOTAL à Lavéra fin décembre 2012 qui a entraîné son arrêt total jusqu'en mars 2013 puis son fonctionnement à mi-capacité.

#### **2. 2. 3. La cessation des paiements et l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire**

- (18) Les difficultés récurrentes rencontrées par Kem One ont conduit celle-ci à solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation auprès du Tribunal de commerce de Lyon en janvier 2013. Aucun accord n'ayant été trouvé, le Tribunal a constaté, le 27 mars 2013, la cessation de paiements de Kem One et a prononcé l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.
- (19) Par jugement du 20 décembre 2013, le Tribunal a retenu l'offre conjointe portée par Monsieur Alain de Krassny et par la société d'investissement Open Gate Capital (ci-après "Open Gate") et a validé le plan de redressement. Le plan de redressement vise à la continuation de l'entreprise.
- (20) Une nouvelle société, K1 Group SAS (ci-après "K1"), est constituée pour les besoins du plan de redressement et a vocation à acquérir et détenir les titres de Kem One et de Kem One Innovative Vinyls. K1 sera détenue à 50 % par la société AK1 contrôlée par M. de Krassny et à 50 % par la société K1 International contrôlée par Open Gate.

#### **2. 3. Les mesures de soutien public**

- (21) Le 27 décembre 2013, les ministres de l'Économie et des Finances et du redressement productif ont adressé une lettre à l'administrateur judiciaire<sup>(2)</sup> dans laquelle ils s'engagent à mettre à la disposition de Kem One les financements suivants:

— Un prêt du Fonds de développement économique et social (ci-après "le prêt FDES") d'un montant maximum en principal de 30 millions EUR;

<sup>(2)</sup> L'administrateur judiciaire a été désigné par le Tribunal de commerce de Lyon lors du jugement du 27 mars 2013 prononçant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'encontre de Kem One.

— Une subvention pour un montant de 15 millions EUR et des avances remboursables pour un montant maximum de 80 millions EUR.

- (22) La lettre évoque également la possibilité d'une remise importante de dettes sociales et fiscales qui pourra être demandée par le repreneur.

### 2. 3. 1. Le prêt FDES

- (23) Ce prêt de 30 millions EUR est destiné à servir de garantie à l'octroi de crédits fournisseurs à Kem One et à participer au financement de ses besoins en fonds de roulement et de ses besoins de trésorerie à court terme.
- (24) Le FDES est utilisé par les autorités françaises comme un outil d'accompagnement de la restructuration de certaines entreprises en difficulté. La doctrine d'emploi du FDES s'appuie actuellement sur la circulaire du 26 novembre 2004 <sup>(3)</sup> relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, mais cible plus particulièrement les entreprises de taille intermédiaire <sup>(4)</sup> souvent en procédure collective. Le FDES intervient sous forme de prêts, limités aux entreprises dont la viabilité est assurée à l'issue de la période de restructuration et dont la disparition emporterait des conséquences majeures sur l'ensemble d'une filière ou d'une région. Dans tous les cas, l'État intervient en cofinancement avec le secteur privé.
- (25) Le prêt sera octroyé à Kem One après la signature du contrat de prêt et son octroi sera conditionné notamment à la souscription par les repreneurs à une augmentation de capital en numéraire de 10 millions EUR au minimum entièrement libéré.
- (26) Le prêt produira des intérêts au taux fixe annuel de 3,5 %. Kem One remboursera le prêt FDES en 7 versements annuels.
- (27) L'État bénéficie d'un gage de premier rang consenti par Kem One sur son matériel et/ou ses équipements. La valeur nette comptable des matériels et équipements, telle qu'inscrites dans les comptes arrêtés au 31 décembre 2013, est de [100 000 000-140 000 000] EUR. Compte tenu de la validation des apports par un commissaire aux comptes en juillet 2012 et de l'absence de circonstances exceptionnelles pouvant remettre en question les durées d'amortissement, les autorités françaises considèrent que les valeurs nettes comptables reflètent la valeur réelle de ces actifs.

### 2. 3. 2. Les subventions et avances remboursables

- (28) Ces mesures de financement sont destinées à la mise en œuvre du projet SAM de conversion de l'outil industriel (électrolyses à mercure du site de Lavéra) dans le cadre du programme d'investissements d'avenir "aide à la réindustrialisation".
- (29) Les avances seront remboursables sur 7 ans. Elles incluent un différé d'amortissement de 2 ans et sont décomposées en deux tranches de 65 millions EUR portant un taux fixe annuel de 3,5 % et de 15 millions EUR portant un taux fixe annuel de 10 %.
- (30) Dans le cadre de la mise à disposition de ces financements, un comité de suivi regroupant des représentants de l'État, de Kem One et des repreneurs, sera mis en place. Il sera chargé de la validation des dépenses engagées au titre du projet SAM, de la validation du maintien de l'activité et des emplois sur le site de Lavéra et de l'observation de la conformité des éventuelles "management fees" perçus par M. de Krassny.

### 2. 3. 3. L'éventuel abandon de créances fiscales et sociales

- (31) Les créances fiscales et sociales dues par Kem One s'élèvent à 42 millions EUR.
- (32) Le 20 février 2014, Kem One a saisi la Commission des Chefs de services financiers (ci-après "CCSF") compétente en matière de remise de dette fiscale et sociale.
- (33) Conformément à la lettre des ministres du 17 décembre 2013 précitée, Kem One a déposé auprès du tribunal de commerce de Lyon une requête en modification substantielle de plan conformément à l'article L.626-26 du code de commerce <sup>(5)</sup>, avec une demande de remise importante des dettes publiques légalement rémissibles. Conformément à ce qui est mentionné dans le jugement du Tribunal de commerce, la demande de remise de la part de Kem One porte sur 90 % de la partie rémissible desdites dettes. Les autorités françaises ont retenu le montant de 37,8 millions EUR qui correspond à 90 % des dettes fiscales et sociales. La demande de remise n'a pas encore été formellement instruite par la CCSF au jour de la notification à la Commission européenne.

<sup>(3)</sup> JORF du 1.12.2004.

<sup>(4)</sup> D'après la définition retenue par l'Institut national de la statistique et des études économiques, une entreprise de taille intermédiaire est une entreprise qui a entre 250 et 4 999 salariés, et soit un chiffre d'affaires n'excédant pas 1,5 milliard EUR, soit un total de bilan n'excédant pas 2 milliards EUR. Une entreprise qui a moins de 250 salariés, mais plus de 50 millions EUR de chiffre d'affaires et plus de 43 millions EUR de total de bilan est aussi considérée comme une entreprise de taille intermédiaire.

<sup>(5)</sup> "Une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan. Lorsque la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers, la saisine du tribunal peut émaner du commissaire à l'exécution du plan".

## 2. 4. Le plan de restructuration de Kem One

### 2. 4. 1. Les mesures envisagées

(34) Le plan de restructuration repose sur une continuation de l'activité de Kem One regroupée avec les autres filiales détenues par Kem One Innovative Vinyls SASU afin de reconstituer le périmètre des activités amont et aval.

(35) Le plan de restructuration comporte trois types de mesures: industrielles, commerciales et financières.

*Modernisation de l'outil de production, en particulier les installations de l'électrolyse de Lavéra*

(36) Ce projet comporte trois objectifs principaux:

- se conformer à l'engagement volontaire pris par les producteurs de chlore regroupés au sein d'Eurochlor d'éliminer la technologie mercure de la production de chlore à l'horizon 2020;
- restaurer la compétitivité du site de Lavéra dans la filière chlore-soude-chlorométhanes-CVM au niveau de ses concurrents européens grâce à la production de chlore sur technologie membrane;
- conserver l'intégration verticale du site en amont par l'accès à la saumure de Vauvert et en aval, par les débouchés CVM et chlorométhanes.

(37) L'estimation faite par Kem One du rattrapage de son retard de compétitivité est de l'ordre de [20-45] millions EUR/an sur les coûts de production. La mise en service est prévue en 2016. Le montant total des coûts du projet SAM s'élève à [150-210] millions EUR.

*La réduction des frais de structure*

(38) Le plan prévoit la suppression de [90-110] postes de travail. [1-15] salariés se sont vus notifier des modifications substantielles de leur contrat de travail en raison de la fermeture du site d'Aix-en-Provence. S'agissant du reclassement, [80-100] postes de travail ont été recensés au sein de Kem One et du groupe. Ce plan social correspond à [5-10] millions EUR d'économie de coûts salariaux.

(39) Le plan prévoit également des économies de frais de structure de [10-15] millions EUR liées à une réduction des coûts assurance, la fermeture de l'antenne du siège social à Aix-en-Provence et au report de projets informatiques.

(40) Enfin, le plan vise [10-30] millions EUR d'économie résultant de l'amélioration de la productivité: réduction des frais fixes et variables, amélioration des rendements. Ces mesures sont indépendantes du projet SAM et ont vocation à être réalisées en 2014 et 2015.

*Réorientation de la politique commerciale vers les débouchés à valeur ajoutée*

(41) Kem One envisage de saturer ses capacités de production pour les débouchés les plus rentables, notamment le PVC-C ou le E-PVC et l'activité chlore liquide, permettant ainsi une augmentation de sa marge à capacité de chlore constante.

(42) Kem One entend aussi développer ses ventes en France et en Europe du Nord-Ouest pour la soude et le S-PVC de base.

(43) Le plan de redressement prévoit un gain de [10-30] millions EUR d'ici à 2016, soit une progression d'environ [1-5]% du taux de marge brut sur chiffre d'affaires.

### 2. 4. 2. Estimation des coûts de restructuration et financement du plan de restructuration

(44) Les coûts de restructuration s'élèvent à 222 millions EUR: le projet de conversion des électrolyses de Lavéra ([150-210] millions EUR) et les forages de deux doublets à la saline de Vauvert ([15-30] millions EUR).

(45) Afin de financer les coûts de restructuration, le plan prévoit les financements suivants:

Contributions privées (M EUR)		Contributions publiques (M EUR)	
Autofinancement	[30-40]	Subventions	15
Prêt bancaire	[60-70] (*)	Avances remboursables	80
Financement [opérateur privé n° 1]	[35-45]	Prêt FDES	30

Contributions privées (M EUR)		Contributions publiques (M EUR)	
Financement [opérateur privé n° 2]	[40-50]		
Augmentation de capital	10		
Total	187,5	Total	125
<b>Total des financements</b>		<b>312,5</b>	

(\*) La décision de souscrire cet emprunt sera prise en fonction du cash-flow généré par Kem one en 2014 et 2015.

- (46) Le financement de la restructuration est complété par des mesures d'abandons de créances de la part de créanciers privés, à hauteur de 158,8 millions EUR et de la part de créanciers publics, à hauteur de 37,8 millions EUR.
- (47) Enfin dans le cadre de la cession des titres de Kem One à K1 Group SAS, Kem One Trésorerie a reversé à Kem One, un montant de [10-19] millions EUR correspondant à la garantie dite SEVESO qui avait été constituée par le groupe Kem One Holding via Kem One Trésorerie pour les sites de Kem One en France lors de leur transfert par Arkema, en application de l'article L.515-8 du code de l'environnement<sup>(6)</sup> relatif aux installations classées pour la protection de l'environnement. Les autorités françaises ont précisé que si la libération et le transfert à Kem One du montant de la garantie SEVESO initialement constituée par le groupe Klesch ont un effet positif immédiat sur sa trésorerie, le montant correspondant n'a pas été comptabilisé comme un apport privé en raison du fait qu'il devra être progressivement affecté à la reconstitution desdites garanties financières.

#### 2. 4. 3. Le plan d'affaires de Kem One

- (48) Le plan d'affaires de Kem One couvre la période 2013-2017, avec un retour de l'entreprise à la viabilité dès 2017 sur la base d'hypothèses réalistes, selon les autorités françaises. Dans le scénario médian, Kem One retrouve un niveau de trésorerie satisfaisant dès 2014, un niveau de marge brute de [25-35]% du chiffre d'affaires dès 2017 et un niveau d'EBITDA de l'ordre de [4-12]% à partir de 2018, en ligne avec les références du secteur de la chimie des commodités.
- (49) L'amélioration de la viabilité résultera notamment des cinq mesures suivantes: des apports significatifs privés significatifs pour une reconstitution immédiate de la trésorerie; des investissements permettant de fiabiliser les opérations d'électrolyse et de forages à saline afin d'améliorer la compétitivité de l'entreprise; la renégociation de contrats d'accès aux matières premières et de plates formes industrielles; une restructuration interne associée à un plan de performance et de productivité et une révision de la politique commerciale du positionnement de Kem One sur le marché.
- (50) Les autorités françaises considèrent que les hypothèses retenues sont réalistes: les gains escomptés sont déjà actés par de nouveaux contrats; à l'exception des électrolyses, la taille des unités de CVM et de S-PVC se situe au niveau des meilleures unités concurrentes de l'Europe de l'Ouest; enfin les hypothèses de prix de marché n'anticipent pas une reprise de la demande ou une amélioration de l'équilibre offre/demande en PVC, pourtant prévue par les principaux consultants de la profession.
- (51) Le plan d'affaires prend aussi en considération des scénarios alternatifs. Dans le scénario pessimiste, les autorités françaises émettent l'hypothèse que des incidents répétés de production amputent la production et les ventes de [8-14]% par rapport au scénario médian ainsi que les coûts variables et les gains identifiés sur les contrats d'approvisionnement. L'EBITDA reste dégradée sur la période 2014-2016 ([1-5]% du chiffre d'affaires). La trésorerie retrouve un niveau satisfaisant dès la fin de 2014 mais ne permet pas à Kem One de réduire sa dette. Cependant, le retour à la viabilité à long terme est assuré même dans ce scénario grâce au projet de conversion des électrolyses.
- (52) Le scénario optimiste fait l'hypothèse d'une augmentation progressive des prix de vente du PVC de commodité et de la soude pour les prochaines années. Dans ce scénario, la trésorerie retrouve un niveau satisfaisant dès 2014 (+[40-70] millions EUR). Le plan permet également à Kem One de financer certains de ses investissements ([300-600] millions EUR entre 2014-2020), de réduire sa dette sur la période 2017-2020 et de parvenir à un niveau d'EBITDA de [10-15]% à partir de 2018.

<sup>(6)</sup> "Lorsqu'une demande d'autorisation concerne une installation classée à implanter sur un site nouveau et susceptible de créer, par danger d'explosion ou d'émanation de produits nocifs, des risques très importants pour la santé ou la sécurité des populations voisines et pour l'environnement, des servitudes d'utilité publique peuvent être instituées concernant l'utilisation du sol ainsi que l'exécution de travaux soumis au permis de construire".

## 2. 5. Appréciation des autorités françaises

### 2. 5. 1. Évaluation de la présence d'aide

- (53) Les autorités françaises considèrent que les conditions du prêt FDES et en particulier le taux de rémunération prévu, correspondent à des conditions normales de marché. En effet, Kem One fournit des sûretés très élevés, couvrant un montant près de cinq fois supérieur au montant du prêt lui-même, qui sont complétées par des engagements de la part des repreneurs et de Kem One, pour réduire le risque d'insolvabilité de l'entreprise.
- (54) Les autorités françaises ont appliqué au prêt FDES la Communication de la Commission relative à la révision de la méthode de calcul des taux de référence et d'actualisation <sup>(7)</sup> (ci-après "la Communication de 2008"). Selon elles, dans la mesure où Kem One est une entreprise en difficulté au sens des lignes de 2004 et ne dispose pas de notation officielle par ailleurs, le risque de solvabilité de Kem One devrait être assimilé à la notation CCC. Les autorités françaises ont ensuite appliqué au taux de base (taux IBOR à un an <sup>(8)</sup>), une majoration de 400 points de base lorsque le niveau des sûretés offertes peut être qualifié d'élevé, c'est-à-dire lorsqu'il couvre un montant au moins égal à 70 % du montant du crédit. Cette formule conduit à une rémunération de 4,53 %. Pour mémoire, le taux du prêt FDES s'élève à 3,5 %.
- (55) Les autorités françaises considèrent cependant qu'il existe plusieurs circonstances de nature à justifier que le taux de 3,5 % prévu dans le projet de contrat de prêt corresponde à un taux de marché, même si ce taux est légèrement inférieur au taux indicateur résultant de la Communication de 2008. Tout d'abord, le risque d'insolvabilité de Kem One doit être relativisé pour plusieurs raisons: le consentement du prêt est strictement lié à la mise en œuvre effective du plan de redressement qui permet un retour à la viabilité de Kem One dès 2017; Kem One s'engage à appliquer une gestion financière solide visant à protéger les fonds consentis; le prêt pourra être déclaré immédiatement exigible en cas de manquement à l'une des obligations ou engagements des repreneurs ou de Kem One et enfin l'État bénéficiera de sûretés de premier rang consenti par Kem One sur son matériel et ses équipements et dont la valeur est de [100 000 000-140 000 000] EUR.
- (56) Dans ces conditions, les autorités françaises considèrent que le prêt FDES ne contient pas d'élément d'aide d'État. Dans l'hypothèse où la Commission devrait considérer que le prêt FDES constitue une aide, il y aurait lieu de considérer que l'élément d'aide contenu dans ce prêt correspond entre le taux d'intérêt de référence applicable majoré de 400 points de base et le taux d'intérêt auquel le prêt est octroyé, soit 1,03 %.
- (57) S'agissant des mesures de soutien financier au projet de conversion (projet SAM), soit la subvention de 15 millions EUR et les avances remboursables d'un montant de 80 millions, les autorités françaises évaluent l'élément d'aide de ces mesures à 29,4 millions EUR.
- (58) Enfin, en ce qui concerne l'abandon de créances fiscales et sociales au bénéfice de Kem One pour un montant de 37,8 millions EUR (correspondant à 90 % de leur totalité), les autorités françaises pensent que cet abandon n'est pas susceptible de contenir des éléments d'aides d'État dès lors que le taux de renoncement correspondrait au taux moyen de renoncement des créanciers privés pour permettre le redressement de l'entreprise. L'État se comporterait donc comme l'ensemble des créanciers privés. Toujours selon les autorités françaises, les éventuels éléments d'aides ne pourraient correspondre qu'à la différence entre le niveau de renoncement finalement consenti, soit l'hypothèse de 90 % de la part rémissible, et le niveau de renoncement minimum accepté par l'ensemble des créanciers privés pour permettre le redressement et la continuation de l'entreprise, soit 70 %. Dans ce cas, l'équivalent aide de cette mesure s'élèverait au maximum à 8,4 millions EUR.

### 2. 5. 2. Appréciation de la compatibilité des mesures de soutien public par les autorités françaises

- (59) Les autorités françaises considèrent que l'article 107, paragraphe 3, c) du TFUE, tel qu'interprété par les Lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté <sup>(9)</sup> (ci-après les "Lignes directrices de 2004"), constitue la base juridique appropriée pour apprécier la compatibilité des mesures en cause.

#### *Éligibilité de Kem One aux aides à la restructuration*

- (60) Les autorités françaises rappellent que le plan de redressement de Kem One accepté par le Tribunal de commerce, repose sur une continuation de l'activité de Kem One avec les mêmes actifs industriels et maintien de la force de travail. Les produits commercialisés seront les mêmes avant et après la reprise. Dans ces conditions, les autorités françaises considèrent que la société issue de la procédure judiciaire n'est pas une entreprise nouvelle.
- (61) De même lors de sa reprise par le groupe Klesch, les activités de Kem One correspondaient à des activités économiques préexistantes. Ces activités ont été filialisées par Arkema en 2012 afin de pouvoir être transférées au groupe Klesch. Il n'y a donc pas eu de rupture de continuité entre les activités économiques placées sous Kem One et celles exercées au sein d'Arkema avant leur filialisation.

<sup>(7)</sup> JOUE C 14 du 19.1.2008, p. 6.

<sup>(8)</sup> Le taux IBOR à un an s'élève à 0,53 % pour la France depuis janvier 2014.

<sup>(9)</sup> JO C 244 du 1.10.2004, p. 2.



(62) En outre, à la date de la formalisation des conditions de l'intervention de l'État (le 17 décembre 2013), Kem One remplissait les conditions de soumission à une procédure de collectivité et constituait une entreprise en difficulté en application du paragraphe 10 c) des Lignes directrices de 2004.

(63) Les autorités françaises ont précisé que ni Kem One ni le groupe auquel elle appartient n'ont déjà bénéficié d'une aide au sauvetage ou à la restructuration.

*Retour à la viabilité à long terme*

(64) Les autorités françaises considèrent que les différentes mesures de restructuration sont adaptées pour répondre aux différents facteurs qui ont conduit Kem One à des difficultés. Le plan de redressement permet de répondre de façon efficace à ces différents handicaps. Les anciens actionnaires de l'activité vinylique existante de Kem One ont réalisé des apports significatifs. D'autres opérateurs privés ont participé de manière significative à la restructuration financière de l'entreprise, sous forme de financements ou d'abandon de créances permettant la reconstitution de la trésorerie. Le plan de redressement s'appuie également sur des investissements importants visant à fiabiliser les opérations et à renforcer la compétitivité. Le plan prévoit également la renégociation des principaux contrats de Kem One pour l'approvisionnement des matières premières essentielles afin de rapprocher la structure des coûts de l'entreprise au niveau de ses concurrents. Il met en place une restructuration interne associée à un plan de performance et de productivité. Enfin, la restructuration de Kem One passe par une révision de la politique commerciale et du positionnement de Kem One sur le marché.

(65) Les autorités françaises considèrent également que le plan de restructuration permettra à Kem One de rétablir la viabilité à long terme de Kem One dans un délai raisonnable et sur la base d'hypothèses réalistes et prudentes. Les hypothèses de prix de marché retenues sont conformes à la conjoncture PVC et soude 2012 et 2013 et n'anticipent pas une reprise de la demande ou une amélioration de l'équilibre offre/demande en PVC, pourtant prévue par les principaux consultants de la profession.

(66) Les autorités françaises ont également produit trois scénarios. Dans le scénario nominal, le plan de restructuration de Kem One lui permet de retrouver un niveau de marge brute de [25-35]% du chiffre d'affaires dès 2017 et un niveau d'EBITDA de [4-12]% à partir de 2018, en ligne avec les références du secteur de la chimie de commodités et un niveau de trésorerie satisfaisant dès la fin de l'exercice 2014 (+[40-70] millions EUR).

(67) Dans le scénario pessimiste, Kem One perd en moyenne [25-30] millions EUR/an d'EBITDA par rapport au scénario nominal. Cependant grâce au démarrage du projet SAM en 2017, l'EBITDA rejoint des niveaux acceptables en fin de période ([5-10]% du chiffre d'affaires) et Kem One dégage un résultat net moyen de [8-14] millions EUR. Ainsi, le retour à la viabilité est assuré même dans un scénario pessimiste.

(68) Dans le scénario optimiste proposé par les autorités françaises, l'hypothèse retenue d'augmentation des prix de vente du PVC et de la soude est de +[1-6]% par rapport au scénario nominal. Cela permet à Kem One de retrouver un niveau d'EBITDA de [10-15]% à partir de 2018, ce qui la positionne dans le niveau de profitabilité moyen, et de retrouver un niveau de trésorerie satisfaisant dès la fin de l'exercice 2014 (+[40-70] millions EUR).

(69) Enfin, les autorités françaises précisent qu'elles se sont basées sur les études de marché du PVC publiées par IHS, qui font référence. Selon ces études, le marché européen du PVC devrait croître à un rythme annuel moyen de 1,7 % entre 2013 et 2018, pour passer de 4020 kt à 4366 kt<sup>(10)</sup>.

*Prévention de toute distorsion excessive de la concurrence*

(70) Tout d'abord, les autorités françaises considèrent que les éventuels effets de distorsion pour les concurrents susceptibles de découler des mesures d'aide sont d'une ampleur limitée.

(71) Les parts de marché de Kem One sur les marchés sont relativement faibles et il existe plusieurs concurrents plus importants que Kem One. L'élément d'aide contenu dans le prêt FDES est faible (1,03 %). Ce soutien public ne pourra pas être utilisé pour financer les activités commerciales de Kem One ou des investissements qui ne seraient indispensables au retour à la viabilité. De même, les autres mesures de soutien sont liées exclusivement au financement du projet d'investissement SAM indispensable pour assurer le retour à la viabilité de l'entreprise à long terme.

(72) Les autorités considèrent en outre que les effets négatifs de l'aide sont très largement compensés par les effets positifs sur la structure de la concurrence sur les marchés du S-PVC et du E-PVC par rapport au scénario contrefactuel en l'absence d'aide.

(73) Toujours selon elles, la disparition de Kem One renforcerait le niveau de concentration du marché et conduirait à un affaiblissement de l'intensité de la concurrence entre les acteurs restants. Elle entraînerait une réduction significative de la capacité disponible pour la production de S-PVC de base en Europe de l'Ouest et du Nord-Ouest et limiterait sensiblement les possibilités pour les clients de Kem One de continuer à mettre en œuvre une politique d'approvisionnement diversifiée.

<sup>(10)</sup> 2014IHS World Vinyls — Analysis, p. 169 et 179.

- (74) Par ailleurs, elles considèrent que les importations ne sont pas de nature à exercer une contrainte suffisante sur le comportement concurrentiel des fournisseurs de S-PVC de base pour l'Europe de l'Ouest en raison de plusieurs barrières naturelles (délais de transport, niveau des droits de douane des importations en provenance des États-Unis...).
- (75) Dans ce contexte, les autorités françaises considèrent que l'imposition des mesures compensatoires visant à limiter la présence de Kem One aurait pour effet d'entraîner une détérioration de la structure et de l'intensité de la concurrence au préjudice des clients. Il n'existe pas de schéma équilibré et performant qui permettrait de scinder les actifs de Kem One nécessaires aux activités amont et aval, au bénéfice soit d'un nouvel entrant, soit d'opérateurs déjà présents sur le marché. Une telle scission aboutirait au démantèlement de l'entreprise et compromettrait son retour à la viabilité. Par ailleurs, les différents acteurs vinyliques présents en Europe sont déjà intégrés verticalement et sont déjà proches de l'équilibre entre capacités amont et aval.
- (76) Les autorités françaises en concluent que les seules mesures compensatoires envisageables seraient des mesures de réduction de la capacité ou de la présence commerciale de Kem One sur les marchés du PVC. Cependant, selon elles, compte-tenu de la structure déjà oligopolistique des marchés en cause, de telles mesures entraîneraient une réduction de la pression concurrentielle sur le comportement des autres acteurs présents sur ces marchés et donc un affaiblissement significatif de la structure concurrentielle préexistante. Ce type de mesures aurait également un impact défavorable sur le retour à la viabilité. Celui-ci dépend essentiellement du maintien d'une chaîne de production verticalement intégrée présentant un équilibre entre les capacités des deux sites en amont et celles des cinq sites aval.
- (77) En outre, les autorités françaises justifient l'absence de mesures compensatoires par la finalité environnementale de la plupart des mesures de soutien public. Elles s'appuient sur la pratique décisionnelle de la Commission pour considérer que des mesures pouvaient être compatibles si leur octroi était absolument nécessaire à la prévention de dommages environnementaux et à condition qu'elles n'entraînent pas une augmentation des capacités.
- (78) Enfin, la préservation des emplois et du secteur chimique en France constitue le dernier argument des autorités françaises pour justifier l'absence de mesures compensatoires. Selon les estimations faites par les syndicats, les pertes d'emploi par effet domino pourraient atteindre jusqu'à 25 000 emplois. Les autorités françaises soulignent également que la Commission a déjà reconnu dans plusieurs décisions le rôle systémique que peut jouer une entreprise dans une région ou un secteur économique et le caractère d'objectif d'intérêt commun d'une aide.

*Limitation de l'aide: contribution réelle, exempte d'aide*

- (79) Les autorités françaises évaluent les contributions privées (Kem One, repreneurs, partenaires et créanciers) à 356,3 millions EUR, soit 68,6 % de la totalité des contributions.

### III APPRÉCIATION DES MESURES

#### 3. 1. Évaluation de la présence d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE

- (80) La Commission doit examiner si les mesures notifiées sont susceptibles de constituer une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1 TFUE.
- (81) Selon l'article 107, paragraphe 1, TFUE sont "incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions".
- (82) Sur la base de cette disposition, la Commission considère que la qualification d'une mesure publique en tant qu'aide d'État suppose que les conditions cumulatives suivantes soient remplies, à savoir: (i) que la mesure en question confère un avantage économique à son bénéficiaire (ii) que cet avantage ait une origine étatique (iii) que cet avantage soit sélectif et (iv) que la mesure en cause fausse ou menace de fausser la concurrence et soit susceptible d'affecter les échanges entre États membres.

#### 3. 1. 1. Présence de ressources d'État et critère de l'imputabilité

- (83) La première mesure consiste en un prêt octroyé par le fonds de développement économique et social par arrêté du ministre de l'économie et des finances et dont l'exécution est confiée au directeur général du Trésor. La loi de finances 2014 a doté le fonds d'un budget de 300 millions EUR. Il est utile de préciser que le FDES, dotée d'une personnalité juridique différente de celle de l'État, ne peut être assimilé à un fonds géré avec une obligation d'équilibre financier entre les remboursements en capital et leur utilisation pour de nouvelles interventions. Les prêts du FDES sont réalisés à travers un compte spécial du Trésor et constituent les dépenses du compte. Les intérêts des prêts sont versés quant à eux le budget général de l'État. La doctrine d'emploi du FDES s'appuie toujours sur la circulaire du 26 novembre 2004<sup>(11)</sup> relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises,

<sup>(11)</sup> JORF du 1.12.2004.

mais cible plus particulièrement les entreprises de taille intermédiaire<sup>(12)</sup> souvent en procédure collective. L'octroi des prêts FDES fait toujours l'objet d'un examen au cas par cas. Ils ne font pas l'objet d'une attribution automatique en fonction de critères précédemment établis.

- (84) Le prêt FDES, les subventions, les avances remboursables et l'abandon de créances fiscales et sociales sont consentis au moyen de ressources publiques et octroyés par des décisions prises par l'État.

### 3. 1. 2. Critère de la sélectivité

- (85) Les mesures sous examen sont prévues de façon ad hoc, exclusivement en faveur de Kem One, devenue K1 pour les besoins de la reprise.

### 3. 1. 3. Présence d'un avantage économique

#### *Le prêt FDES*

- (86) Un avantage économique existe dès lors que la situation financière d'une entreprise est améliorée du fait de l'intervention de l'État. Cependant, l'intervention d'une autorité publique ne confère pas un avantage à leur bénéficiaire et, de ce fait, ne constitue pas une aide si elle est réalisée dans des conditions normales de marché, c'est-à-dire si l'autorité publique s'est comportée comme un opérateur en économie de marché l'aurait fait en pareille situation.
- (87) La Commission ne partage pas à ce stade l'analyse des autorités françaises sur le caractère en partie non aide des mesures. En effet, au vu des informations transmises par les autorités françaises, la Commission émet les doutes suivants sur le caractère avisé de l'octroi du prêt FDES et des autres mesures.
- (88) La Commission s'interroge tout d'abord sur les conditions du prêt FDES. En ce qui concerne les sûretés, le prêt FDES bénéficie d'une garantie de premier rang sur le matériel et/ou ses équipements. Les autorités françaises considèrent que la valeur nette comptable inscrites dans les comptes arrêtés au 31 décembre 2013, reflètent la valeur réelle des actifs compte tenu de la validation des commissaires et de l'absence de circonstances exceptionnelles.
- (89) La Commission émet plusieurs réserves sur l'estimation de la valeur des sûretés. Tout d'abord, les autorités françaises ne précisent pas quels matériels et quels équipements sont gagés. Seule leur valeur globale égale à la valeur nette comptable, soit [100 000 000-140 000 000] EUR, est indiquée. Or, la valeur nette comptable d'un actif ne peut être assimilée à son prix de marché, en particulier lorsque l'entreprise concernée est en procédure collective. La Commission note également que le caractère vieillissant et sous-performant voire obsolète de certains outils de production est présenté par les autorités françaises comme un des principales difficultés de Kem One; c'est le cas notamment des électrolyses à mercure et diaphragme. Par conséquent, la Commission s'interroge sur la valeur réelle des équipements et matériels gagés et doute que la valeur nette comptable retenue pour l'estimation des sûretés soit la valeur la plus pertinente, notamment en comparaison avec l'alternative qui reviendrait à estimer la valeur des gages en fonction des recettes nettes que leur exploitation peut dégager. Le fait que le gage soit de premier rang ne suffit pas à compenser une sous-estimation éventuelle de la valeur des sûretés. Dans ces conditions, une majoration de 400 points de base afin de calculer la rémunération du prêt, apparaît insuffisante. La Commission invite donc les autorités françaises à lui communiquer la liste des actifs gagés et à démontrer que leur valeur comptable correspond à leur valeur de marché.
- (90) La Commission a également des doutes sur les conditions de rémunération du prêt. Les autorités françaises, en appliquant la Communication sur les taux de référence de 2008, parviennent à une rémunération de 4,53 % mais ont retenu un taux de 3,5 % pour les raisons évoquées au paragraphe 2.5. ci-dessous. La Commission considère au contraire que la majoration concernant la qualité des sûretés étant insuffisante, le taux devrait se situer plutôt dans la fourchette entre 6,53 % et 10,53 %<sup>(13)</sup>. Les raisons invoquées par les autorités françaises, à savoir le faible risque d'insolvabilité de Kem One et la qualification du niveau des sûretés ne justifient pas un taux inférieur. En effet, le fait que l'octroi du prêt soit strictement lié à la mise en œuvre effective du plan de redressement et que Kem One s'engage à appliquer une gestion financière solide constituent des obligations et des contreparties habituelles à une mesure de restructuration. Elles ne justifient pas une rémunération inférieure à un taux de marché.
- (91) Comme les autorités françaises le rappellent, la Commission admet que la méthode utilisée par la Communication ne sert que d'indicateur pour l'évaluation d'un taux de marché. La Communication ne saurait donc lier la Commission dans son application du principe de l'opérateur privé en économie de marché, notamment dans les cas où des données réelles de marché sont disponibles et sont manifestement différentes de celles résultant de la méthodologie énoncée dans ladite communication.

<sup>(12)</sup> D'après la définition retenue par l'Institut national de la statistique et des études économiques, une entreprise de taille intermédiaire est une entreprise qui a entre 250 et 4 999 salariés, et soit un chiffre d'affaires n'excédant pas 1,5 milliard EUR, soit un total de bilan n'excédant pas 2 milliards EUR. Une entreprise qui a moins de 250 salariés, mais plus de 50 millions EUR de chiffre d'affaires et plus de 43 millions EUR de total de bilan est aussi considérée comme une entreprise de taille intermédiaire.

<sup>(13)</sup> Application de la majoration de 600 points de base pour un niveau de sûretés qualifié et de 1000 points de base pour un niveau de

(92) Par conséquent, une approche alternative à la méthodologie décrite dans la Communication et plus axée sur le marché a également été envisagée. Selon cette approche, un prêt peut être considéré comme ne constituant pas une aide s'il est rémunéré à un taux égal ou plus élevé que le taux de référence défini par un taux de base <sup>(14)</sup> majoré d'une prime de risque et des frais au bénéfice du prêteur. La méthodologie basée sur les données Bloomberg et Capital IQ aboutit à un taux de 20,95 %. Ce calcul a été obtenu sur la base d'un taux de swap EUR de 4 ans utilisé comme taux de base et une marge de risque, qui se traduisent par le second quartile d'un échantillon de sociétés pour lesquelles des contrats de CDS 4 ans se négocient. L'échantillon retenu est composé de 10 exemples de sociétés en Europe et aux États-Unis ayant une notation dans la catégorie CCC à la date de l'octroi du prêt. La formule suivante a été appliquée: taux de base + marge de risque + frais et aboutit au résultat suivant: 0,76 % + 19,99 % + 0,2 % = 20,95 %.

(93) La Commission invite par conséquent les autorités françaises à produire leurs observations sur ces deux méthodologies ainsi que sur toute autre méthodologie proposée par ces dernières. La Commission note également qu'en l'absence de prêt octroyé à KEM ONE par une banque privée dans les mêmes conditions, dans le contexte des difficultés et de la restructuration de l'entreprise, l'intégralité du prêt pourrait être considérée, à ce stade de la procédure, comme le montant d'aide.

*Les subventions (15 millions EUR) et avances remboursables (80 millions EUR)*

(94) Les autorités françaises considèrent que seule une partie de la totalité de ces mesures, à savoir 29,4 millions EUR est un élément d'aide.

(95) La Commission est d'avis qu'une subvention constitue un avantage économique que le bénéficiaire n'obtiendrait pas à des conditions de marché. En effet, une subvention est un instrument financier dont le capital n'est pas remboursable et qui ne génère pas d'intérêt à payer par le bénéficiaire. Il est donc exclu qu'un prêteur privé, qui a un coût de financement et doit rémunérer son capital, accepte de financer une entreprise par des subventions. S'agissant des avances remboursables, la Commission note que la présence de certaines conditions liées à leur octroi qu'un prêteur privé n'aurait vraisemblablement pas exigées. Il s'agit notamment de la condition relative au maintien de l'activité et des emplois sur le site de Lavéra pendant les cinq ans qui suivent la réalisation du projet, sauf si la pérennité de Kem One le justifiait et après accord préalable de l'État. En outre, en l'absence de la démonstration par les autorités françaises que des prêteurs privés auraient été disposés à prêter un tel montant dans les mêmes conditions à une entreprise en difficulté, la Commission considère à ce stade de la procédure, que la totalité des avances remboursables doit être considérée comme aide.

(96) Les autorités françaises mentionnent l'éventualité d'un prêt bancaire de [60-70] millions mais celui-ci reste à ce stade une hypothèse. Aucun contrat ou lettre d'engagement d'un prêteur privé n'ont été produits. Dans la notification, les autorités française reconnaissent d'ailleurs que: "*Kem One ne serait pas en mesure de réaliser la totalité de cet investissement (le projet SAM) sans l'aide de l'État*".

*L'abandon des créances fiscales et sociales (42 millions EUR)*

(97) Les autorités françaises considèrent que 90 % de ces dettes peuvent faire l'objet d'un abandon. Pour cela, elles rappellent que les créanciers privés ont accepté d'abandonner leur créance à hauteur de 70 % au minimum; certains ont même abandonné la totalité de leur créance. Par conséquent, les autorités françaises considèrent que l'État se comporterait comme l'ensemble des créanciers privés s'il renonçait à ses créances rémissibles à hauteur de 90 %.

(98) La Commission note que les autorités françaises n'invoquent que le caractère *pari passu* de la mesure mais ne soulèvent aucun argument relatif au principe du créancier privé en économie de marché.

(99) La Commission observe tout d'abord que les pourcentages d'abandons des dettes ne sont pas les même entre les créanciers privés (70 %) et les créanciers publics (90 %).

(100) Par ailleurs, il n'est pas certain que l'État soit placé dans les mêmes conditions que les créanciers privés qui entretiennent des relations anciennes avec Kem One. Les partenaires industriels connaissent leur client et sont indispensables au fonctionnement de l'entreprise et à sa continuation. Ils ont donc intérêt à rester impliqués dans l'entreprise et donc à consentir un abandon partiel de créances, contrairement à un créancier purement financier dont le seul objectif est de récupérer sa créance.

(101) Par ailleurs, s'agissant du principe du créancier privé en économie de marché, un abandon de créances constitue a priori une aide puisqu'il avantage une entreprise vis-à-vis de ses concurrents en allégeant ses charges. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'entreprise est en difficulté et en procédure collective. En l'espèce, la Commission s'interroge sur les motivations de cet abandon de créances fiscales et sociales qui auraient contribué à privilégier l'offre d'un repreneur. À ce stade de la procédure et à la lumière des éléments ci-dessus, la Commission n'écarte pas la possibilité que le montant d'aide soit égale au montant total de l'abandon envisagé.

---

<sup>(14)</sup> Le taux de base reflète la référence avec laquelle les investisseurs mesurent le coût de leur financement.

### 3. 1. 4. Affectation de la concurrence et des échanges entre États membres

- (102) Les mesures de soutien public favorisent Kem One en lui fournissant des ressources financières additionnelles et en lui évitant de cesser ses activités. Elles lui permettent en effet de conserver une position concurrentielle plus forte que celle qu'elle aurait eue en l'absence d'aide. Elles menacent donc de fausser la concurrence entre les opérateurs présents dans le secteur du PVC et sur le marché de la production de chlore et de soude.
- (103) Par ailleurs, ces différents secteurs sont caractérisés par des échanges commerciaux importants entre les États membres sur le territoire européen. Le marché du PVC est relativement concentré: cinq opérateurs dont Kem One représentent 90 % du marché, Kem One se situant au troisième rang européen des producteurs de S-PVC. La Commission a déjà eu l'occasion de considérer que la dimension géographique de ce marché recouvre au moins l'Europe du Nord-Ouest, ce qui implique des conditions de concurrence relativement homogènes dans cet espace<sup>(15)</sup>. Par conséquent, l'avantage accordé par les mesures sous examen à une entreprise active sur un marché ouvert à la concurrence et relativement concentré est de nature à pouvoir fausser la concurrence et à affecter les échanges entre États membres.

*Conclusion quant à la présence d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE*

- (104) À ce stade, la Commission conclut que l'ensemble des mesures sous examen semble constituer des aides au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

### 3. 2. Analyse de la compatibilité des mesures

- (105) L'interdiction des aides d'État prévue à l'article 107, paragraphe 1, TFUE n'est ni absolue, ni inconditionnelle. En particulier, les paragraphes 2 et 3 de l'article 107 du TFUE constituent des bases juridiques permettant de considérer certaines aides comme compatibles avec le marché intérieur. En l'espèce, la Commission considère que les aides ont été octroyées dans le but de restaurer la viabilité à long terme d'une entreprise en difficulté. L'ensemble des aides a été consenti à Kem One. Une nouvelle société, K1 Group SAS, a été constituée pour acquérir et détenir les titres de Kem One conformément au plan de continuation et de redressement validé par le tribunal. À ce stade de la procédure, K1 assure donc la continuité économique avec Kem One. La compatibilité de ces aides doit être analysée à la lumière des Lignes directrices de 2004.
- (106) Malgré l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2014, des nouvelles Lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, les mesures en l'espèce seront analysées à l'aune des Lignes directrices de 2004. Même si certaines d'entre elles n'ont pas encore été octroyées à la date de la notification, à savoir le 30 juillet 2014, toutes les mesures envisagées ont fait l'objet d'un engagement ferme qui a pris la forme d'une lettre des ministres de l'économie et des finances et du redressement productif datée du 17 décembre 2013 et qui a été adressée à l'administrateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce. Par ailleurs, il ressort du considérant 1 que ces mesures ont été notifiées à la Commission en juillet 2014. En vertu donc du point 136 des nouvelles Lignes Directrices, les Lignes Directrices de 2004, en vigueur lors de cette notification, sont applicables.
- (107) Par conséquent, il convient d'analyser si les mesures sous examen pourraient être considérées comme compatibles sur la base de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, en application des critères indiqués dans les Lignes directrices de 2004.

#### 3. 2. 1 Le plan de restructuration de Kem One

*Éligibilité de Kem One aux aides à la restructuration*

- (108) La Commission ne conteste pas les conditions d'éligibilité de Kem One aux Lignes directrices de 2004 invoquées par les autorités françaises. En redressement judiciaire depuis le 27 mars 2013, Kem One remplit les critères du point 10 c) des Lignes directrices de 2004.

*Le retour à la viabilité à long terme*

- (109) La Commission observe tout d'abord que les autorités françaises n'incluent dans les coûts de la restructuration que les coûts liés à la modernisation de l'appareil productif (projet de conversion des électrolyses de Lavéra ([150-210] millions EUR) et forages de deux doublets à la saline de Vauvert ([15-30] millions EUR)). La Commission considère que la restructuration interne de Kem One doit nécessairement engendrer des coûts supplémentaires liés à chaque mesure de restructuration décrite au paragraphe 2.4.1, à savoir la réduction des frais de structure et la réorientation de la politique commerciale. Elle invite donc les autorités françaises à commenter ce point.
- (110) Par ailleurs, elle observe que le scénario nominal, s'agissant du rétablissement de la trésorerie, ne laisse qu'un faible excédent de trésorerie à la fin de la clôture en 2020. Les résultats de trésorerie sont bien plus dégradés dans le scénario pessimiste dans lequel la trésorerie affiche un montant négatif de [100-150] millions EUR en 2020. Dans ces conditions, la Commission s'interroge sur le retour à la viabilité de Kem One à long terme.

<sup>(15)</sup> M.6218 — Ineos/Tessenderlo Group S-PVC Assets, décision de la Commission du 26/07/2011 ou M.6905 — Ineos/Solvay/JV, décision de la Commission du 06/05/2014.

- (111) Par ailleurs, la Commission observe que les trois scénarios intègrent l'obtention d'un prêt bancaire de [60-70] millions EUR en 2016 auprès d'établissements financiers privés. Or, à ce stade, les autorités françaises ne semblent disposer d'aucune garantie sur l'obtention de ce prêt. Cette incertitude fragilise le caractère réaliste des trois scénarios.
- (112) Enfin, la Commission souhaiterait que les autorités françaises précisent le point de départ et la fin de la période de restructuration. Parfois les autorités françaises mentionnent les années 2013 ou 2014 comme étant le point de départ et les années 2017 ou 2018 ou 2020, comme étant la fin de la restructuration.

*Prévention de toute distorsion excessive de la concurrence*

- (113) Les autorités françaises considèrent qu'il n'y a pas lieu en l'espèce d'imposer des mesures compensatoires à Kem One. Elles le justifient tout d'abord en application du principe mentionné au point 39 des Lignes directrices de 2004, selon lequel des mesures compensatoires ne doivent pas détériorer la structure du marché, notamment en créant une situation d'oligopole étroit.
- (114) Or, la Commission ne partage pas cette opinion. Le point 39 ne justifie pas l'absence définitive de toutes mesures compensatoires. Il invite au contraire la Commission à tenir compte de la structure du marché et des conditions de concurrence afin d'éviter un effet indirect de création d'une situation de monopole ou d'oligopole étroit, pour adapter au mieux les mesures compensatoires et non pour justifier leur absence. Même dans le cas où l'État membre pourrait prouver qu'une telle situation se produirait, ce qui, à ce stade, n'est pas acquis en l'espèce, le point 39 invite la Commission à définir les contreparties de l'aide de manière à l'éviter et non à dispenser l'État membre d'imposer des mesures compensatoires.
- (115) Par ailleurs, la Commission entend bien le deuxième argument des autorités françaises, à savoir que les effets de distorsion susceptibles de découler pour les concurrents des mesures de soutien public sont d'une ampleur limitée. Cet argument est repris dans le point 40 des Lignes directrices: "*Les contreparties doivent être en proportion des effets de distorsion causés par l'aide, et notamment de la taille et du poids relatif de l'entreprise ou les marchés sur lesquels elle opère*". Le point 40 invite donc la Commission à tenir compte de l'ampleur limitée des effets de distorsion lorsqu'elle analyse les mesures compensatoires mais ne justifie pas leur absence.
- (116) Les autorités françaises invoquent ensuite la "*théorie de l'entreprise défaillante*" élaborée par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre du contrôle des concentrations<sup>(16)</sup> pour justifier le bien-fondé de l'absence de mesures compensatoires. Selon cette théorie, la reprise par un concurrent d'une entreprise en difficulté peut être autorisée sans conditions lorsqu'il apparaît que les effets résultant de l'opération ne sont pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté. Or, en l'espèce, ce n'est pas la disparition de KEM ONE qui est en jeu, mais la compensation partielle, au moyen de mesures compensatoires effectives, des effets de distorsion de l'aide.
- (117) Les autorités françaises considèrent également que l'imposition de mesures compensatoires structurelles compromettrait le retour à la viabilité à long terme de Kem One.
- (118) La Commission note que cette condition est reprise par le point 38 des Lignes directrices: "*La Commission prendra en compte l'objectif de retour à la viabilité à long terme lors de la détermination de l'adéquation des mesures compensatoires*." Le point 38 ne dispense donc pas l'État membre d'imposer des mesures compensatoires et invite encore une fois la Commission à les analyser à l'aune du retour à la viabilité à long terme de l'entreprise afin de ne pas le compromettre.
- (119) Les autorités françaises font observer que la Commission, dans sa pratique décisionnelle, a déjà pris en compte la compatibilité des aides en faveur de la protection de l'environnement dans le cadre d'un plan de restructuration<sup>(17)</sup>. Or, toujours selon les autorités françaises, la majorité des mesures sert à financer le projet SAM qui permettra à Kem One d'améliorer le niveau de protection de l'environnement et d'économiser de l'énergie.
- (120) La Commission souhaite préciser que dans la décision précitée, elle a imposé comme condition de compatibilité l'absence d'augmentation des capacités. Or, cette condition constitue bien une mesure compensatoire. Encore une fois, l'analyse de la Commission s'efforce de tenir compte des spécificités de chaque cas mais ne peut accepter l'absence de mesures compensatoires. Par ailleurs, invoquer les objectifs d'une autre réglementation de l'Union européenne, en matière d'environnement en l'espèce, ne peut aboutir à un contournement des règles communautaires en matière d'aide d'État et ne peut donc dispenser les États membres d'imposer des mesures compensatoires à une entreprise à laquelle ils octroient une aide à la restructuration.

<sup>(16)</sup> Décision de la Commission du 14 décembre 1993, IV/M.38 Kali und Salz/Mdk/Treuhand, points 70 et ss., confirmé par la Cour de justice, sur pourvoi, dans son arrêt du 31 mars 1998, affaires jointes C-68/94 et C-30/95P, France et Société commerciale de potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC) c. Commission, Rec., 1998, p. I-1375, points 113-124, voir plus récemment décision de la Commission dans l'affaire COMP/M.6360 — NYAS/SHELL/HARBURG REFINERY du 2 septembre 2013.

<sup>(17)</sup> Décision de la Commission du 29 mai 1996 relative à l'aide proposée par l'Allemagne pour Buna GmbH, Sächsische Olefinwerke GmbH, Leuna-Werke GmbH, Leuna-Polyolefine et BSL Polyolefinverbund GmbH, paragraphe 11.3.

(121) Enfin, la préservation des emplois directs et la contribution de Kem One au secteur chimique en France ne peuvent justifier non plus l'absence de mesures compensatoires.

(122) La Commission souhaite rappeler que la présence de mesures compensatoires constitue un des critères de compatibilité d'une aide à la restructuration. Elle invite par conséquent les autorités françaises à lui proposer des mesures compensatoires susceptibles de prendre en compte l'ensemble de leurs arguments.

*Limitation de l'aide: contribution réelle, exempte d'aide*

(123) La Commission émet des doutes sur les données prises en compte par les autorités françaises pour calculer le montant de la contribution propre, et, partant, sur le respect de la règle selon laquelle la contribution propre d'une grande entreprise aux coûts de sa restructuration doit représenter 50 % du montant total.

(124) En effet, elles incluent dans les contributions un prêt de [60-70] millions EUR. Les autorités françaises n'ont produit aucun engagement ferme d'un quelconque établissement financier privé disposé à prêter cette somme. Ce prêt reste donc hypothétique et ne semble pas satisfaire à la condition d'effectivité réelle de la contribution propre du bénéficiaire précisée dans les Lignes directrices de 2004. Par conséquent, la Commission considère qu'il n'est pas justifié de le prendre en compte dans le calcul.

(125) La Commission considère que les contributions privées s'élèveraient à un total de 1 32,4 million EUR selon le tableau ci-dessous.

Auto-financement de Kem One	[30-40]
Financement [Opérateur privé 1] (20 + 20,5)	[35-45]
Financement [opérateur privé 2]	[40-50]
Augmentation de capital des repreneurs	10
Désintéressement des créances d'[opérateur privé 3]	[0-10]
Total en millions EUR	<b>132,4</b>

(126) La Commission considère en effet que les abandons de créances de la part des partenaires privés ne doivent pas être pris en compte car elles ne constituent pas véritablement un flux financier au profit de Kem One. En outre, elles ne reflètent pas la croyance des investisseurs privés en la poursuite de l'activité d l'entreprise, contrairement à des interventions sous forme de prise de participation ou d'augmentation de capital qui traduisent davantage leur implication dans le retour à la rentabilité de l'entreprise concernée. Un abandon de créances ne traduit pas en effet la volonté d'un investisseur d'assumer de nouveaux risques liés à l'exécution du plan de restructuration.

(127) Les contributions publiques s'élèvent à 162,8 millions EUR. Par conséquent, à ce stade de la procédure, la Commission constate que les contributions privées sont inférieures aux contributions publiques.

*Principe de non-réurrence*

(128) La Commission prend note que les autorités françaises ont déclaré que ni Kem One ni le groupe auquel elle appartiendra n'ont déjà bénéficié d'une aide au sauvetage ou à la restructuration dans le passé.

#### IV RÉSUMÉ DES DOUTES DE LA COMMISSION

(129) La Commission invite les autorités françaises et toute partie intéressée à produire leurs observations et éclaircissements sur les points suivants:

- la conformité du prêt FDES et des autres mesures aux principes de l'investisseur et/ou du prêteur avisé en économie de marché (en particulier, s'agissant des niveaux de rémunération et de sûretés du prêt FDES) ainsi que sur la quantification de l'élément d'aide pour chaque mesure;
- la compatibilité de ces mesures avec les Lignes directrices de 2004 et en particulier la Commission souhaite obtenir des propositions de mesures compensatoires et des clarifications sur le calcul de la contribution propre et sur certains aspects du retour à la viabilité à long terme de l'entreprise.

Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission invite la France, dans le cadre de la procédure de l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à présenter ses observations et à fournir toute information utile pour l'évaluation des mesures dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la présente. Elle invite vos autorités à transmettre immédiatement une copie de cette lettre au bénéficiaire potentiel de l'aide.

La Commission rappelle à la France l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et se réfère à l'article 14 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil qui prévoit que toute aide illégale pourra faire l'objet d'une récupération auprès de son bénéficiaire.

Par la présente, la Commission avise la France qu'elle informera les intéressés par la publication de la présente lettre et d'un résumé de celle-ci au *Journal officiel de l'Union européenne*. Elle informera également les intéressés dans les pays de l'AELE signataires de l'accord EEE par la publication d'une communication dans le supplément EEE du Journal officiel, ainsi que l'autorité de surveillance de l'AELE en leur envoyant une copie de la présente. Tous les intéressés susmentionnés seront invités à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la date de cette publication».

---



**STATE AID — PORTUGAL****State Aid No SA.38831 (2014/C) (ex 2014/N)****PT — LIP — Volkswagen Autoeuropa, Lda****Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the TFEU**

(Text with EEA relevance)

(2014/C 460/05)

By means of the letter dated 01/10/2014 reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified Portugal of its decision to initiate the procedure laid down in Article 108 (2) of the TFEU concerning the abovementioned aid.

Interested parties may submit their comments on the aid in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter, to:

European Commission  
Directorate-General for Competition  
State Aid Registry  
B-1049 Brussels  
Fax No: 32 22961242

These comments will be communicated to Portugal. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments may be requested in writing, stating the reasons for the request.

**TEXT OF SUMMARY***Description of the measure and the investment project*

On 30 June 2014, the Portuguese authorities notified regional aid to Volkswagen Autoeuropa, Lda (hereinafter Autoeuropa), a subsidiary of the Volkswagen Group in Palmela, Peninsula de Setubal region, which is an assisted area pursuant to Article 107(3)(c) of TFEU with a standard regional aid ceiling for large enterprises of 15 % gross grant equivalent (GGE) according to the Portuguese regional aid map applicable for the period 2007 — June 2014 <sup>(1)</sup>.

The notified investment project consists in the introduction of a new production technology, called 'Modularer Querbaukasten' which replaces the traditional platform based production. This new production technology allows high flexibility in the production of passenger car models, and realizing major synergy effects in their production. The investment in Pamela enables Autoeuropa to produce passenger cars belonging to three different segments (A0, A and B) of the passenger car market defined according to the classification by POLK.

The total eligible investment costs of the project are EUR 672,9 million in present value, and include costs for vendor tooling to suppliers. The aid amounts to EUR 36,15 million in present value, representing an aid intensity of 6,03 %.

*Assessment of the compatibility of the aid measure*

The Commission has doubts as to conformity of the measure with the provisions of the Regional Aid Guidelines (RAG) <sup>(2)</sup> concerning eligible expenditure, maximum aid amount, and maximum aid intensity, and thus as to its compatibility with the internal market.

<sup>(1)</sup> State Aid N 727/2006 — Portugal — Regional aid map 2007-2013 (OJ C 68, 24.3.2007), as prolonged until the end of June 2014 by SA.37471 (2013/N) — Prolongation of the Portuguese regional aid map 2007-2013 until 30 June 2014 (OJ C 50, 21.2.2014).

<sup>(2)</sup> Guidelines on National Regional Aid for 2007-2013, OJ C 54, 4.3.2006, p. 13.

Moreover, for regional aid to large investment projects falling under point 68 of the RAG, the Commission is required to verify within the preliminary assessment whether the aid beneficiary accounts for more than 25 % of the sales of the product(s) concerned on the market(s) concerned before the investment or will account for more than 25 % after the investment; or the production capacity created by the project is more than 5 % of the market measured using apparent consumption data for the product concerned, unless the average annual growth rate of its apparent consumption over the last five years is above the average annual growth rate of the European Economic Area's GDP.

The Commission carried out this test on the basis of several plausible market definitions. On the basis of the test results, the Commission notes that the market share of the aid beneficiary exceeds 25 % on the possible relevant product markets.

The RAG stipulate for this situation that the Commission opens the formal investigation and proceeds to an in-depth assessment of the aid, to verify whether the aid is necessary and proportionate to provide an incentive effect for the investment and whether its benefits outweigh the resulting distortion of competition and effect on trade between Member States. This in-depth assessment is to be carried out on the basis of the Commission Communication on Criteria for an In-Depth Assessment of Regional Aid to Large Investment Projects <sup>(3)</sup>.

Interested parties are invited to comment on the aid.

---

<sup>(3)</sup> Communication from the Commission concerning the criteria for an in-depth assessment of regional aid to large investment projects, OJ C 223, 16.9.2009, p. 3.

## TEXT OF LETTER

«A Comissão deseja informar Portugal de que, após ter examinado as informações prestadas pelas autoridades portuguesas sobre o auxílio acima referido, decidiu dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

## 1. PROCEDIMENTO

- (1) Por notificação eletrónica, registada em 30 de junho de 2014, as autoridades portuguesas notificaram, em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, que haviam concedido em 30 de abril de 2014 um auxílio com finalidade regional à Volkswagen Autoeuropa, Lda. (“Autoeuropa”), sujeito apenas à sua aprovação pela Comissão.
- (2) Por carta de 18 de julho de 2014 (2014/075599), a Comissão requereu informações adicionais, as quais lhe foram apresentadas pelas autoridades portuguesas por cartas de 28 de julho de 2014 (2014/078395) e 4 de agosto de 2014 (2014/080881).

## 2. DESCRIÇÃO DA MEDIDA DE AUXÍLIO

## 2.1. Objetivo da medida de auxílio

- (3) Ao conceder auxílios ao investimento no estabelecimento da Autoeuropa existente em Palmela, região da Península de Setúbal, uma região elegível para auxílios com finalidade regional ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE, com um limite máximo normal aplicável aos auxílios com finalidade regional para grandes empresas de 15 %, nos termos do mapa português dos auxílios com finalidade regional aplicável para o período de 2007 — junho de 2014 <sup>(1)</sup>, Portugal tenciona desenvolver ainda mais a região em causa. O investimento destina-se a criar 500 novos postos de trabalho e a garantir, a longo prazo, a manutenção dos 3 339 postos de trabalho existentes.

## 2.2. Beneficiário

- (4) O beneficiário do auxílio é a Autoeuropa, uma empresa filial a 100 % do Grupo VW. O Grupo VW tem sido descrito em numerosas decisões de auxílios estatais, mais recentemente na decisão da Comissão de 9 de julho de 2014 de início da investigação formal sobre os auxílios com finalidade regional a favor da Audi Hungaria <sup>(2)</sup>, para a qual a Comissão remete, caso se pretenda uma descrição mais detalhada do Grupo VW.
- (5) A Autoeuropa está ativa na região de Setúbal desde junho de 1991, produzindo vários modelos de automóveis de passageiros sob a marca VW. A Autoeuropa é uma grande empresa.
- (6) As autoridades portuguesas confirmaram que a Autoeuropa não é uma empresa em dificuldade na aceção das Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade em vigor na altura da notificação <sup>(3)</sup>.

## 2.3. Projeto de investimento

## 2.3.1. Projeto notificado

- (7) O projeto de investimento consiste na introdução de uma nova tecnologia de produção, chamada “Modularer Querbaukasten” (“MQB”), que substitui a produção tradicional baseada em plataformas. Esta nova tecnologia de produção permite uma elevada flexibilidade na produção de modelos de automóveis de passageiros e a obtenção de importantes efeitos de sinergia na sua produção. A Comissão remete para a sua decisão de 13 de julho de 2011 de início da investigação formal sobre os auxílios com finalidade regional a favor da Volkswagen Sachsen <sup>(4)</sup>, para uma descrição mais aprofundada da tecnologia.

<sup>(1)</sup> Auxílio estatal N 727/2006 — Portugal — Mapa dos auxílios estatais com finalidade regional para 2007-2013 (JO C 68 de 24.3.2007), tal como prorrogado até fim de junho de 2014 pelo SA.37471 (2013/N) — Prorrogação até 30 de junho de 2014 do mapa português dos auxílios com finalidade regional 2007-2013 (JO C 50 de 21.2.2014).

<sup>(2)</sup> Processo SA.36754 LIP — HU — Auxílio a AUDI HUNGARIA MOTOR Ltd (ainda não publicado).

<sup>(3)</sup> JO C 244 de 1.10.2004, p. 2.

<sup>(4)</sup> Processo SA.32169 — Alemanha — LIP — Auxílio a favor da Volkswagen Sachsen GmbH, JO C 361 de 10.12.2011.

- (8) O investimento em Pamela permite à Autoeuropa produzir automóveis de passageiros pertencentes a três segmentos diferentes do mercado de automóveis de passageiros definidos de acordo com a classificação da POLK <sup>(5)</sup>, designadamente o segmento A0, o segmento A e o segmento B. Atualmente, a Volkswagen tenciona produzir nas novas linhas de produção um [...] (\*) pertencente ao [...] e um automóvel de passageiros ainda não completamente definido pertencente ao [...] e que deverá suceder ao atual modelo [...] da Autoeuropa baseado numa plataforma PQ. A Volkswagen não excluiu a possibilidade de arrancar com a produção de um automóvel de passageiros pertencente ao segmento B dentro de cinco anos, após a conclusão do investimento. A capacidade global criada pelo investimento ascende a [120 000-170 000] automóveis por ano, dos quais, com base nos atuais planos, uma capacidade de [80 000-100 000] é dedicada à produção do [...] e uma capacidade de [50 000-70 000] é reservada para o modelo do [...].
- (9) O investimento foi iniciado em 26 de junho de 2014, estando prevista a sua conclusão para dezembro de 2018. A produção plena está prevista para o final de 2018.

### 2.3.2. Custos elegíveis

- (10) De acordo com o contrato de investimento e auxílio assinado entre Portugal e a Volkswagen e as informações apresentadas por Portugal de 28 de julho de 2014, o investimento envolve despesas no montante de 672,9 milhões de EUR para equipamento e obras de infraestruturas (construção) a incorrer entre 2014 e 2019 <sup>(6)</sup>. Cerca de um quarto dessas despesas será para equipamento de fornecedores (*vendor tooling*), ou seja, os custos com ativos de capital suportados pela Autoeuropa que não serão utilizados no estabelecimento da Autoeuropa em Palmela, mas sim disponibilizados pela Autoeuropa aos seus fornecedores, para utilização nos estabelecimentos destes últimos, com vista à produção de peças e componentes para a Volkswagen. Esses ativos, embora passem a fazer parte integrante do inventário produtivo dos fornecedores, permanecerão propriedade da Volkswagen.
- (11) As despesas referem-se exclusivamente a novos ativos corpóreos. O quadro *infra* derivado do contrato de investimento apresenta uma repartição das despesas elegíveis previstas por tipo e por ano.

Quadro 1

### Repartição das despesas elegíveis em milhões de EUR — Contrato de investimento

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
<b>Equipamento</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Equipamento de fornecedores</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>TOTAL</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	<b>672,9</b>

- (12) Esta repartição dos custos baseada nas informações constantes do contrato de investimento é diferente da repartição dos custos apresentada na ficha de informações complementares anexa à notificação. Na ficha de informações complementares, as autoridades portuguesas explicaram que os custos totais do investimento foram reduzidos pela VW para [610-635] milhões de EUR, em comparação com os 672,95 milhões de EUR no contrato de investimento. No contrato de investimento, está previsto um custo menor para os investimentos em 2014, sendo mais baixos os custos com equipamento de fornecedores. A repartição resultante da ficha de informações complementares é apresentada no quadro *infra*:

<sup>(5)</sup> A RL Polk & Co. (também referida como POLK) é uma organização integrada a nível mundial e um dos principais fornecedores de informações e análises de mercado na indústria automóvel. Em 16 de julho de 2013, a IHS Inc., a principal fonte a nível mundial de informações e análises críticas, concluiu a sua aquisição da R. L. Polk & Co. Com a aquisição da POLK, a IHS Automotive passa a oferecer perícia e análise preditiva em toda a cadeia de valor da indústria automóvel.

(\*) Segredo comercial.

<sup>(6)</sup> Ver igualmente o considerando 12.

## Quadro 2

## Repartição das despesas elegíveis em milhões de EUR — Ficha de informações complementares

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
<b>Equipamento</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Equipamento de fornecedores</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>TOTAL</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	<b>[610-635]</b>

## 2.4. Base jurídica

- (13) A base jurídica nacional para a concessão do auxílio é o Decreto-Lei n.º 287/2007, de 17 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 65/2009, de 20 de março, que aprova o quadro nacional de incentivos para o investimento empresarial e a Portaria n.º 1464/2007, de 15 de novembro, alterada pela Portaria n.º 1103/2010, de 25 de outubro, que cria e regulamenta o regime de auxílio “Sistema de Incentivos à Inovação”.
- (14) Portugal concedeu o auxílio, sujeito à aprovação da Comissão, em aplicação do seu regime de auxílio “Sistema de Incentivos à Inovação”. Este regime de auxílio foi objeto de isenção por categoria, em aplicação do Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado <sup>(7)</sup> (Regulamento geral de isenção por categoria, “RGIC 2008”), para pedidos de auxílio abaixo do limiar de notificação previsto no seu artigo 6.º. Em 11 de janeiro de 2011, Portugal apresentou as fichas de informação resumidas exigidas em aplicação do artigo 9.º do RGIC 2008. O regime inicial, aplicável até 31 de dezembro de 2013, foi registado pela Comissão como SA.32240 <sup>(8)</sup>. Para a sua prorrogação durante os seis primeiros meses de 2014 não era necessária a apresentação de qualquer ficha de informação resumida, em conformidade com o artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 1224/2013 da Comissão, de 29 de novembro de 2013, que altera o Regulamento (CE) n.º 800/2008 no que se refere ao seu período de aplicação <sup>(9)</sup>.

## 2.5. Projeto de auxílio

- (15) O auxílio foi concedido, sujeito à aprovação da Comissão, por um acordo de auxílio e investimento, assinado em 30 de abril de 2014. As obras relativas ao investimento tiveram início em 26 de junho de 2014, ou seja, após a assinatura do acordo.
- (16) O auxílio é concedido sob forma de um subsídio parcialmente reembolsável. O acordo de investimento refere-se a um subsídio reembolsável de [40-60] milhões de EUR para despesas de investimento (incluindo equipamento de fornecedores) no valor de 672,95 milhões de EUR, que é parcialmente convertido num subsídio não reembolsável se a Volkswagen satisfizer determinados parâmetros contratualmente acordados. A notificação indica que o mais recente planeamento de custos da Volkswagen <sup>(10)</sup> levou a uma ligeira diminuição do montante das despesas de investimento previstas ([610-635] milhões de EUR). Tendo em conta esse montante inferior, o montante de auxílio notificado, bem como a intensidade de auxílio notificada, a preços de 2014, são, respetivamente, de 36,15 milhões de EUR e de 6,03 %. Portugal assume o compromisso de que nem o montante de auxílio notificado nem a intensidade de auxílio notificada serão ultrapassados, se as despesas elegíveis realizadas se desviarem do montante previsto das despesas elegíveis, tal como especificados na notificação e no cálculo do montante máximo de auxílio.
- (17) Portugal confirma que uma contribuição própria isenta de qualquer elemento de auxílio de, pelo menos, 25 % das despesas elegíveis será suportada pela Autoeuropa/Volkswagen a partir dos seus recursos próprios.
- (18) A Autoeuropa/Volkswagen compromete-se a manter os investimentos durante um período mínimo de cinco anos após a sua conclusão.

<sup>(7)</sup> JO L 214 de 9.8.2008, p. 3, prorrogado até 30 de junho de 2014.

<sup>(8)</sup> SA.32240 Sistemas de Incentivos QREN (SI Inovação, SI Qualificação e Internacionalização PME, SII&DT), JO C 110 de 8.4.2011.

<sup>(9)</sup> JO L 320 de 30.11.2013.

<sup>(10)</sup> Ver considerando 12.

## 2.6. Disposições gerais

- (19) As autoridades portuguesas comprometeram-se a apresentar à Comissão:
- no prazo de dois meses, a contar da data de assinatura do contrato entre a autoridade que concede o auxílio e o beneficiário, uma cópia dos atos contratuais pertinentes relativos à medida de auxílio;
  - com uma periodicidade quinquenal, com início na aprovação do auxílio pela Comissão, um relatório intercalar (incluindo informações sobre os montantes de auxílio pagos e quaisquer outros projetos de investimento iniciados no mesmo estabelecimento/unidade de produção);
  - no prazo de seis meses a contar da data de pagamento da última parcela do auxílio, em conformidade com o calendário de pagamentos notificado, um relatório final pormenorizado.

## 3. APRECIACÃO DA MEDIDA DE AUXÍLIO E COMPATIBILIDADE

### 3.1. Existência de auxílio

- (20) O apoio financeiro sob a forma de subsídio reembolsável será concedido pelas autoridades portuguesas e é financiado através do orçamento geral do Estado. O apoio é, por conseguinte, concedido por um Estado-Membro e através de recursos estatais, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.
- (21) Uma vez que o auxílio é concedido a uma única empresa, a Autoeuropa, a medida é seletiva.
- (22) O apoio financeiro será concedido para um investimento no setor automóvel, que é objeto de trocas comerciais intensas entre os Estados-Membros, e irá substituir parcialmente fornecimentos de bens intermédios provenientes de outros Estados-Membros. Por conseguinte, o auxílio afeta as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (23) O favorecimento da Autoeuropa e da sua produção pelas autoridades portuguesas significa que a concorrência é falseada ou ameaça ser falseada.
- (24) Consequentemente, a Comissão considera que a medida notificada constitui um auxílio estatal à Autoeuropa na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

### 3.2. Legalidade da medida de auxílio

- (25) Ao conceder o auxílio sujeito à aprovação da Comissão e ao notificar a medida de auxílio antes de a aplicar, as autoridades portuguesas respeitaram as suas obrigações nos termos do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, uma vez que o RGIC 2008 exige a notificação de um auxílio individual acima de um certo montante. Com efeito, o pacote de auxílios para o projeto de investimento é individualmente notificável na aceção do ponto 68 das Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para o período 2007-2013<sup>(11)</sup> (“OAR 2007-13”) e do RGIC 2008, uma vez que o montante de auxílio previsto de 36,15 milhões de EUR em valor atual excede o limiar de notificação individual de 11,25 milhões de EUR aplicável na região em causa ao abrigo do mapa dos auxílios com finalidade regional aplicável de 2007 a junho de 2014.

### 3.3. Compatibilidade da medida de auxílio

- (26) Uma vez determinado que a medida notificada constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, é necessário examinar se a medida pode ser considerada compatível com o mercado interno.
- (27) As Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para 2014-2020<sup>(12)</sup> (“OAR 2014-20”) preveem que os auxílios com finalidade regional concedidos antes de 1 de julho de 2014 sejam apreciados com base nas OAR 2007-13. Nos termos do ponto 20, alínea d), das OAR 2014-20, entende-se por “data de concessão do auxílio” a data em que o Estado-Membro assumiu o compromisso juridicamente vinculativo de conceder o auxílio e que pode ser invocada perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Dado que o acordo de auxílio e de investimento foi assinado em abril de 2014, sujeito apenas à aprovação da Comissão, a Comissão considera que o auxílio foi concedido antes de julho de 2014, devendo, por conseguinte, ser apreciado à luz das OAR 2007-13, nomeadamente as suas disposições relativas aos auxílios regionais ao investimento a favor de grandes projetos de investimento estabelecidas no ponto 68.

<sup>(11)</sup> JO C 54 de 4.3.2006, p. 13.

<sup>(12)</sup> JO C 209 de 23.7.2013, ponto 188 (“A Comissão aplicará os princípios contidos nas presentes orientações para apreciar a compatibilidade de todos os auxílios com finalidade regional destinados a ser concedidos após 30 de junho de 2014. Os auxílios com finalidade regional concedidos ilegalmente ou destinados a ser concedidos após 31 de dezembro de 2013 e antes de 1 de julho de 2014 serão apreciados em conformidade com as orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para 2007-2013.”).

### 3.3.1. *Compatibilidade com as disposições-quadro das OAR 2007-13*

- (28) O auxílio é concedido para um projeto em Palmela, que é uma zona elegível para auxílios com finalidade regional, em conformidade com o mapa português dos auxílios com finalidade regional aplicável de 2007 a junho de 2014.
- (29) A introdução da nova tecnologia de produção é considerada como uma alteração fundamental do processo de produção de um estabelecimento existente. Além disso, possibilita a diversificação da produção do estabelecimento. Por conseguinte, o projeto de investimento é elegível como projeto de investimento inicial na aceção do ponto 34 das OAR 2007-13.
- (30) As obras relativas ao projeto de investimento tiveram início em 26 de junho de 2014, ou seja, depois de Portugal ter concedido o auxílio em 30 de abril de 2014 em resposta ao pedido de auxílio da Autoeuropa de 31 de março de 2014. Os requisitos formais em matéria de efeito de incentivo estabelecidos no ponto 38 das OAR 2007-13 são, portanto, respeitados.
- (31) As despesas elegíveis do projeto são limitadas aos novos ativos corpóreos (equipamento e edifícios apenas), estando, assim, em conformidade com o disposto no ponto 50 das OAR 2007-2013. No entanto, parte das despesas que excedem [120-150] milhões de EUR, de acordo com a repartição na ficha de informações complementares (ver considerando 12 da presente decisão), ou EUR [170-200] milhões de EUR, em conformidade com o contrato de investimento (ambas em valores correntes), será incorrida com equipamento de fornecedores, ou seja, com investimentos necessários nos locais dos estabelecimentos de fornecedores situados tanto em zonas assistidas como não assistidas<sup>(13)</sup>. A Comissão já manifestou as suas dúvidas quanto à compatibilidade dos auxílios a equipamento de fornecedores na sua decisão de início de procedimento relativa aos auxílios regionais ao investimento que a Eslovénia tencionava conceder a favor de um investimento efetuado pela REVOZ<sup>(14)</sup>.
- (32) Segundo as OAR 2007-2013, por investimento inicial entende-se um investimento em ativos corpóreos e incorpóreos ligados à criação de um novo estabelecimento, à extensão de um estabelecimento existente, à diversificação da produção de um estabelecimento para novos produtos adicionais ou a uma alteração fundamental do processo global de produção de um estabelecimento existente. A Comissão considera, na presente fase, que esta definição não inclui os auxílios ao investimento em equipamento de fornecedores situados num estabelecimento de fornecedor numa região diferente daquela em que o estabelecimento do beneficiário do auxílio está localizado e na qual a contribuição positiva para o desenvolvimento regional deverá ter lugar, nomeadamente porque o investimento em equipamento de fornecedores poderia ser complementar, se não fizer mesmo parte, de um investimento separado e maior no local do fornecedor que poderia beneficiar do auxílio.
- (33) A Autoeuropa/Volkswagen prestará uma contribuição própria, isenta de auxílio, superior a 25 % dos custos de investimento; por conseguinte, o projeto de auxílio está em conformidade com o ponto 39 das OAR 2007-2013.
- (34) A Autoeuropa/Volkswagen compromete-se a manter os investimentos durante um período mínimo de cinco anos após a conclusão do investimento; as disposições do ponto 40 das OAR 2007-2013 são, por conseguinte, cumpridas.
- (35) A despesa elegível notificada inclui custos com equipamento de fornecedores, cuja elegibilidade suscita dúvidas à Comissão. A Comissão não pode, por conseguinte, confirmar que o montante máximo de auxílio notificado, que é calculado tendo em conta as despesas totais de investimento notificadas, não excede o montante máximo suscetível de ser autorizado.
- (36) Além disso, a Comissão observa que a Autoeuropa recebeu auxílios ao investimento para outro projeto de investimento realizado no mesmo local. O início das obras no outro projeto de investimento teve lugar menos de três anos antes do início das obras do presente projeto de investimento. O projeto de investimento destinava-se a inovar e otimizar os processos de produção mediante a realização de investimentos em três domínios de atividade: i) no domínio da tecnologia da informação, ao implementar programas e os sistemas tecnologicamente mais avançados, ii) no domínio da pintura interior e exterior de veículos a motor, ao automatizar o método de aplicação de tinta, iii) no domínio das matrizes para estampagem, responsáveis pela realização de moldes para peças estampadas. Portugal não esclareceu em que medida essas melhorias seriam relevantes se o fabrico baseado em plataformas cessasse e não pudesse ser subsequentemente utilizado pela tecnologia de fabrico MQB.

<sup>(13)</sup> Segundo a cláusula 9.5 do contrato de investimento, o incentivo financeiro para equipamento de fornecedores ficará condicionado à verificação de que os equipamentos colocados pela Autoeuropa nos seus fornecedores permanecem localizados em Portugal.

<sup>(14)</sup> SA.33707 (2011/N) — Eslovénia — LIP — Auxílio com finalidade regional a favor de um grande projeto de investimento da Revoz d.d, decisão de início não publicada por ter sido retirada após o início, decisão de encerramento publicada no JO C 167 de 4.6.2014.

- (37) Com base nas informações facultadas por Portugal até à data, a Comissão não está em condições de formular um parecer definitivo sobre a questão de saber se os dois projetos de investimento constituem um projeto de investimento único na aceção do ponto 68 das OAR. A Comissão irá apreciar a questão de saber se os dois projetos são economicamente indivisíveis na aceção da nota de rodapé 55<sup>(15)</sup> das OAR 2007-2013 no âmbito da investigação formal.
- (38) Uma vez que a Comissão tem dúvidas tanto quanto à elegibilidade da totalidade das despesas incorridas como à necessidade de considerar os dois projetos de investimento como projetos de investimento únicos, para, assim, incluir as despesas incorridas e o auxílio concedido no projeto anterior, a Comissão não está em condições de confirmar se a intensidade de auxílio notificada excede a intensidade máxima de auxílio que pode ser concedida a favor de um grande projeto de investimento, tendo em conta as regras para a redução progressiva da intensidade máxima de auxílio admissível, tal como previsto no ponto 67 das OAR 2007-2013.
- (39) A Comissão conclui que, por todas estas razões, não se encontra em condições para confirmar que a medida de auxílio notificada está em conformidade com os critérios de compatibilidade normalizados estabelecidos nas OAR.

3.3.2. *Aplicação dos limiares para a apreciação aprofundada previstos no ponto 68, alíneas a) e b), das OAR 2007-2013*

- (40) A Comissão só pode aprovar os auxílios de finalidade regional a grandes projetos de investimento abrangidos pelo ponto 68 das OAR 2007-2013 no âmbito do exame preliminar se os limiares fixados nesse ponto e que desencadeiam uma apreciação aprofundada não forem excedidos. Estes limiares são excedidos se o beneficiário do auxílio for responsável por mais de 25 % das vendas do(s) produto(s) em questão no(s) mercado(s) em causa antes do investimento ou vier a ser responsável por mais de 25 % após o investimento [teste do ponto 68, alínea a)]; ou se capacidade de produção criada pelo projeto for superior a 5 % da dimensão do mercado, calculada utilizando os dados relativos ao consumo aparente do produto em causa, exceto se a taxa de crescimento média anual do consumo aparente durante os últimos cinco anos for superior à taxa de crescimento média anual do PIB do Espaço Económico Europeu [teste do ponto 68, alínea b)].
- (41) Sempre que estes limiares forem excedidos, a Comissão efetuará uma verificação circunstanciada, na sequência do início do procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do Tratado, para poder determinar que o auxílio é necessário para proporcionar um efeito de incentivo ao investimento e que os benefícios do auxílio superam a distorção da concorrência resultante e o efeito sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (42) No caso de ser necessária, a apreciação aprofundada será realizada com base na Comunicação da Comissão relativa a critérios para a apreciação aprofundada dos auxílios estatais com finalidade regional a favor de grandes projetos de investimento<sup>(16)</sup> (CAA).
- (43) Para efetuar os testes relevantes previstos no ponto 68, alíneas a) e b), a Comissão tem, em primeiro lugar, de identificar os produtos em causa no investimento e definir adequadamente os mercados do produto e geográfico relevantes.

3.3.2.1. *Produto em causa no projeto de investimento*

*Produto em causa*

- (44) Em conformidade com o ponto 69 das OAR 2007-2013, o produto em causa é normalmente o produto objeto do projeto de investimento.
- (45) Os modelos que serão produzidos com base no investimento são um [...] pertencente ao [...] do mercado de automóveis de passageiros, de acordo com a classificação da POLK, e um modelo não completamente definido do [...]. A flexibilidade de produção oferecida pela tecnologia de produção MQB permite igualmente fabricar veículos automóveis do segmento B. A Autoeuropa não excluiu a possibilidade de essa produção poder ser iniciada no prazo de cinco anos após a conclusão do investimento. Por estas razões, a Comissão considera que, para efeitos do ponto 68 das OAR 2007-2013, os produtos em causa nos projetos de investimento são os automóveis de passageiros dos segmentos de mercado A0, A e B, de acordo com a segmentação da POLK.

*Mercado do produto relevante*

- (46) O ponto 69 das OAR 2007-2013 estipula que o mercado do produto relevante inclui o produto em causa e os seus substitutos, considerados como tal pelo consumidor (devido às características dos produtos, respetivos preços e utilização prevista) ou pelo produtor (através da flexibilidade das instalações de produção).

<sup>(15)</sup> A nota de rodapé 55 das OAR 2007-2013 especifica o seguinte: "Para avaliar se um investimento inicial é economicamente indivisível, a Comissão terá em consideração os aspetos técnicos, funcionais e estratégicos e a proximidade geográfica. A indivisibilidade económica será avaliada independentemente da titularidade da propriedade. Este facto implica que, para determinar se um grande projeto constitui um projeto de investimento único, a avaliação será a mesma independentemente de o projeto ser realizado por uma empresa, por várias empresas que dividam entre si os custos de investimento ou por várias empresas que suportem os custos de investimentos separados no âmbito do mesmo projeto de investimento (por exemplo, no caso de uma empresa comum).".

<sup>(16)</sup> JO C 223 de 16.9.2009, p. 3-10.



- (47) A Comissão reconheceu nas suas decisões relativas a operações de concentração que, embora o mercado automóvel tenha sido tradicionalmente segmentado com base numa série de critérios objetivos, como a cilindrada do motor ou o comprimento do veículo, as fronteiras entre segmentos são diluídas por outros fatores. Estes fatores incluem o preço, a imagem e a quantidade de acessórios extras. Por conseguinte, até ao momento, todas as decisões relativas a operações de concentração deixaram em aberto a questão de saber se, para efeitos da análise da concorrência, o segmento dos automóveis de passageiros deve ser considerado como um mercado de um produto ou deve ser subdividido.
- (48) A Comissão observa que os códigos Prodcom não são pertinentes para uma segmentação adicional neste caso, nomeadamente porque existem demasiadas sobreposições e a classificação não é geralmente utilizada na indústria para avaliar os mercados.
- (49) Podiam ser consideradas várias outras classificações como as utilizadas pela Associação dos Construtores Europeus de Automóveis (ACEA), o Programa europeu de avaliação dos novos modelos de viaturas (NCAP), o Ministério da Energia dos EUA e outros grandes fabricantes de automóveis no seu sítio Web.
- (50) Estas classificações diferem porque são utilizadas para diferentes fins (testes de colisão, por exemplo), devido às diferenças geográficas (no mercado dos EUA predominam os veículos de grandes dimensões) e ao facto de não haver um consenso geral em matéria de classificação.
- (51) Há um certo número de prestadores de serviços que analisam o mercado automóvel. Entre os prestadores geralmente reconhecidos encontram-se a Global Insight e a POLK. A Global Insight, uma empresa de consultoria de prospetiva, propõe uma segmentação limitada dos automóveis de passageiros (27 segmentos). A POLK diferencia o mercado automóvel em função dos segmentos A000, A00, A0, A, B, C, D e E, correspondendo o segmento A000 aos pequenos carros urbanos e o E à categoria de topo de gama de luxo. Do segmento A000 ao E, o preço médio, a dimensão e o desempenho médio do motor dos automóveis de passageiros aumentam gradualmente.
- (52) As autoridades portuguesas escolheram a POLK para efeitos da notificação, porque o grupo Volkswagen efetua todo o seu planeamento estratégico a longo prazo e a análises da concorrência sobre a base conceptual deste fornecedor de dados. A Comissão entende que, na presente fase, em termos gerais, a classificação de mercado da POLK pode ser considerada como referência adequada e suficientemente pormenorizada e aplica esta segmentação para efeitos da apreciação do projeto de auxílio em causa. No entanto, numa série de decisões relativas aos SUV, mais recentemente na sua decisão final relativa aos auxílios com finalidade regional à Porsche<sup>(17)</sup>, a Comissão considerou que a classificação da Global Insight era mais adequada para os SUV. Os SUV pertencentes ao [...] da POLK correspondem ao segmento SUV-B na classificação da Global Insight.
- (53) A Comissão observa ainda que pode haver uma certa possibilidade limitada para uma substituição do lado da procura nas margens de cada segmento, por exemplo, entre os veículos automóveis do segmento A e B ou entre os segmentos de luxo. No entanto, poderá ser difícil argumentar a favor da substituíbilidade do lado da procura de veículos nas extremidades das segmentações possíveis.
- (54) Na perspetiva do lado da oferta, a capacidade de mudar a produção de um segmento para outro que se tornou possível devido à introdução da tecnologia MQB significa que os auxílios podem potencialmente ser sentidos em todos os segmentos em que a Autoeuropa vier a ser capaz de produzir automóveis com base na nova plataforma baseada na tecnologia MQB.
- (55) Na presente fase, para o caso em apreço, a Comissão deixa em aberto a definição exata do mercado do produto relevante e irá considerar todas as definições de mercado alternativas plausíveis (incluindo a segmentação mais limitada para a qual existam dados disponíveis). Esta abordagem está em consonância com as decisões da Comissão relativas aos auxílios estatais SA.30340 (Fiat Powertrain Technologies)<sup>(18)</sup>, SA.32169 (Volkswagen Sachsen)<sup>(19)</sup>, N 767/07 (Ford Craiova)<sup>(20)</sup>, N 635/2008 (Fiat Sicily)<sup>(21)</sup> e N 473/2008 (Ford Espanha)<sup>(22)</sup>.
- (56) No que se refere à subdivisão em segmentos distintos para veículos ligeiros de passageiros (“VLP”) e veículos comerciais ligeiros (“VCL”), a Comissão reconhece que esta segmentação do mercado não está claramente definida, pelo que não é concludente. Os veículos com o mesmo equipamento são classificados como “VLP” em alguns Estados-Membros e como “VCL” noutros; por conseguinte, seria inadequado considerar VLP e VCL como mercados distintos.

<sup>(17)</sup> Decisão de 9.7.2014 no processo SA.34118 (2012/C ex 2011/N) relativo ao auxílio estatal que a Alemanha tenciona conceder a favor da Porsche Leipzig GmbH e Dr. Ing. H.c.F. Porsche Aktiengesellschaft, ainda não publicada.

<sup>(18)</sup> Decisão de 9.2.2011, (C(2011)612) no processo SA.30340, JO C 151 de 21.5.2011, p. 5.

<sup>(19)</sup> Decisão de 13.7.2011 (C(2011)4935) no processo SA.32169, JO C 361 de 10.12.2011, p. 17.

<sup>(20)</sup> Decisão de 30.4.2008 (C(2008)1613) no processo N 767/2007, JO C 238 de 17.9.2008, p. 4.

<sup>(21)</sup> Decisão de 29.4.2009 (C(2009)3051) no processo N 635/2008, JO C 219 de 12.9.2009, p. 3.

<sup>(22)</sup> Decisão de 17.6.2009 (C(2009)4530) no processo N 473/2008, JO C 19 de 26.1.2010, p. 5.

- (57) A Comissão decidiu que, para a realização dos testes do ponto 68 das OAR 2007-2013, os PVC e os VCL não são considerados separadamente na presente decisão, mas são atribuídos aos respetivos segmentos A0, A e B, de acordo com a POLK, e respetivamente ao segmento SUV-B, de acordo com a Global Insight, na sua totalidade.
- (58) Uma vez que a Autoeuropa irá produzir veículos automóveis [...] de acordo com a POLK e poderia também produzir veículos automóveis [...] de acordo com a POLK, a Comissão considera, na presente fase, que estes segmentos individuais e, pelas razões acima expostas, no que respeita aos SUV, também o segmento SUV-B de acordo com a Global Insight, bem como o segmento combinado (A0 a B) de acordo com a POLK, devem ser considerados todos eles como mercados relevantes plausíveis no caso em apreço.

#### 3.3.2.2. Mercado geográfico relevante

- (59) Segundo o ponto 70 das OAR 2007-2013, para efetuar os testes previstos no ponto 68 das OAR, os mercados devem ser normalmente definidos a nível do EEE.
- (60) As autoridades portuguesas e a Autoeuropa aceitam que a Comissão aplique esta definição de mercado geográfico para efeitos da presente decisão.
- (61) Em sintonia com as recentes decisões sobre auxílios estatais para o setor dos veículos automóveis, a Comissão é de opinião que, na perspetiva do lado da oferta, a produção no setor automóvel é pelo menos a nível do EEE.
- (62) Numa perspetiva do cliente, que é relevante sobretudo a nível retalhista, as condições de concorrência melhoraram significativamente na UE, em especial no que respeita aos entraves técnicos e aos sistemas de distribuição. No entanto, as diferenças em matéria de preços e sistemas de tributação são ainda fatores limitativos e as taxas de penetração dos principais concorrentes variam consoante os Estados-Membros e, em particular, com os continentes.
- (63) Tendo em conta o que precede, para efeitos da apreciação do presente caso, a Comissão considera que o mercado geográfico relevante dos produtos em causa é, pelo menos, a nível do EEE. Para efeitos desta análise preliminar, as quotas de mercado dos segmentos de automóveis para o teste do ponto 68, alínea a), são calculadas apenas a nível do EEE.

#### 3.3.2.3. Limiar estabelecido no ponto 68, alínea a), das OAR 2007-2013

##### Quotas de mercado

- (64) Para examinar se o projeto é compatível com o ponto 68, alínea a), das OAR 2007-2013, a Comissão tem de analisar a quota de mercado do beneficiário do auxílio antes e depois da realização do investimento e verificar se a quota de mercado excede 25 %.
- (65) A quota de mercado do beneficiário é apreciada a nível de grupo nos mercados do produto e geográfico relevantes. Uma vez que os novos projetos de investimento da Autoeuropa tiveram início em 2014 e a plena produção deverá ser alcançada no final de 2018, a Comissão irá examinar a quota de mercado do Grupo Volkswagen (incluindo todas as marcas pertencentes ao grupo) nos mercados relevantes entre 2013 e 2019.
- (66) Tendo em conta as diferenças significativas nos custos de produção e os preços dos diferentes automóveis de passageiros e as dificuldades em obter estimativas fiáveis de preços, os dados de volume são comumente utilizados no setor para definir os mercados e as evoluções do mercado. As autoridades portuguesas forneceram os seguintes dados relativos à quota de mercado:

Quadro 3

#### Quotas de mercado do grupo Volkswagen no mercado do EEE

Segmento	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
<b>A0</b>	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
<b>A</b>	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[20-30]%	[20-30]%
<b>B</b>	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
<b>Segmento combinado: A0, A e B</b>	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
<b>SUV-B</b>	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[20-30]%	[20-30]%

- (67) Com base nos números *supra*, as quotas de mercado dos segmentos individuais A e B e nos segmentos combinados A0, A e B (de acordo com a POLK) no EEE excedem o limiar de 25 % em todos os anos considerados.
- (68) Uma vez que o beneficiário do auxílio parece ser responsável por mais de 25 % das vendas do produto em causa no mercado plausível (segmentos individuais A e B, e segmento combinado A0, A e B no EEE), o limiar estabelecido no ponto 68, alínea a), das OAR 2007-2013 é excedido, tendo a Comissão, por força do disposto no ponto 68, de efetuar uma apreciação aprofundada no âmbito de um procedimento formal de investigação.
- (69) Uma vez que o resultado do teste do ponto 68, alínea a), já exige que se proceda a uma apreciação aprofundada do auxílio, não é necessário realizar o teste do ponto 68, alínea b).

#### 3.4. Dúvidas e justificação para a decisão de início do procedimento

- (70) Pelas razões acima enunciadas, a Comissão, após uma apreciação preliminar da medida, tem dúvidas quanto à conformidade do auxílio com as disposições das OAR 2007-2013 relativas às despesas elegíveis, ao montante máximo de auxílio e à intensidade máxima de auxílio, e, consequentemente, quanto à sua compatibilidade com o mercado interno. Além disso, a Comissão observa que os limiares previstos no ponto 68, alínea a), são excedidos.
- (71) Por conseguinte, a Comissão vê-se obrigada a efetuar todas as consultas necessárias e, portanto, a dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do TFUE. Isso dará a terceiros cujos interesses possam ser afetados pela concessão do auxílio a oportunidade de apresentarem observações sobre a medida. Tendo em conta as informações apresentadas pelo Estado-Membro em causa e as fornecidas por terceiros, a Comissão irá apreciar a medida e tomar a sua decisão final.
- (72) Uma vez que o limiar estabelecido no teste do ponto 68, alínea a), é excedido, a Comissão irá proceder a uma apreciação aprofundada do projeto de investimento com base na CAA.
- (73) O Estado-Membro e as partes interessadas são convidados a apresentarem, nas suas observações relativas à decisão de início do procedimento, todas as informações necessárias para efetuar esta avaliação aprofundada e a apresentarem as informações e documentação adequadas, tal como indicado na comunicação.
- (74) Com base nos elementos de prova apresentados no que respeita aos fatores acima referidos, a Comissão irá proceder a um exercício de ponderação entre os efeitos positivos e negativos do auxílio. A avaliação global do impacto do auxílio irá permitir à Comissão adotar uma decisão final e encerrar o procedimento formal de investigação.
- (75) Tendo em conta as considerações precedentes, a Comissão, nos termos do procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do TFUE, solicita a Portugal que apresente as suas observações e que forneça todas as informações que possam ajudar a avaliar a medida de auxílio, no prazo de um mês a contar da data de receção da presente carta. A Comissão solicita às autoridades que encaminhem imediatamente uma cópia desta carta para o potencial beneficiário do auxílio.
- (76) A Comissão lembra a Portugal que o artigo 108.º, n.º 3, do TFUE tem um efeito suspensivo e gostaria de chamar a sua atenção para o artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, que prevê que os auxílios ilegais podem ser objeto de recuperação junto do beneficiário.
- (77) A Comissão comunica a Portugal que informará as partes interessadas através da publicação da presente carta e de um resumo significativo da mesma no *Jornal Oficial da União Europeia*. Informará igualmente as partes interessadas dos países da EFTA signatários do Acordo EEE, mediante a publicação de uma comunicação no suplemento EEE do *Jornal Oficial da União Europeia*, bem como o Órgão de Fiscalização da EFTA, através do envio de uma cópia da presente carta. Todas as partes interessadas serão convidadas a apresentar as suas observações no prazo de um mês a contar da data dessa publicação».

**STATE AID — FRANCE****State aid SA.38644 (2014/C) (ex 2014/NN) — France****Exceptional and temporary support package for restructuring — FagorBrandt****Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union****Text with EEA relevance**

(2014/C 460/06)

By letter dated 16 September 2014, reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified the French Republic of its decision to initiate the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union in respect of the above-mentioned aid measures.

Interested parties may submit their comments on the measures in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter, to:

European Commission  
Directorate-General for Competition  
State Aid Registry  
B-1049 BRUSSELS  
Fax + 32 22961242

These comments will be communicated to France. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments may be requested in writing, stating the reasons for the request.

**TEXT OF SUMMARY**

FagorBrandt, which has been in court-supervised administration since 7 November 2013, and subsequently the company which took over its assets, Electrom SAS, which later became Groupe Brandt SAS, received two loans of EUR 10 million and EUR 47,5 million from the Economic and Social Development Fund (FDES) and a possible write-off of social security and tax debts amounting to EUR 3 million.

As regards the FDES loans, the French authorities take the view that the first FDES loan was granted under market conditions using a loan granted by a private credit institution as a benchmark. They consider that the second loan was granted under market conditions, particularly given the reliability of the Cevital business plan, the size of the investments made by all private-market participants, the rates applied and the value of the collateral used as security.

The French authorities are of the opinion that the possible cancellation of social security and tax debts amounting to EUR 3 million concerns the FagorBrandt group and its subsidiaries. This amount constitutes a debt established during the collective proceedings and it will be dealt with during the liquidation on the same basis as other group debts, without any connection to the activities of the buyers.

At this stage, the Commission has doubts about whether these measures meet the prudent investor test and calls on the French authorities and any interested parties to provide their comments and clarifications on the following points:

- Compliance of the FDES loans and the cancellation of the social security and tax debts with the principles of the prudent investor and/or lender in a market economy (especially in relation to the levels of return and the guarantees for the FDES loans). The Commission would also like the French authorities to provide a complete description and quantification of the cancellation of the social security and tax debts.
- Compatibility of the measures with the 2004 Rescuing and Restructuring Guidelines.
- Reasons for the lack of economic continuity between FagorBrandt and Groupe Brandt SAS.

In accordance with Article 14 of Council Regulation (EC) No 659/1999, any unlawful aid may be subject to recovery from the beneficiary.

## TEXT OF LETTER

«Par la présente, la Commission a l'honneur d'informer la France qu'après avoir examiné les informations fournies par vos autorités sur la mesure citée en objet, elle a décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

## I. PROCÉDURE

- (1) Le 26 novembre 2013, à la suite de divers articles parus dans la presse relatif à une possible intervention des autorités françaises en faveur du groupe FagorBrandt, la Commission leur a envoyé une demande d'information. Par lettre du 13 décembre 2013, les autorités françaises ont répondu qu'un prêt du Fonds de développement économique et social (ci-après "FDES") de 10 millions EUR a été payé en un seul versement en décembre 2013 à la société par actions simplifiée FagorBrandt (ci-après "FagorBrandt").
- (2) Une nouvelle demande d'information a été envoyée le 4 avril 2014, à laquelle les autorités françaises ont répondu par lettres datées des 15 et 28 avril et 13 mai 2014. Celle-ci a été complétée par la demande du 27 juin 2014, à laquelle les autorités françaises ont répondu le 10 juillet 2014.
- (3) À la suite de la proposition de la Commission, une réunion a été organisée avec les autorités françaises le 9 juillet 2014.
- (4) Le premier versement du prêt ayant été décaissé avant le 31 décembre 2013, la Commission a enregistré cette affaire au registre des aides non notifiées.

## II. DESCRIPTION DE LA MESURE

## 2. 1. Description du bénéficiaire et du contexte

- (5) FagorBrandt a pour activité la fabrication d'appareils électro-ménagers, leur commercialisation et leur réparation, l'achat et la vente de pièces détachées pour les appareils électro-ménagers et tous appareils ou matériels électriques et électromécaniques. Le groupe emploie en France environ 1 800 salariés sur quatre sites industriels.
- (6) FagorBrandt, ainsi que d'autres filiales françaises du groupe FagorBrandt, a été déclarée en redressement judiciaire par le jugement du tribunal de commerce de Nanterre en date du 7 novembre 2013. Sa maison mère espagnole et les autres filiales sont également soumises à une procédure collective.
- (7) À l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire a constaté que les prévisions de trésorerie révisées par le cabinet Ernest & Young Advisory le 12 novembre 2013, révélaient que les sociétés seraient confrontées à une impasse de trésorerie d'environ [...] (\*) millions EUR dès le mois de janvier 2014 malgré un carnet de commande d'environ [50-100] millions EUR. Le redémarrage d'une partie des activités de FagorBrandt permettrait de générer des flux de trésorerie positifs et de financer ainsi la poursuite des activités jusqu'au mois de mars 2014, permettant ainsi le report de la date limite de dépôts des offres de reprise.
- (8) À partir du 12 novembre 2013, l'administrateur judiciaire s'est alors rapproché des banques Thémis et [...], spécialisées dans le financement des entreprises en redressement judiciaire, pour l'obtention de 10 millions EUR de prêts. La banque Thémis a accepté le 17 novembre 2013 d'octroyer un prêt de 5 millions EUR à FagorBrandt, sous condition que la banque [...] s'engage dans les mêmes conditions et que l'État octroie un prêt du même montant à FagorBrandt. Le 18 novembre 2013, la banque [...] a refusé l'octroi d'un prêt de 5 millions EUR considérant insuffisantes les garanties apportées, en particulier le gage sur le stock de pièces détachées. L'administrateur a sollicité un troisième établissement financier, la banque [...], qui a refusé le 19 novembre d'octroyer le prêt. La banque Thémis excluant de s'exposer au-delà de 5 millions EUR, l'administrateur judiciaire a alors fait appel au Comité interministériel pour la restructuration industrielle (ci-après "CIRI").
- (9) Concomitamment, FagorBrandt a obtenu, par jugement du Tribunal de commerce du 21 novembre 2013, la restructuration d'un financement de [0-50] millions EUR auprès d'un pool bancaire<sup>(1)</sup>, a été autorisée à régler aux créanciers titulaires d'un gage sur les stocks de produits finis une somme correspondant à 50 % de la valeur des marchandises au fur et à mesure de leur libération et à emprunter dans la limite de 15 millions EUR avec octroi de sûretés et avec le bénéfice du privilège prévu à l'article L.622-17 du code de commerce<sup>(2)</sup>. Cette limite de 15 millions EUR a été autorisée compte tenu de la capacité de remboursement de l'entreprise expertisée par le cabinet Ernst&Young Advisory.

(\*) Informations confidentielles.

(1) Société Générale, Natixis, CACIB, Arkea et BBVA.

(2) "I.- Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance.

II.- Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code".

- (10) La limite de 15 millions EUR s'est donc traduite par la souscription de deux emprunts, un emprunt de 5 millions EUR auprès de la banque Thémis sous la forme d'un crédit de campagne <sup>(3)</sup>, et un prêt de 10 millions EUR auprès du FDES (voir les conditions de ce prêt au paragraphe 2.2. ci-dessous).
- (11) Le crédit de campagne de 5 millions EUR auprès de la banque Thémis a été souscrit dans les conditions suivantes:
- un taux égal à Eonia + [400-600] points de base;
  - un amortissement mensuel et linéaire avec remboursement d'1 million EUR fin décembre 2013, 1 million EUR fin janvier 2014, 1 million EUR fin février et 2 millions EUR fin mars 2014;
  - une garantie par le privilège de l'article L.622-17 du code de commerce et par:
    - i) Un gage sur stocks de produits finis avec dépossession pour un stock plancher de 5 millions EUR jusqu'à fin décembre 2013, de 4 millions EUR jusqu'à fin février 2014 et de 3 millions EUR à fin mars 2014;
    - ii) Un gage sur stock de pièces détachées (valeur brute de [15-20] millions EUR) sans dépossession;
    - iii) Le nantissement de premier rang du compte de garantie Eurofactor.
- (12) Le prêt FDES a été consenti à Fagor Brandt le 29 novembre 2013 dans le cadre de la convention datée du même jour. Les conditions de ce prêt sont décrites au paragraphe 2.2. ci-dessous.
- (13) À la suite de l'octroi de ces prêts, une offre initiale a été déposée le 17 janvier 2014 par la société de droit algérien Cevital, active dans les secteurs de l'agroalimentaire, des services, de l'industrie et de la distribution. Le groupe Cevital emploie plus de 13 000 salariés pour un chiffre d'affaires consolidé de 2,4 milliards EUR en 2013. Son projet de reprise porte sur la reprise des actifs de FagorBrandt via Exagon, filiale du groupe Cevital, par la création d'une nouvelle société, Groupe Brandt SAS, (ci-après "Brandt"). L'offre initiale prévoyait un apport en financement de Cevital de [10-50] millions EUR avec l'ouverture d'une ligne de crédit court terme et l'obtention d'une ligne de crédit moyen/long terme sans intervention de l'État et des banques.
- (14) Par la suite, plusieurs offres successives de reprise ont été présentées par Cevital et Exagon jusqu'à l'offre ferme datée du 8 avril 2014 et validée par le tribunal de commerce de Nanterre par le jugement du 15 avril 2014. L'offre de Cevital était conditionnée notamment à l'obtention des financements nécessaires à la mise en œuvre du plan de reprise.
- (15) Le financement nécessaire au rachat des actifs de Brandt et à la reprise de l'exploitation s'élevait à 207,5 millions EUR et se décompose de la façon:
- i) Contribution de Cevital à Electrom SAS (ci-après "Electrom"): [20-80] millions EUR ([...] millions EUR sous forme d'injection de capital et [...] millions EUR en compte courant, bloqué, subordonné en termes d'exigibilité aux financements bancaires et à la participation du FDES);
  - ii) Contribution de Natixis et Société générale: [90-150] millions au total au bénéfice d'Electrom. Chaque établissement financier met en place:
    - un prêt court terme sous la forme d'un contrat d'affacturage pour [20-60] millions EUR et d'un crédit de [5-20] millions EUR garanti par le stock de produits finis (selon les modalités similaires à celles préexistantes sur FagorBrandt avant le placement en redressement judiciaire);
    - un prêt moyen terme de [0-15] millions EUR réparti en deux branches: tranche A pour [30-50]% ([0-5] millions EUR) et tranche B pour [50-80]% ([5-12] millions EUR). Ce financement est identique aux tranches A et B du FDES.
  - iii) Prêt FDES de 47,5 millions EUR à Electrom, réparti en trois tranches d'un montant respectif de 11,2 millions EUR pour la tranche A, 23,8 millions EUR pour la tranche B et 12,5 millions pour la tranche C.
- (16) L'engagement de Cevital était conditionné à l'obtention des financements nécessaires la mise en œuvre du plan de reprise. Cette condition suspensive a été levée par l'arrêté du 10 avril 2014 relatif au versement du prêt FDES à Electrom, devenue par la suite Brandt. Par la convention du 24 avril 2014, l'État a consenti le prêt FDES de 47,5 millions EUR à Brandt, anciennement dénommé Electrom, qui semble ainsi avoir été remplacé par Brandt en tant que bénéficiaire effectif.
- (17) Par jugement du 15 avril 2014, le tribunal de commerce de Nanterre a ordonné la cession au prix de 550 000 EUR d'une partie des actifs de FagorBrandt au profit de Cevital et Exagon, a ordonné la cession au prix de 150 002 EUR des activités de sous-traitance de plasturgie, maintenance générale et outillage et métrologie exploitées sur le site d'Aizenay de FagorBrandt au profit de la société Variance Technologies et la cession des activités et des actifs dépendant du site de FagorBrandt à la Roche-sur-Yon au profit de Monsieur Pierre Jullien au prix de 1,50 EUR hors stocks.

<sup>(3)</sup> Le crédit de campagne est un crédit professionnel à court terme qui répond aux besoins nés d'une activité périodique et donc, du caractère saisonnier des achats et de la fabrication, ou, des ventes des entreprises.

- (18) Les repreneurs Cevital et Exagon prévoient d'accueillir les activités des sociétés du groupe Fagor au sein d'une filiale dont le capital serait détenu à 100 % par Exagon.

## 2. 2. Description des mesures

### *Le prêt de 10 millions EUR*

- (19) La première mesure consiste en un prêt de 10 millions EUR auprès de l'État au titre du FDES. L'octroi de ce prêt a été formalisé par l'arrêté du 25 novembre 2013 du ministre de l'économie et des finances.
- (20) Le taux de ce prêt a été fixé au taux de l'Eonia + [400-600] points de base.
- (21) Le prêt se divise en deux tranches:
- une tranche A de 5 millions EUR amortissable et garantie avec les mêmes sûretés que le prêt Thémis;
  - une tranche B de 5 millions EUR amortissable *in fine* à fin mars 2014 bénéficiant:
    - *pari passu* avec la Tranche A et la banque Thémis pour son prêt de 5 millions EUR, d'un gage sans dépossession sur stock de pièces détachées, en premier rang et d'un nantissement de la créance en restitution détenue sur Eurofactor au titre du compte de garantie, aussi en premier rang;
    - d'un nantissement de second rang du produit de cession d'un bien immobilier situé à Lyon faisant l'objet d'une promesse de vente pour un montant de [5-15] millions EUR.
- (22) Ce prêt a été mis en place par Natixis pour le compte de l'État dans le cadre de la convention du 29 novembre 2013.
- (23) La tranche A du prêt a été remboursée en totalité conformément aux échéances prévues par le contrat de prêt, à savoir le 31 décembre 2013, le 31 janvier 2014, le 28 février 2014 et le solde au 31 mars 2014.
- (24) Le remboursement de la tranche B devait avoir lieu le 31 mars 2014 au plus tard par un versement unique de 5 millions EUR. Par courrier du 27 mars 2014, l'administrateur judiciaire a sollicité le report du paiement de la tranche B au 30 avril 2014 car son paiement aurait entraîné une trésorerie négative de [0-5] millions EUR à la fin du mois de mars 2014. Cette situation aurait conduit au prononcé de la liquidation de l'entreprise par le Tribunal. L'État a accepté le report de l'exigibilité de cette échéance d'un mois, soit au 30 avril 2014. Les autorités françaises ont confirmé que le solde du prêt, soit 3,5 millions EUR, a été remboursé le 25 avril 2014.

### *Le prêt de 47,5 millions EUR*

- (25) La deuxième mesure consiste en un prêt de 47,5 millions EUR auprès de l'État au titre du FDES. L'octroi de ce prêt a été formalisé par l'arrêté du 10 avril 2014 du ministre de l'économie et des finances au bénéfice d'Electrom. Le prêt devrait être utilisé pour faire face aux besoins de trésorerie et au financement des actifs repris.
- (26) Ce prêt est constitué de trois tranches d'un montant respectif de 11,2 million EUR (tranche A), 23,8 millions EUR (tranche B) et 12,5 millions EUR (tranche C). Le prêt devra être remboursé dans les conditions suivantes: la tranche A, le 31 octobre 2015; la tranche B, en 14 versements trimestriels égaux, le premier à intervenir le 31 janvier 2015, le dernier, le 30 avril 2028; la tranche C, en 3 versements égaux, le 30 avril 2015, le 30 avril 2016 et le 30 avril 2017.
- (27) Le taux d'intérêt retenu est celui de l'EURIBOR majoré de 3 % l'an pour la tranche A, majoré de 3,5 % l'an pour la tranche B, majoré de 4,25 % l'an pour la tranche C.
- (28) Selon les autorités françaises, le prêt FDES est garanti par de sûretés d'un montant total de 150 millions EUR. L'État bénéficie de sûretés consenties par la société emprunteuse Brandt (nantissement des comptes-titres Brandt France, nantissement des avances Brandt Groupe) et de sûretés consenties par Exagon SAS (cautionnement Exagon, nantissement des comptes titres Brandt Groupe, nantissement avances Exagon). Le prêt FDES bénéficie également de promesses des garanties suivantes: nantissements des marques et brevets, nantissement contrat de licence de [...], nantissement des dividendes futurs versés par [...] à partir de 2017 et hypothèques sur les immeubles de Cergy, Orléans et Vendôme. L'ensemble des sûretés garantit les concours de la Société générale et de Natixis. Les sûretés viennent en premier rang *pari passu* avec les investisseurs privés pour les tranches A et B des 3 concours moyen terme et en second rang pour la tranche C du prêt FDES. En contrepartie, la maturité de la tranche C est plus courte, la rémunération plus élevée et la première échéance prioritaire en remboursement anticipé.
- (29) Les tranches B et C du prêt d'un montant total de 36,3 millions EUR ont été versées le 28 avril 2014. La tranche A d'un montant de 11,2 millions EUR a été versée le 4 juillet 2014.

### *Dettes fiscales et sociales*

- (30) Dans la note du 23 avril 2014, les autorités françaises ont évoqué brièvement l'éventuel abandon de 3 millions EUR de créances sociales et fiscales auprès de FagorBrandt.

(31) À ce stade de la procédure, la Commission ne dispose pas d'information plus détaillées.

### 2. 3. **Appréciation des autorités françaises**

(32) S'agissant des prêts FDES, les autorités françaises considèrent que le premier prêt FDES a été octroyé selon des conditions de marché avec comme référence un prêt réalisé par un établissement de crédit privé. Elles s'appuient notamment sur la présence concomitante et les conditions du prêt de la banque Thémis décrit au considérant 11 ci-dessus. En ce qui concerne le deuxième prêt, elles considèrent que le prêt a été octroyé à des conditions de marché au vu notamment de la fiabilité du plan d'affaires de Cevital, de l'importance des investissements réalisés par l'ensemble des acteurs privés du marché, des taux appliqués et de la valeur des sûretés prises en garantie.

(33) S'agissant de la remise éventuelle des 3 millions EUR de dettes fiscales et sociales, les autorités françaises considèrent qu'elle concerne le groupe FagorBrandt et ses filiales. Cette somme constitue une dette créée pendant la procédure collective dont le traitement sera assuré dans le cadre de la liquidation au même titre que les autres dettes du groupe, sans lien avec l'activité des repreneurs.

## III. APPRÉCIATION DES MESURES

### 3. 1. **Évaluation de la présence d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE**

(34) La Commission doit examiner si les mesures sous examen sont susceptibles de constituer une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

(35) Selon l'article 107, paragraphe 1, TFUE, sont "incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions".

(36) Sur la base de cette disposition, telle que interprétée par la jurisprudence de l'Union, la qualification d'une mesure nationale en tant qu'aide d'État suppose que les conditions cumulatives suivantes soient remplies, à savoir: (i) que la mesure en question confère un avantage économique à son bénéficiaire (ii) que cet avantage ait une origine étatique (iii) que cet avantage soit sélectif et (iv) que la mesure en cause fausse ou menace de fausser la concurrence et soit susceptible d'affecter les échanges entre États membres.

#### 3. 1. 1. **Présence de ressources d'État et critère de l'imputabilité**

(37) Les mesures constituent des prêts octroyés par le FDES par arrêté du ministère de l'économie et des finances et dont l'exécution est confiée au directeur général du Trésor. La loi de finances 2014 a doté le FDES d'un budget de 300 millions EUR. Il est utile de préciser que le FDES, dotée d'une personnalité juridique différente de celle de l'État, ne peut être assimilée à un fonds géré avec une obligation d'équilibre financier entre les remboursements en capital et leur utilisation pour de nouvelles interventions. Les prêts du FDES sont réalisés à travers un compte spécial du Trésor et ces derniers constituent les dépenses du compte. Les intérêts des prêts abondent quant à eux le budget général de l'État. La doctrine d'emploi du FDES s'appuie toujours sur la circulaire du 26 novembre 2004<sup>(4)</sup> relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, mais cible plus particulièrement les entreprises de taille intermédiaire<sup>(5)</sup> souvent en procédure collective. L'octroi des prêts FDES fait toujours l'objet d'un examen au cas par cas. Ils ne font pas l'objet d'une attribution automatique en fonction de critères précédemment établis.

(38) L'abandon de créances fiscales et sociales constitue par nature des ressources publiques. Elles impliquent une renonciation de recettes par l'État et ont donc un impact direct sur son budget.

(39) En conséquence, la Commission conclut à ce stade de la procédure que les mesures sous examen impliquent des ressources d'État et sont imputables à l'État.

#### 3. 1. 2. **Critère de la sélectivité**

(40) La condition relative à la sélectivité est aussi remplie. La Commission constate que les mesures sous examen ont été octroyées en faveur de FagorBrandt et de la société bénéficiaire de la reprise des actifs de FagorBrandt, la société Brandt Groupe anciennement dénommée Electrom.

#### 3. 1. 3. **Présence d'un avantage économique**

(41) Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1 du TFUE, il y a lieu de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché<sup>(6)</sup>.

<sup>(4)</sup> JORF du 1.12.2004.

<sup>(5)</sup> D'après la définition retenue par l'Institut national de la statistique et des études économiques, une entreprise de taille intermédiaire est une entreprise qui a entre 250 et 4 999 salariés, et soit un chiffre d'affaires n'excédant pas 1,5 milliard EUR, soit un total de bilan n'excédant pas 2 milliards EUR. Une entreprise qui a moins de 250 salariés, mais plus de 50 millions EUR de chiffre d'affaires et plus de 43 millions EUR de total de bilan est aussi considérée comme une entreprise de taille intermédiaire.

<sup>(6)</sup> Affaire C-256/97 DMT Rec. P. I-3913, point 22.



- (42) Les autorités françaises considèrent que les prêts accordés à Fagor Brandt et Electrom ne constituent pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1 du TFUE. Selon elles, les prêts ont été octroyés à des conditions de marché avec comme référence un prêt réalisé par un établissement de crédit privé.
- (43) Il semble cependant que l'octroi des deux prêts FDES et la remise des dettes financières et sociales au bénéfice de FagorBrandt et d'Electrom lui permettent d'obtenir un avantage que la société n'aurait pas obtenu d'un créancier privé placé dans les mêmes conditions.

*Le prêt de 10 millions EUR*

- (44) S'agissant de l'octroi du premier prêt, la Commission observe que seule la tranche A du prêt FDES est garantie par les mêmes sûretés que le prêt octroyé par la banque Thémis. Par conséquent, la Commission note que la tranche B ne disposait pas des mêmes sûretés alors que le taux d'intérêt est le même. Par ailleurs, il ressort des informations produites par les autorités françaises que les prêteurs privés n'acceptaient de s'engager qu'à hauteur de 5 millions EUR (voir considérant 8). Par conséquent, la tranche B du prêt FDES et les risques correspondants courus par l'État semblent conférer un avantage à FagorBrandt puisque plusieurs créanciers privés pourtant spécialisés dans le financement d'entreprises en procédure collective, ont refusé d'accorder un financement à FagorBrandt supérieur à 5 millions EUR aux conditions données et ont considéré que les garanties correspondantes étaient insuffisantes par rapport aux risques. Étant donné que la tranche B du prêt bénéficiait de sûretés plus faibles, elle impliquait un risque plus important pour le FDES. Dans des conditions normales de marché, le FDES aurait donc dû demander un taux d'intérêt plus élevé.
- (45) La Commission en conclut à ce stade que la tranche B du prêt FDES comporte un avantage que n'aurait pas consenti un prêteur privé avisé.

*Le prêt de 47,5 millions EUR*

- (46) S'agissant de l'octroi du deuxième prêt FDES, le principe de son octroi a été acté par l'arrêté du 10 avril 2014 du Ministère de l'Économie et des Finances. Auparavant, l'État a accepté de reporter d'un mois, la date de remboursement de la tranche B du premier prêt, initialement prévue au 31 mars 2014. En l'absence de ce report, FagorBrandt aurait été déclaré en liquidation judiciaire.
- (47) La Commission s'interroge sur la conformité de l'octroi de ce nouveau prêt à Brandt au principe du créancier privé. En ce qui concerne les garanties, les autorités françaises considèrent que le prêt FDES est garanti par des sûretés d'un montant de 150 millions EUR. Ces sûretés couvrent les tranches A et B du prêt au même temps que les prêts des banques Société Générale et Natixis.
- (48) La Commission note cependant que les autorités françaises n'ont produit aucune information sur l'estimation de la valeur des sûretés. À ce stade, elle n'a pas eu connaissance de la méthode utilisée pour leur évaluation (valeur nette comptable, valeur de marché ou autres...). Par ailleurs, la Commission note que ces sûretés ne sont utilisées par les établissements bancaires Société Générale et Natixis que pour leur financement à moyen terme de [0-15] millions chacune, soit un total de [0-30] millions EUR alors que le prêt FDES s'élève à 47,5 millions EUR.
- (49) S'agissant des taux d'intérêt du prêt, celui-ci est rémunéré à des taux différents selon les tranches (voir considérant 27). À titre indicatif, si l'on applique la Communication de la Commission relative à la révision de la méthode de calcul des taux de référence et d'actualisation<sup>(7)</sup> (ci-après "la Communication"), le taux retenu devrait être au minimum de 0,53 % (taux de base de la France entre janvier et juillet 2014) auquel s'ajoutent entre 650 et 1 000 points de base (entreprise notée CCC), selon la valeur donnée aux sûretés, soit un taux minimum compris entre 7,03 % et 10,53 %. La Commission considère que la méthode utilisée par la Communication ne sert que d'indicateur pour l'évaluation d'un taux de marché. La communication sur les taux de référence ne saurait donc lier la Commission dans son application du principe de l'opérateur privé en économie de marché, notamment dans les cas où des données réelles de marché sont disponibles qui sont manifestement différentes de celles résultant de la méthodologie énoncée dans ladite communication.
- (50) Par conséquent, une approche alternative à la méthodologie décrite dans la Communication et plus axée sur le marché a également été envisagée par la Commission. Selon cette approche, un prêt peut être considéré comme ne constituant pas une aide s'il est rémunéré à un taux égal ou plus élevé que le taux de référence défini par un taux de base<sup>(8)</sup> majoré d'une prime de risque et des frais au bénéfice du prêteur. La méthodologie basée sur les données Bloomberg et Capital IQ aboutit à des taux supérieurs. Ce calcul a été obtenu sur la base d'un taux de swap EUR de 20 ans et de CDS de sociétés avec une notation dans la catégorie CCC à la date de l'octroi du prêt. L'échantillon retenu est composé de 9 exemples de sociétés avec des échantillons de spreads dont la maturité varie en fonction de celle des trois tranches du prêt. La formule suivante a été appliquée: taux de base + marge de risque + frais et aboutit au résultat suivant:

<sup>(7)</sup> JO C 14 du 19.1.2008, p. 6.

<sup>(8)</sup> Le taux de base reflète la référence avec laquelle les investisseurs mesurent le coût de leur financement.

Tranche A:  $0,43 \%^{(9)} + 12,51 \% + 0,2 \% = 13,14 \%$

Tranche B:  $0,56 \% + 17,01 \% + 0,2 \% = 17,77 \%$

Tranche C:  $0,49 \% + 15,89 \% + 0,2 \% = 16,85 \%$

- (51) Il apparaît donc à ce stade, que la rémunération du prêt FDES pourrait être insuffisante pour rémunérer le risque encouru, sans que, par ailleurs, il apparaisse que les prêteurs privés prennent des risques et acceptent une rémunération équivalents, mutatis mutandis.
- (52) Par conséquent, la Commission considère à ce stade que les conditions du prêt FDES seraient susceptibles de constituer un avantage en faveur d'Electrom.
- (53) La Commission invite par conséquent les autorités françaises à produire leurs observations, y compris sur les méthodologies suivies, ainsi que sur toute autre méthodologie proposée par ces dernières, tout comme sur la comparabilité de la rémunération et des risques entre les différents prêts.

#### *Dettes fiscales et sociales*

- (54) Dans la note du 10 juillet 2014, les autorités françaises considèrent que la remise éventuelle des 3 millions EUR de dettes fiscales et sociales concernent le groupe FagorBrandt et ses filiales. Ils constituent une dette créée pendant la procédure collective dont le traitement sera assuré dans le cadre de la liquidation au même titre que les autres dettes du groupe, sans lien avec l'activité des trois repreneurs.
- (55) La Commission considère au contraire que la remise de ces dettes pourrait être considérée comme un abandon de créances publiques et entraîné l'octroi d'un avantage au bénéfice du groupe FagorBrandt en lui permettant d'alléger ses charges. Si une entreprise est déchargée par l'État de tels coûts, ceci constitue donc un avantage pour elle.
- (56) Par conséquent, la Commission invite les autorités françaises à présenter leurs observations sur la qualification d'aide de cette mesure.

#### **3. 1. 4. Affectation de la concurrence et des échanges entre États membres**

- (57) Les mesures favorisent FagorBrandt en lui fournissant des ressources additionnelles et en lui évitant de cesser ses activités. Elles lui permettent en effet de conserver une position concurrentielle plus forte que celle qu'elle aurait eue en l'absence d'aide. Elles menacent donc de fausser la concurrence entre producteurs de gros électroménager.
- (58) Par ailleurs, le marché du gros électroménager est caractérisé par des échanges commerciaux importants entre les États membres. Par conséquent, l'avantage accordé par les mesures sous examen à une entreprise active sur un marché ouvert à la concurrence est présumé fausser la concurrence et de nature à affecter les échanges entre États membres.

#### *Conclusion quant à la présence d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE*

- (59) À ce stade, la Commission conclut que l'ensemble des mesures sous examen, semble constituer des aides au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

#### **3. 2. Évaluation de la compatibilité des aides avec le marché intérieur**

- (60) L'interdiction des aides d'État prévue à l'article 107, paragraphe 1, TFUE n'est ni absolue, ni inconditionnelle. En particulier, les paragraphes 2 et 3 de l'article 107 du TFUE constituent des bases juridiques permettant de considérer certaines aides comme compatibles avec le marché intérieur. En l'espèce, la Commission considère que les aides, à les supposer établies de façon définitive, auraient été octroyées dans le but de restaurer la viabilité à long terme d'une entreprise en difficulté. Par conséquent, il convient notamment d'analyser si les mesures sous examen pourraient être considérées comme compatibles sur la base de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, en application des critères indiqués dans les lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté<sup>(10)</sup> (ci-après les "Lignes directrices de 2004").
- (61) Malgré l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2014 des nouvelles Lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, les mesures en l'espèce seront analysées à l'aune des Lignes directrices de 2004 car elles ont été octroyées antérieurement à la publication des nouvelles Lignes directrices au journal officiel de l'Union européenne, advenue le 31 juillet 2014<sup>(11)</sup>.

<sup>(9)</sup> Spread provenant du second quartile des données CDS.

<sup>(10)</sup> JO C 244 du 1.10.2004, p. 2.

<sup>(11)</sup> JO C 249 du 31.7.2014, p. 1. points 136 à 138.

- (62) Par conséquent, il convient d'analyser si les mesures sous examen pourraient être considérées comme compatibles sur la base de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, en application des critères indiqués dans les Lignes directrices de 2004.
- (63) Les autorités françaises n'ont pas présenté des observations à cet égard. En effet, considérant que les prêts accordés à Fagor Brandt et la remise de 3 millions EUR de dettes fiscales et sociales ne constituent pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1 du TFUE, les autorités françaises estiment qu'il n'y a pas lieu de vérifier leur conformité aux principes énoncés par les Lignes directrices de 2004.

### 3. 2. 1 **Egibilité: entreprise en difficulté**

- (64) Pour bénéficier d'aides au sauvetage et à la restructuration, l'entreprise doit, en premier lieu, pouvoir être considérée comme une entreprise en difficulté, telle que définie à la section 2.1 des lignes directrices de 2004.
- (65) Fagor Brandt peut être considérée comme étant en difficulté au sens des lignes directrices de 2004 au motif qu'elle remplit les conditions de soumission à une procédure collective d'insolvabilité (voir paragraphe 10, sous c), des lignes directrices de 2004. En effet, comme il a été précédemment indiqué au considérant 5, Fagor Brandt a été placée en redressement judiciaire le 7 novembre 2013 par le Tribunal de commerce de Nanterre.
- (66) Par ailleurs, s'agissant des conditions figurant au paragraphe 13 des lignes directrices, à savoir que, bien qu'appartenant au groupe Fagor, les difficultés de Fagor Brandt lui sont spécifiques, la Commission n'est pas en mesure, à ce stade de la procédure, d'en vérifier la compatibilité.
- (67) Enfin, s'agissant de Brandt Groupe SAS créée le 15 janvier 2014, le paragraphe 12 des Lignes directrices de 2004 précise qu'une entreprise nouvellement créée ne peut bénéficier d'aides au sauvetage ou à la restructuration. Tel est le cas lorsqu'une nouvelle entreprise, naît de la liquidation d'une entreprise préexistante ou de la reprise de ses seuls actifs. Or en l'espèce, la Commission s'interroge sur la qualification d'entreprise nouvelle d'une société qui rachète un périmètre d'actifs relativement étendu d'une entreprise en difficulté pour effectuer apparemment la même activité.
- (68) La Commission invite donc les autorités françaises à commenter ces points et à produire toute information nécessaire à son analyse.

### 3.2.2. **Sur le retour de la viabilité à long terme, sur la prévention de toute distorsion excessive de la concurrence et sur la limitation de l'aide au minimum contribution réelle, exempte d'aide**

- (69) En raison de leur analyse non aide, les autorités françaises n'ont pas vérifié la conformité des mesures sous examen aux Lignes directrices de 2004.
- (70) Par conséquent, la Commission constate que, à ce stade de la procédure, les autorités françaises n'ont produit aucune analyse de la compatibilité de mesures sous examen. Les autorités françaises ont produit un plan d'affaires sur les exercices 2014-2016 susceptibles de donner des indications sur le retour à la viabilité mais ce dernier ne constitue pas un plan de restructuration. Il ne comporte pas notamment les éléments exigés aux points 35 et 36 des Lignes directrices de 2004 (étude de marché, description des circonstances qui ont entraîné les difficultés de l'entreprise, scénarios traduisant des hypothèses optimistes, pessimistes et médianes...).

### 3. 2. 3. **Sur le principe de non-réurrence**

- (71) La Commission a des doutes concernant le respect du principe de non-réurrence énoncé à la section 3.3. des Lignes directrices de 2004. Ce principe a pour objectif d'éviter les interventions répétées de l'État. Or, Fagor Brandt a déjà bénéficié d'une aide à la restructuration en 2008<sup>(12)</sup>. Par conséquent, l'entreprise ne peut pas, a priori, bénéficier d'une nouvelle aide au sauvetage ou à la restructuration avant 2018. La Commission précise que la modification du statut de propriété de l'entreprise bénéficiaire, à la suite de l'octroi de l'aide ne remet pas en cause cette règle, puisqu'il s'agit de la continuation d'une même entreprise. Le principe de la continuité de l'entreprise est examiné au paragraphe 3.3. ci-dessous.
- (72) Par conséquent, la Commission invite les autorités françaises à commenter ce point des Lignes directrices de 2004.

### 3. 3 **Sur le principe de la continuité économique**

- (73) La Commission souhaiterait attirer l'attention des autorités françaises sur les conséquences d'une éventuelle décision finale d'incompatibilité et notamment sur la possibilité d'étendre la récupération à une autre entité, qui a repris et continué l'activité économique du bénéficiaire des aides.

<sup>(12)</sup> JO L 166 du 18 juin 2013, p. 1.

- (74) La Commission rappelle que, d'après une jurisprudence constante, l'obligation de supprimer une aide incompatible avec le marché commun qu'impose à un État membre une décision de la Commission vise au rétablissement de la situation antérieure. Cet objectif est atteint lorsque le bénéficiaire a restitué ladite aide et perdu ainsi l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents<sup>(13)</sup>. Toujours d'après la jurisprudence, l'obligation de récupération peut être étendue à une nouvelle société à laquelle la société en question a transféré une partie de ses actifs, lorsque ce transfert permet de constater une continuité économique entre les deux sociétés<sup>(14)</sup>. En effet, il ne saurait être exclu que l'obligation de récupération soit étendue à une autre entité, dès lors qu'il serait établi que celle-ci a la jouissance effective des aides concernées à cause d'une continuité économique entre les deux entités. Si tel était le cas, les repreneurs des activités des bénéficiaires (à savoir Cevital et Exagon, Variance Technologies, Pierre Julien) devraient alors aussi rembourser les aides considérées comme incompatibles (pour autant que ces aides ne puissent pas être récupérées auprès des bénéficiaires). La Commission ajoute que le principe de l'extension de l'obligation de remboursement devra cependant être analysé à l'aune du périmètre de chacune des trois cessions.
- (75) L'offre de Cevital et Exagon porte sur la totalité des éléments d'actifs incorporels et corporels appartenant aux sociétés Fagor France, Fagor Brandt, Brandt, Brandt Appliances, Fagor Electroménager et Brandt Customer Services. Les actifs corporels se trouvant sur les sites de La Roche-sur-Yon, Aizenay et Lyon, ne sont repris que partiellement par les trois repreneurs. L'offre de Cevital et Exagon prévoit également la reprise des titres composant le capital de la société Brandt Asia Pte détenue par Fagor France, la reprise des titres de participation détenus par la société Fagor France dans le capital des sociétés Agora et Eco Systèmes. Cevital et Exagon se portent également acquéreurs des biens immobiliers, propriété de FagorBrandt, des sites d'Orléans, Vendôme, et du bien immobilier propriété de Brandt Customer Services, dit site de Cergy. L'offre concerne également la reprise des stocks de produits finis, semi finis, encours de production, matières premières et pièces détachées, à l'exception des stocks physiquement présents sur le site de La Roche-sur-Yon. Le repreneur envisage également la reprise d'un certain nombre des contrats fournisseurs. Enfin, l'offre propose la reprise de 1 225 postes de travail sur 1 800.
- (76) À ce stade de la procédure, la Commission, au vu du faisceau d'indices que requiert la jurisprudence<sup>(15)</sup>, considère qu'il existerait une continuité économique entre FagorBrandt et l'entreprise Brandt qui opère à l'issue de la procédure de redressement. En effet, les aides accordées à FagorBrandt via le prêt de 10 millions EUR et la remise des dettes fiscales et sociales semblent venir favoriser Brandt, qui semble continuer l'activité économique qui était celle de FagorBrandt. Plusieurs indices de continuité économique entre FagorBrandt et Brandt apparaissent aussi en l'espèce: la reprise de la quasi-totalité des actifs corporels et incorporels de plusieurs sociétés appartenant au groupe Fagor en France, la reprise de plus des deux tiers des salariés, la poursuite de la même activité de production avec les mêmes marques et la logique économique de l'opération, notamment. En outre, la Commission a des doutes sur le fait que ces aides, ainsi que les aides accordés directement à Electrom (successivement devenue Brandt) via le prêt de 47 millions EUR, puissent avoir bénéficié Cevital et Exagon, qui ont repris les actifs susmentionnés de FagorBrandt via le véhicule sociétaire Electrom.

#### IV. RÉSUMÉ DES DOUTES DE LA COMMISSION

- (77) La Commission invite les autorités françaises et toute partie intéressée à produire leurs observations et éclaircissements sur les points suivants:
- la conformité des prêts FDES et de la remise des dettes fiscales et sociales aux principes de l'investisseur et/ou du prêteur avisé en économie de marché (en particulier, s'agissant des niveaux de rémunération et de sûretés des prêts FDES). La Commission souhaiterait également que les autorités françaises produisent un descriptif complet et chiffré de la remise des dettes fiscales et sociales;
  - la compatibilité de ces mesures avec les Lignes directrices le sauvetage et restructuration de 2004;
  - la justification de l'absence de continuité économique entre FagorBrandt et Groupe Brandt SAS.

Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission invite la France, dans le cadre de la procédure de l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à présenter ses observations et à fournir toute information utile pour l'évaluation des mesures dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la présente. Elle invite vos autorités à transmettre immédiatement une copie de cette lettre au bénéficiaire potentiel de l'aide.

La Commission rappelle à la France l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et se réfère à l'article 14 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil qui prévoit que toute aide illégale pourra faire l'objet d'une récupération auprès de son bénéficiaire.

<sup>(13)</sup> Arrêt du 4 avril 1995, Commission/Italie (C-348/93, Rec. p. I-673) (voir points 24, 26-27).

Arrêt du 4 avril 1995, Commission/Italie (C-350/93, Rec. p. I-699) (voir points 19, 21-22); Arrêt du 29 avril 2004, Allemagne/Commission (C-277/00, Rec. p. I-3925) (voir points 74-76).

<sup>(14)</sup> Arrêt du 28 mars 2012 T-123/09, point 155.

<sup>(15)</sup> Décision de la Commission du 17 septembre 2008, Aide d'État n° N 321/2008, N 322/2008 et N 323/2008 — Grèce — Vente de certains actifs d'Olympic Airlines/Olympic Airways Services.

---

Par la présente, la Commission avise la France qu'elle informera les intéressés par la publication de la présente lettre et d'un résumé de celle-ci au *Journal officiel de l'Union européenne*. Elle informera également les intéressés dans les pays de l'AELE signataires de l'accord EEE par la publication d'une communication dans le supplément EEE du Journal officiel, ainsi que l'autorité de surveillance de l'AELE en leur envoyant une copie de la présente. Tous les intéressés susmentionnés seront invités à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la date de cette publication».

---





ISSN 1977-091X (electronic edition)  
ISSN 1725-2423 (paper edition)



**Publications Office of the European Union**  
2985 Luxembourg  
LUXEMBOURG

**EN**