II

(Niet-wetgevingshandelingen)

BESLUITEN

BESLUIT (EU) 2019/421 VAN DE COMMISSIE

van 20 juni 2018

betreffende steunmaatregel SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) door Luxemburg ten uitvoer gelegd ten gunste van Engie

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2018) 3839)

(Slechts de tekst in de Franse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna het „Verdrag"), en met name de eerste alinea van artikel 108, lid 2,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig de genoemde artikelen ([1]) te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, en gezien deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt,

1. PROCEDURE

(1) Bij brief van 23 maart 2015 heeft de Commissie het Groothertogdom Luxemburg (hierna „Luxemburg") ([2]) een verzoek om inlichtingen gestuurd teneinde informatie te verkrijgen over de Luxemburgse praktijk inzake fiscale rulings ten aanzien van de groep Engie (voorheen de groep GDF Suez) ([3]). In die brief heeft de Commissie Luxemburg gevraagd inlichtingen te verstrekken over alle fiscale rulings die sinds 2004 tot aan de datum van de brief met die groep of met entiteiten van die groep zijn gesloten en in die periode of in de tien jaar daarvoor van kracht waren, alsook om haar de jaarrekeningen en belastingaangiften over 2011, 2012 en 2013 van die groep en de juridische entiteiten van die groep te doen toekomen.

(2) Op 25 juni 2015 heeft Luxemburg in antwoord op dat verzoek informatie verstrekt over de fiscale rulings die de Luxemburgse belastingdienst had gesloten met verschillende in Luxemburg gevestigde vennootschappen van de groep Engie, waaronder GDF Suez LNG Supply SA (hierna „LNG Supply") ([4]) en GDF Suez Treasury Management S.à.r.l. (hierna „GSTM") ([5]). Meer in het bijzonder heeft Luxemburg twee rulingaanvragen en de respectieve goedkeuringen daarvan overgelegd. Deze hadden betrekking op twee nagenoeg gelijke transacties binnen de

([1]) PB C 36 van 3.2.2017, blz. 13.
([2]) Die brief is verstuurd met referentie SA.37267 (2013/CP) — Praktijk inzake fiscale rulings — Luxemburg.
([3]) In 2015 is de groep GDF/Suez hernoemd tot Engie: zie de website van Engie: (https://www.engie.com/groupe/histoire-groupe-engie/).
([4]) In 2015 omgedoopt tot LNG Supply SA „LNG" is het acroniem voor „liquefied natural gas" (vloeibaar aardgas).
([5]) In 2015 omgedoopt tot Engie Treasury Management S.à.r.l.

groep, namelijk een overdracht van activa door vennootschappen van de groep Engie, in het ene geval aan LNG Supply, en in het andere geval aan GSTM. In beide gevallen is die overdracht gefinancierd met een verplicht converteerbare nulcouponobligatie, een zogeheten „ZORA" ([6]) (hierna respectievelijk „LNG-ZORA" en „GSTM-ZORA", gezamenlijk „ZORA" genoemd) en met een contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop (respectievelijk „LNG-termijncontract" en „GSTM-termijncontract" gezamenlijk de „termijncontracten").

(3) Bij brief van 1 april 2016 heeft de Commissie aangegeven dat ze op grond van de door Luxemburg verstrekte informatie niet kon uitsluiten dat de aan die vennootschappen van de groep Engie uitgegeven fiscale rulings een element van staatssteun omvatten dat onverenigbaar is met de interne markt. Bijgevolg heeft ze Luxemburg gevraagd aan te geven om welke redenen deze maatregelen niet selectief zouden zijn, of waarom ze in het andere geval gerechtvaardigd zouden zijn op grond van het Unierecht inzake staatssteun, en aanvullende inlichtingen en verduidelijkingen te verschaffen.

(4) Bij brief van 3 mei 2016 heeft de Commissie de Luxemburgse autoriteiten aangemaand de in overweging 3 aangegeven inlichtingen te verstrekken.

(5) Op 23 mei 2016 heeft Luxemburg het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 1 april 2016 beantwoord.

(6) Op 19 september 2016 heeft de Commissie besloten om op grond van artikel 108, lid 2, van het Verdrag een formele onderzoeksprocedure in te leiden naar aanleiding van de fiscale behandeling die Engie ten deel viel als gevolg van de door Luxemburg uitgegeven fiscale rulings, omdat die behandeling staatssteun zou kunnen inhouden in de zin van artikel 107, lid 1 van het Verdrag (hierna het „inleidingsbesluit") ([7]).

(7) Op 21 november 2016 heeft Luxemburg bij brief de gevraagde inlichtingen verstrekt en zijn opmerkingen over het inleidingsbesluit kenbaar gemaakt.

(8) Op 3 februari 2017 is het inleidingsbesluit gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* ([8]). De Commissie heeft de belanghebbenden verzocht hun opmerkingen over de betwiste maatregel kenbaar te maken.

(9) Op 27 februari 2017 heeft de Commissie de opmerkingen van Engie over het inleidingsbesluit ontvangen. Bij brief van 10 maart 2017 heeft de Commissie die opmerkingen voor een reactie doorgezonden aan Luxemburg.

(10) Na de door de Luxemburgse autoriteiten en Engie ingediende opmerkingen te hebben onderzocht, heeft de Commissie Luxemburg bij brief van 22 maart 2017 verzocht om aanvullende informatie.

(11) Op 10 april 2017 heeft Luxemburg bij brief aangegeven dat de opmerkingen die Engie had ingediend overeenkwamen met zijn eigen opmerkingen.

(12) Op 12 mei 2017 heeft Luxemburg de informatie verstrekt waarom op 22 maart 2017 was verzocht.

(13) Op 1 juni 2017 hebben de diensten van de Commissie een bijeenkomst gehouden met de Luxemburgse autoriteiten en Engie. Van die vergadering zijn notulen opgemaakt die door de Commissie en Luxemburg zijn goedgekeurd. Naar aanleiding van deze vergadering heeft Luxemburg op 16 juni 2017 aanvullende informatie verstrekt.

(14) Bij brief van 11 december 2017 (hierna „de brief van 11 december 2017") heeft de Commissie naar aanleiding van de opmerkingen die de Luxemburgse autoriteiten en Engie op de vergadering van 1 juni 2017 hadden ingediend aanvullende informatie gevraagd om enkele punten op te helderen. De Commissie heeft Luxemburg gevraagd een kopie van die brief aan Engie te verstrekken.

([6]) Hoewel de betekenis van het acroniem ZORA niet in het dossier voorkomt en ook niet door Luxemburg is gegeven, veronderstelt de Commissie dat het staat voor „Zéro-intérêts Obligation Remboursable en Actions" (converteerbare nulcouponobligatie).

([7]) Besluit van de Commissie van 19 september 2016 in zaak SA.44888 (2016/NN) (ex 2016/EO), „Mogelijke staatssteun ten faveure van GDF Suez" (PB C 36 van 3.2.2017, blz. 13.

([8]) Zie voetnoot 1.

(15) Op 31 januari 2018 hebben de Luxemburgse autoriteiten en Engie hun opmerkingen in antwoord op de brief van 11 december 2017 ingediend. Op diezelfde datum heeft Luxemburg ook de informatie verstrekt waarnaar in de brief van 11 december 2017 was gevraagd.

2. **CONTEXT**

2.1. *DE GROEP ENGIE*

(16) De groep Engie bestaat uit Engie SA, een in Frankrijk gevestigde vennootschap, en alle vennootschappen waarover Engie SA direct of indirect zeggenschap heeft (gezamenlijk aangeduid als „Engie"). Engie is in 2008 ontstaan uit de fusie van de Franse concerns GDF en Suez (voorheen Lyonnaise des Eaux) ([9]). Het hoofdkantoor van Engie bevindt zich in Frankrijk. Engie SA is genoteerd aan de beurzen van Parijs, Brussel en Luxemburg ([10]).

(17) Engie is actief in drie grote sectoren: elektriciteitsproductie, aardgas en vloeibaar aardgas, en diensten op het gebied van energie-efficiëntie. Engie houdt zich voornamelijk bezig met de productie en levering van elektriciteit ([11]) en de handel in energie, winning/productie, bevoorrading, transport en distributie van aardgas, levering van diensten op het gebied van energie-efficiëntie en energie-installaties.

(18) Engie heeft wereldwijd 153 090 werknemers in 70 landen ([12]). In 2016 bedroeg de omzet van Engie 66,6 miljard EUR ([13]). Van de totale omzet van de groep is 52,2 miljard EUR in Europa gerealiseerd ([14]). In 2016 is 67,3 % van het bedrijfsresultaat vóór interest, belastingen en afschrijvingen (EBITDA) in Europa gegenereerd ([15]).

(19) In Luxemburg manifesteert Engie zich in verschillende juridische entiteiten, waarvan sommige betrokken zijn bij de transacties die in de betwiste fiscale rulings worden bedoeld. Compagnie Européenne de Financement C.E.F. *SA* (hierna „CEF") ([16]) is een dochtervennootschap van Engie die in 1933 in Luxemburg is opgericht. Het doel van deze vennootschap is om deelnemingen in Luxemburg en in buitenlandse entiteiten te verwerven en die deelnemingen te beheren, exploiteren en controleren ([17]). Deze vennootschap houdt zich voornamelijk bezig met het verstrekken van garanties en het toewijzen van leningen aan dochtervennootschappen van de groep. De inkomsten van CEF komen voort uit de rente en kosten die in rekening worden gebracht voor de terbeschikkingstelling van die leningen en garanties ([18]).

(20) GSTM is een vennootschap naar Luxemburgs recht die voor 100 % in handen is van CEF. Zij verricht vanuit Luxemburg activiteiten op het gebied van kasmiddelenbeheer en financiering voor Engie. Volgens de rulingaanvraag van 15 juni 2012 „*verstrekt GSTM over het algemeen leningen in diverse valuta (overwegend EUR en USD) aan gelieerde vennootschappen en verricht zij activiteiten in verband met centralisatie van kasbeheer […]. De activiteit in verband met centralisatie van kasbeheer vertegenwoordigt tussen [2-7] en [7-12] miljard EUR* ([19])".

(21) GDF Suez LNG Holding S.à.r.l. (hierna „LNG Holding") ([20]) is een dochtervennootschap van Engie die in 2009 in Luxemburg is opgericht. Het doel van deze vennootschap is om deelnemingen in Luxemburg en in buitenlandse entiteiten te verwerven en die deelnemingen te beheren ([21]). LNG Holding is voor 100 % in handen van CEF.

([9]) Zie de website van Engie: (https://www.engie.com/groupe/histoire-groupe-engie/).
([10]) Zie de website van Engie: (http://www.engie.com/journalistes/communiques-de-presse/gdf-suez-devient-engie/).
([11]) In 2014 exploiteerde Engie bijna 650 centrales over de hele wereld (Engie, kerngetallen, https://library.engie.com/uid_3b0d9abd-abf7-404d-913f-0c30f10eb8d0#app=3d20&9557-source=xmlConfs/init.xml&l=fr&p=0&v=Version1).
([12]) Op 31 december 2016 (http://www.engie.com/wp-content/uploads/2017/03/chifres-cles-2016-v1_va.jpg).
([13]) Engie, kengetallen (http://www.engie.com/wp-content/uploads/2017/03/chifres-cles-2016-v1_va.jpg).
([14]) Engie, jaarresultaten 2016, bijlagen FY 2016 (https://www.engie.com/investisseurs/resultats-3/resultats-2016/). 3,8 miljard EUR is gegenereerd in Latijns-Amerika, 4,7 miljard EUR in Noord-Amerika 5,5 miljard EUR in Azië, het Midden-Oosten en Oceanië en 0,3 miljard EUR in Afrika.
([15]) Ibidem 15,1 % in Latijns-Amerika, 5,9 % in Noord-Amerika en 11,6 % in de rest van de wereld.
([16]) In 2015 omgedoopt tot Engie Invest International S.A.
([17]) Zie de niet-gecontroleerde enkelvoudige jaarrekening van CEF van 31 december 2014.
([18]) Zie https://www.engie.com/wp-content/uploads/2015/06/gsii-co.pdf.
([19]) Zie de rulingaanvraag van 15 juni 2012, bladzijde 2.
([20]) In 2015 omgedoopt tot Engie LNG Holding S.à.r.l.
([21]) Zie de enkelvoudige jaarrekening van LNG Holding van 31 december 2013.

(22) LNG Supply is voor 100 % in handen van LNG Holding. LNG Supply verricht activiteiten in verband met de inkoop, verkoop en verhandeling van vloeibaar aardgas (LNG), gas en daarvan afgeleide producten en het transport van LNG, en heeft een groot aantal overeenkomsten met internationale energieondernemingen gesloten ([22]). In 2018 heeft Engie aangekondigd voornemens te zijn bepaalde delen van haar LNG-activiteit, waaronder LNG Supply, aan Total SA te verkopen ([23]).

2.2. *DE BETWISTE FISCALE RULINGS*

2.2.1. INLEIDING

(23) Dit besluit heeft betrekking op twee reeksen fiscale rulings die door de Luxemburgse belastingdienst zijn uitgegeven ten gunste van vennootschappen van de groep Engie (hierna de „betwiste fiscale rulings"). De betwiste fiscale rulings hebben betrekking op twee gelijksoortige groepsinterne transacties die door Engie tussen verschillende vennootschappen van de groep zijn aangewend. In beide gevallen draagt Engie een reeks activa die gezamenlijk een volledig functionele handelsactiviteit vormen, over aan een dochtervennootschap in Luxemburg, die die handelsactiviteit van dat moment af gaat verrichten.

(24) De prijs wordt door die dochtervennootschap gefinancierd met een verplicht converteerbare nulcouponobligatie met een looptijd van 15 jaar (de ZORA) die door een in Luxemburg gevestigde intermediaire vennootschap wordt verstrekt. De ZORA levert geen periodieke rente op, maar bij conversie betaalt de dochtervennootschap de schuldeiser uit in aandelen ter waarde van het nominale bedrag van de ZORA vermeerderd met een „premie" die bestaat uit alle winst die de dochtervennootschap tijdens de looptijd van de ZORA heeft gerealiseerd minus een beperkte marge ([24]) die met de Luxemburgse belastingdienst is overeengekomen (deze premie wordt in de betwiste fiscale rulings en in de belastingaangiften van de vennootschappen „ZORA-aanwas" genoemd) ([25]).

(25) Van haar kant financiert de intermediaire entiteit deze lening tegelijkertijd door middel van een contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop (hierna het „termijncontract") met een houdstermaatschappij die eveneens in Luxemburg is gevestigd en enig aandeelhouder van zowel de dochtervennootschap als de intermediaire entiteit is. Volgens de voorwaarden van het termijncontract betaalt de houdstermaatschappij de intermediaire vennootschap de nominale waarde van de ZORA in ruil voor verwerving van de rechten op de aandelen die de dochtervennootschap bij conversie van de ZORA zal uitgeven. Als de dochtervennootschap tijdens de looptijd van de ZORA winst maakt, ontvangt de houdstermaatschappij bij conversie van de ZORA dus de aandelen waarin de waarde van de ZORA-aanwas is opgenomen. Bijgevolg financiert de houdstermaatschappij de verwerving van de activa door de dochtervennootschap middels het termijncontract en de ZORA.

(26) De betwiste fiscale rulings bekrachtigen de volgende fiscale behandeling van de betrokken vennootschappen: De dochtervennootschap brengt elk jaar een voorziening in mindering voor de ZORA-aanwas die bij conversie van de ZORA verschuldigd is. Bijgevolg betaalt de dochtervennootschap geen belasting, behalve over de met de belastingdienst overeengekomen beperkte marge. Wanneer de houdstermaatschappij de ZORA-aanwas ([26]) verzilvert, wordt die winst vrijgesteld van belasting op grond van de Luxemburgse regeling voor moeder- en dochtervennootschappen, waarin bepaald is dat over inkomsten uit deelnemingen in het aandelenkapitaal van andere vennootschappen onder bepaalde voorwaarden geen belasting hoeft te worden betaald. De intermediaire entiteit wordt evenmin belast, daar de winst uit de conversie van de ZORA (de ZORA-aanwas) gecompenseerd wordt door een verlies van dezelfde waarde op het termijncontract ([27]). Uiteindelijk leidt dit ertoe dat de dochtervennootschap de ZORA-aanwas van de belastingen aftrekt en dat de houdstermaatschappij het overeenkomstige

([22]) Volgens de rulingaanvraag van 9 september 2008 waren de voornaamste activa destijds: een capaciteitsovereenkomst voor de LNG-terminal en een swapovereenkomst met betrekking tot die terminal, een overeenkomst met Yemen LNG LLC voor de aankoop en verkoop van LNG, diverse charterovereenkomsten en overeenkomsten voor langetermijnopslag. De volledige lijst van overgedragen activa is opgenomen in bijlage 1 van de overeenkomst tot overdracht van activiteiten van 30 oktober 2009 tussen GDF Suez LNG Trading SA en LNG Supply.

([23]) Op 11 april 2018 heeft de Commissie op grond van artikel 6, lid 1, onder b) van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1.) besloten zich niet te verzetten tegen de verwerving van de exclusieve zeggenschap over bepaalde delen van de LNG-activiteit van Engie, waaronder LNG Supply, door Total S.A.

([24]) Minder dan 1 % van de winst die de dochtervennootschap daadwerkelijk met haar commerciële activiteiten heeft gerealiseerd.

([25]) Indien de dochtervennootschap gedurende de looptijd van de ZORA verlies maakt, is de ZORA-aanwas negatief en wordt het nominale ZORA-bedrag daardoor lager.

([26]) Bijvoorbeeld als ze de aandelen intrekt die ze op grond van het termijncontract heeft ontvangen.

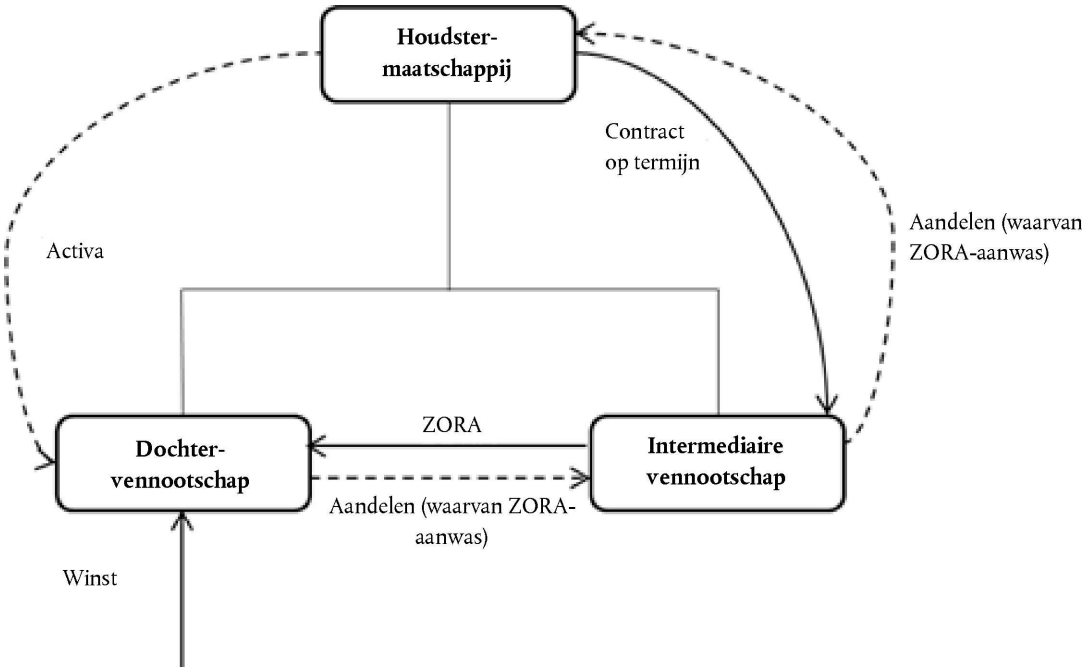
([27]) Hoewel in de betwiste fiscale rulings is voorzien dat de intermediaire entiteit niet wordt belast wegens een bijzondere bepaling in het Luxemburgse belastingrecht (artikel 22 bis), volgens welke de belasting op kapitaalwinst uit de conversie van leningen in deelnemingen kan worden uitgesteld, heeft Luxemburg vervolgens aangegeven dat de vennootschappen tijdens de enige conversie die op de datum van dit besluit had plaatsgevonden, niet van die bepaling gebruikgemaakt hadden. In ieder geval maakt de intermediaire entiteit, los van de toepassing van deze bijzondere bepaling, geen winst tijdens de conversie.

bedrag bovendien niet aangeeft bij de belastingen, daar het als belastingvrij inkomen wordt beschouwd. Bijgevolg wordt over de ZORA-aanwas, die vrijwel de gehele winst van de dochtervennootschap tijdens de looptijd van de ZORA uitmaakt, geen belasting betaald in Luxemburg ([28]).

(27) De constructie die in de overwegingen 23 t/m 26 is omschreven, is geïllustreerd in figuur 1.

Figuur 1

Illustratie van de constructie die met de betwiste fiscale rulings is ingesteld.



2.2.2. VOORSTELLING VAN DE BETWISTE FISCALE RULINGS

(28) Deze fiscale behandeling is bekrachtigd in twee fiscale rulings voor twee verschillende constructies die door Engie zijn ingesteld.

(29) Het eerste pakket fiscale rulings heeft betrekking op de overdracht van de activiteit inzake de inkoop, verkoop en verhandeling van LNG en van gas afgeleide producten (hierna „LNG-activiteit") ([29]) van de Luxemburgse vennootschap Suez LNG Trading SA (hierna „LNG Trading") aan LNG Supply. Dit pakket omvat vijf fiscale rulings die door de Luxemburgse belastingdienst zijn uitgegeven in antwoord op rulingaanvragen die door de belastingadviseur van Engie (hierna de „belastingadviseur") namens de verschillende vennootschappen van Engie zijn ingediend (gezamenlijk aangeduid als de „LNG-rulings").

(1) De eerste fiscale ruling is afgegeven op 9 september 2008 (hierna de „LNG-ruling van 2008"). Deze geeft gevolg aan een op dezelfde datum ingediende rulingaanvraag (hierna de „LNG-rulingaanvraag van 2008") met betrekking tot de fiscale behandeling van de contracten ter financiering van de overdracht van de LNG-activiteit van LNG Trading aan LNG Supply (de LNG-ZORA en het LNG-termijncontract). De LNG-ruling van 2008 wordt deels gewijzigd en/of aangevuld door andere door de Luxemburgse belastingdienst uitgegeven rulings.

(2) Een rulingaanvraag van 30 september 2008 met betrekking tot de overbrenging van het daadwerkelijke beheer van LNG Trading naar Nederland. Deze rulingaanvraag is dezelfde dag door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurd.

([28]) In werkelijkheid betaalt de dochtervennootschap belasting over minder dan 1 % van de winst die ze daadwerkelijk met haar commerciële activiteiten heeft gemaakt.
([29]) Zie overweging.

(3) Een rulingaanvraag van 3 maart 2009 (hierna de „LNG-rulingaanvraag van 2009"), die de met de LNG-ruling van 2008 ingestelde constructie deels wijzigt. Deze rulingaanvraag is dezelfde dag door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurd.

(4) Een rulingaanvraag van vrijdag 9 maart 2012 (hierna de „LNG-rulingaanvraag van 2012"), waarin uitleg wordt gegeven over bepaalde boekhoudkundige termen die gebruikt worden in de berekening van de marge waarover LNG Supply wordt belast. Deze rulingaanvraag is dezelfde dag door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurd.

(5) Ten slotte, een rulingaanvraag van 20 september 2013 die als doel had de fiscale behandeling van een gedeeltelijke conversie van de LNG-ZORA te verduidelijken (hierna de „LNG-rulingaanvraag inzake de conversie"). Deze rulingaanvraag is door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurd bij brief van 13 maart 2014 (hierna de „LNG-ruling inzake de conversie").

(30) Het tweede pakket fiscale rulings heeft betrekking op de overdracht van de activiteiten kasmiddelenbeheer en financiering (hierna „activiteit financiering en kasmiddelenbeheer") ([30]) van CEF naar GSTM. Dit pakket omvat twee fiscale rulings die door de Luxemburgse belastingdienst zijn uitgegeven in antwoord op rulingaanvragen die door de belastingadviseur namens de verschillende vennootschappen van Engie waren ingediend (gezamenlijk aangeduid als de „GSTM-rulings").

(1) De eerste fiscale ruling is door de Luxemburgse belastingdienst uitgegeven op 9 februari 2010 (hierna de „GSTM-ruling van 2010"). Deze geeft gevolg aan een op dezelfde datum ingediende rulingaanvraag (hierna de „GSTM-rulingaanvraag van 2010") met betrekking tot de fiscale behandeling van de contracten ter financiering van de overdracht van de activiteit financiering en kasmiddelenbeheer van CEF aan GSTM (de GSTM-ZORA en het GSTM-termijncontract).

(2) De GSTM-ruling van 2010 is aangevuld met een rulingaanvraag van 15 juni 2012 die onder meer betrekking had op een mogelijke verhoging van de GSTM-ZORA (hierna de „GSTM-rulingaanvraag van 2012"). Deze rulingaanvraag is dezelfde dag door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurd (hierna de „GSTM-ruling van 2012").

(31) De houdstermaatschappijen in elk van de constructies die met de LNG-rulings en de GSTM-rulings zijn ingesteld, zijn respectievelijk LNG Holding en CEF (gezamenlijk aangeduid als de „houdstermaatschappijen"). De intermediaire entiteiten die de ZORA toekennen zijn respectievelijk GDF Suez LNG (Luxembourg) S.à.r.l. (hierna „LNG Luxemburg") en Electrabel Invest Luxembourg SA (hierna „EIL", gezamenlijk met LNG Luxembourg de „schuldeisers"). De dochtervennootschappen die de LNG-activiteit en de activiteit financiering en kasmiddelenbeheer exploiteren ten slotte, zijn respectievelijk LNG Supply en GSTM (gezamenlijk aangeduid als de „dochtervennootschappen").

2.2.3. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE LNG-RULINGS

2.2.3.1. *De in de LNG-rulings beschreven transacties*

(32) Volgens de LNG-rulingaanvraag van 2008 neemt LNG Trading twee nieuwe belastingplichtige Luxemburgse vennootschappen over: LNG Luxembourg en LNG Supply. In de LNG-rulingaanvraag van 2008 was bepaald dat de LNG-activiteit verkocht zou worden aan LNG Luxembourg, die deze op haar beurt zou doorverkopen aan LNG Supply ([31]). Daarna is deze constructie echter gewijzigd: volgens de LNG-rulingaanvraag van 2009 heeft CEF eerst de aandelen van LNG Trading verworven en vervolgens LNG Luxembourg, LNG Supply en LNG Holding overgenomen. LNG Holding heeft toen de rol van LNG Trading ([32]) in deze constructie overgenomen ([33]).

([30]) Zie overweging.
([31]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, deel 1.
([32]) Het daadwerkelijke beheer van LNG Trading is naar Nederland overgebracht (zie de rulingaanvraag van 30 september 2008). De vennootschap is vervolgens op 1 oktober 2012 geliquideerd [zie de door Luxemburg op 25 juni met referentie SA.37.267 (2013/CP) verstuurde brief — Praktijk inzake fiscale rulings — Luxemburg].
([33]) Deze veranderingen in de constructie van de activaoverdracht hebben echter geen invloed op de fiscale behandeling van de verschillende vennootschappen.

(33) De constructie wordt als volgt uitgevoerd:

(1) LNG Supply verwerft de commerciële activiteit van LNG Trading (de LNG-activiteit) voor een geschatte prijs van circa 750 miljoen USD;

(2) LNG Supply financiert de aankoopprijs met een in USD luidende verplicht converteerbare nulcouponobligatie met een looptijd van 15 jaar (de LNG-ZORA) die door LNG Luxembourg is uitgegeven. Bij conversie daarvan ([34]) geeft LNG Supply aandelen uit (hierna „LNG Supply-aandelen") met een waarde die gelijk is aan de nominale waarde van de ZORA plus of min de ZORA-aanwas;

(3) LNG Luxembourg financiert de investering in de LNG-ZORA door middel van een met LNG Holding gesloten termijncontract. Krachtens dat contract verbindt LNG Luxembourg zich ertoe de LNG Supply-aandelen aan LNG Holding over te dragen. De koers van de LNG Supply-aandelen is gelijk aan het nominale bedrag van de LNG-ZORA ([35]).

2.2.3.2. ***Contracten tussen de partijen***

(34) Luxemburg heeft een kopie ingediend van de contracten waarin vastgelegd is hoe Engie uitvoering geeft aan de transacties die zijn beschreven in de LNG-rulings:

(1) een op 30 oktober 2009 tussen LNG Trading en LNG Supply gesloten contract houdende activiteitsoverdracht (hierna het „LNG-overdrachtscontract") ([36]) op grond waarvan eerstgenoemde zich ertoe verbindt de LNG-activiteit voor een prijs van 657 miljoen USD ([37]) aan laatstgenoemde over te dragen in ruil voor twee promessen die door LNG Supply (de leningnemer) ten gunste van LNG Trading (de leninggever) zijn uitgegeven, ten bedrage van respectievelijk 11 000 000 USD en 646 000 000 USD ([38]);

(2) een op 30 oktober 2009 tussen LNG Luxembourg en LNG Supply gesloten contract houdende een verplicht converteerbare nulcouponobligatie (hierna het „LNG-ZORA-contract") ([39]). Krachtens dit contract verstrekt LNG Luxembourg LNG Supply ([40]) een lening die door uitgifte van LNG Supply-aandelen wordt afgelost ([41]). De looptijd van de lening bedraagt maximaal 15 jaar. De lening loopt dus op 30 oktober 2024 af ([42]). Na afloop van die periode wordt de lening omgezet in aandelen, behalve als een van de partijen dat met schriftelijke toestemming van de andere partij al eerder heeft gedaan ([43]). De „uitgifteprijs" van de lening bedraagt 646 miljoen USD ([44]). De conversieprijs is gelijk aan de „uitgifteprijs" vermeerderd met de op de conversiedatum gecumuleerde ZORA-aanwas ([45]). Zoals uitgelegd in punt 2.2.3.6 is de LNG-ZORA in 2014 gedeeltelijk geconverteerd:

(3) een op dezelfde datum gesloten termijncontract tussen LNG Holding en LNG Luxembourg houdende vooruitbetaalde aankoop van aandelen ([46]). Krachtens dit contract koopt LNG Holding alle rechten van LNG Luxembourg op de aandelen van LNG Supply tegen een prijs van 646 miljoen USD ([47]), hetzelfde bedrag als de „uitgifteprijs" van de LNG-ZORA. De LNG Supply-aandelen worden op de uitgiftedatum overgedragen aan LNG Holding ([48]),

2.2.3.3. ***De fiscale behandeling van LNG Supply***

(35) Volgens de door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurde LNG-rulingaanvraag van 2008 is de winst die LNG Supply jaarlijks genereert gelijk aan een met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge (hierna

([34]) Op de vervaldatum van de ZORA, zie overweging 34, punt 2.
([35]) In detail is de constructie als volgt uitgevoerd: de LNG-activiteit is door LNG Supply verworven in ruil voor twee schuldvorderingen, een van *[7-12]* miljoen USD en een ter hoogte van de reële marktwaarde van de LNG-activiteit na aftrek van *[7-12]* miljoen USD. De tweede schuldvordering is door LNG Trading overgedragen aan LNG Holding, die de schuldvordering op haar beurt heeft overgedragen aan LNG Luxembourg in ruil voor het LNG-termijncontract. LNG Luxembourg heeft de schuldvordering overgedragen aan LNG Supply in ruil voor de LNG-ZORA (zie de rulingaanvraag van 2009, deel 1).
([36]) Door Luxemburg ingediend op 16 juni 2017.
([37]) Zie het LNG-overdrachtscontract, clausule 2.1.
([38]) Zie het LNG-overdrachtscontract, clausule 2.1, 3 en 4.3.
([39]) Door Luxemburg ingediend op maandag 21 november 2016.
([40]) Zie het LNG-ZORA-contract, clausule 2.
([41]) Zie het LNG-ZORA-contract, clausule 5.
([42]) Zie het LNG-ZORA-contract, clausule 4.
([43]) Zie het LNG-ZORA-contract, clausule 4 en 5.
([44]) Zie het LNG-ZORA-contract, clausule 2.
([45]) Zie het LNG-ZORA-contract, clausule 5.2 en de definities bij clausule 1.
([46]) Door Luxemburg ingediend op maandag 21 november 2016.
([47]) Zie het LNG-termijncontract, clausule 2. Het verschil tussen de prijs van de LNG-activaoverdracht krachtens het contract houdende activiteitsoverdracht (675 miljoen USD) en de „uitgifteprijs" van de LNG-ZORA en de prijs die op grond van het LNG-termijncontract is vastgesteld (646 miljoen USD) komt overeen met de door LNG Supply uitgegeven promesse van 11 miljoen USD die geen deel uitmaakt van de financieringsconstructie (zie voetnoot 36).
([48]) Zie het LNG-termijncontract, clausule 3.

de „LNG-marge"). Bijgevolg wordt LNG Supply alleen voor die marge belast. Het verschil tussen de winst die LNG Supply jaarlijks daadwerkelijk behaalt en de LNG-marge (de ZORA-aanwas) wordt beschouwd als aftrekpost in verband met de LNG-ZORA ([49]).

(36) De LNG-marge is in de LNG-rulingaanvraag van 2008 vastgesteld op een bedrag dat overeenkomt met *„een totale nettomarge van [1/(50-100)%] van de brutowaarde van de activa zoals aangegeven op de balans van [LNG Supply], waarbij die nettomarge echter niet lager is dan [0,0-0,50] % van de bruto jaaromzet van de vennootschap*" ([50]). Volgens de LNG-rulingaanvraag van 2008 *„wordt de [LNG]-marge geacht te voldoen aan het arm's-lengthbeginsel,*" daar LNG Supply *„geen wisselkoersrisico of risico op oninbare schulden loopt*" ([51]). In de LNG-rulingaanvraag van 2008 wordt ook uitgelegd dat *„de bruto-inkomsten van [LNG Supply] […], na aftrek van alle exploitatiekosten en ZORA-kosten, ongeveer gelijk zijn aan de [LNG]-marge*" ([52]).

(37) Met andere woorden, vóór de conversie van de ZORA blijft het belastbare jaarinkomen van LNG Supply beperkt tot de LNG-marge. De conversie heeft geen invloed op het belastbare jaarinkomen van LNG Supply, aangezien het bedrag van de ZORA-aanwas elk jaar voorafgaand aan de conversie door LNG Supply als aftrekpost is opgevoerd.

2.2.3.4. ***De fiscale behandeling van LNG Luxembourg***

(38) De door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurde LNG-rulingaanvraag van 2008 stelt LNG Luxembourg in staat de LNG-ZORA gedurende de looptijd ervan in de financiële verslaglegging te waarderen op de boekwaarde ([53]), of, bij gebreke daarvan, de waarde van de ZORA te verhogen (of verlagen) van de aankoopprijs tot de verwachte afloswaarde ([54]). Bijgevolg kan LNG Luxembourg er gedurende de looptijd van de LNG-ZORA voor kiezen geen belastbaar inkomen en geen fiscaal aftrekbare kosten in verband met de ZORA in de boeken op te nemen. Zoals uitgelegd zal worden in overweging 52 hieronder, heeft LNG Luxembourg ervoor gekozen de ZORA tegen de boekwaarde op te nemen.

(39) Bij conversie ontvangt LNG Luxembourg de LNG Supply-aandelen waarvan de waarde gelijk is aan de uitgifteprijs van de ZORA vermeerderd met de op de conversiedatum gecumuleerde ZORA-aanwas. Volgens de rulingaanvraag van 2008 is de conversie onderworpen aan de uitzonderingsregeling zoals bedoeld in artikel 22 bis van de wet inzake inkomstenbelasting (gewijzigde wet van 4 december 1967 inzake inkomstenbelasting, hierna „LIR" genoemd), tenzij LNG Supply ervoor kiest deze niet toe te passen ([55]). Volgens deze bepaling is de kapitaalwinst die door de conversie in aandelen ontstaat niet belastbaar ([56]). Bijgevolg wordt de ZORA-aanwas die LNG Luxembourg bij de conversie ontvangt niet belast ([57]).

([49]) De LNG-rulingaanvraag van 2008 geeft aan dat *„de ZORA aangroeit tot de winst vóór belasting van [LNG Supply] verminderd met een nettomarge […]. De waardestijging van de ZORA vormt een even hoge aftrekpost voor [LNG Supply]*" (LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 2). Deze waardegroei van de obligatie wordt in de LNG-rulingaanvraag van 2008 „ZORA-aanwas" of „ZORA-kosten" genoemd.

([50]) In de LNG-rulingaanvraag van 2012 is aangegeven dat *„de nettomarge van [1/(50-100)%] van de brutowaarde van de activa*" beschouwd moet worden als de gemiddelde waarde van de met de ZORA gefinancierde activa, terwijl de *„bruto-omzet*" beschouwd moet worden als de totale inkomsten van LNG Supply zoals aangegeven in de jaarrekening, daaronder begrepen de inkomsten en uitgaven die voortvloeien uit de betaalde debetrente en de wisselkoersverschillen in verband met de verschillende activiteiten van LNG Supply.

([51]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 5, punt 6 en voor de uitleg bladzijde 3.

([52]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 2. Dat betekent dat de ZORA-aanwas ook negatief had kunnen zijn als LNG Supply verlies gemaakt had.

([53]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 3.

([54]) In de LNG-rulingaanvraag van 2008 wordt erkend (in een voetnoot op bladzijde 4) dat *„het bij gebreke van specifieke eisen in de Luxemburgse wetgeving, en om de essentie van de ZORA-vergoeding te weerspiegelen, aanbevolen kan worden dat [LNG Luxembourg] de inkomsten gedurende de volledige looptijd van de ZORA in de boeken opneemt. Dat zou een waardeverhoging van de ZORA in de administratie van [LNG Luxembourg] tot gevolg hebben, tenzij de reële waarde van de ZORA lager is*".

([55]) Artikel 22 bis, lid 2, LIR, luidt aldus: In afwijking van artikel 22, lid 5, leiden de in de punten 1 t/m 4 hieronder bedoelde ruilhandelingen niet tot realisatie van de aan de geruilde goederen inherente kapitaalwinst, tenzij, in de gevallen bedoeld in de punten 1, 3 en 4, de schuldeiser of de vennoot van de toepassing van deze bepaling afziet: 1 tijdens de conversie van een lening: toewijzing aan de schuldeiser van waardepapieren die het aandelenkapitaal van de debiteur vertegenwoordigen. Bij conversie van een converteerbare kapitaallening is de gekapitaliseerde rente over het lopende boekjaar voorafgaand aan de conversie belastbaar op het moment van de ruil„. In de praktijk betekent dit dat voor het doel van het Luxemburgse belastingstelsel de historische aankoopprijs en de historische aankoopdatum van de ZORA worden gebruikt voor de aandelen die op dat moment worden uitgegeven.

([56]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, punt 7, bladzijde 5.

([57]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, punt 7, bladzijde 5.

2.2.3.5. ***De fiscale behandeling van LNG Holding***

(40) Volgens de door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurde LNG-rulingaanvraag van 2008 verantwoordt LNG Holding de uit hoofde van het termijncontract ontvangen betaling onder „financiële vaste activa" ([58]). In de LNG-rulingaanvraag van 2008 wordt uitgelegd dat deze activa *„altijd op de kostprijs gewaardeerd zullen worden*" ([59]). Bijgevolg verantwoordt LNG Holding geen belastbaar inkomen en geen fiscaal aftrekbare lasten voorafgaand aan de conversie van de ZORA en de overdracht van nieuwe LNG Supply-aandelen door LNG Luxembourg.

(41) In de LNG-rulingaanvraag van 2008 wordt ook verzocht om een bevestiging dat *„voor het doel van artikel 166 LIR […] de door [LNG Holding] uit hoofde van het [LNG-]termijncontract gekochte deelneming als zodanig wordt behandeld vanaf het moment dat het [LNG-]termijncontract is gesloten*" ([60]) en dat *„alle belastbare inkomsten (dividenden en kapitaalwinst) die door de Luxemburgse vennootschappen gegenereerd en ingebracht zijn, van belasting worden vrijgesteld op grond van artikel 166 LIR*" ([61]). Zoals uitgelegd in punt 2.3.2 is artikel 166 LIR de bepaling van de wet inzake inkomstenbelasting die ziet op de vrijstelling van inkomsten uit deelnemingen in Luxemburg. Volgens deze regeling voor deelnemingsvrijstelling worden inkomsten uit deelnemingen die in andere entiteiten worden aangehouden, zoals aandelen, onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld van belastingen.

(42) Bijgevolg wordt LNG Holding vrijstelling verleend voor de belastbare inkomsten uit de LNG Supply-aandelen die in het kader van de conversie van de LNG-ZORA zijn uitgegeven, mits de voorwaarden van artikel 166 LIR zijn vervuld.

2.2.3.6. ***De LNG-ruling inzake de conversie***

(43) Volgens de door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurde LNG-ruling inzake de conversie, zou Engie overgaan tot een eerste gedeeltelijke conversie van de LNG-ZORA in aandelen ter hoogte van een op die datum geschat bedrag van [300-400] miljoen USD. Op de dag van de conversie zou een besluit worden goedgekeurd om het nominale kapitaal van LNG Supply te verminderen met het conversiebedrag. Volgens de rulingaanvraag *„heeft de gedeeltelijke conversie van de ZORA geen fiscale gevolgen voor [LNG Luxembourg]*" ([62]). *„Door de kapitaalvermindering van [LNG Supply] boekt [LNG Holding] een winst die gelijk is aan het verschil tussen het nominale bedrag van de geconverteerde aandelen en het bedrag van de conversie. Deze winst is zichtbaar in de boekhouding van [LNG Holding] en valt onder de deelnemingsvrijstelling*" ([63]). Bijgevolg is de winst die LNG Holding bij intrekking van de aandelen maakt door de kapitaalvermindering, vrijgesteld van belastingen. Deze winst komt overeen met de ZORA-aanwas die is opgenomen in de LNG Supply-aandelen die LNG Holding bij de conversie heeft ontvangen.

2.2.3.7. ***Uitvoering van de LNG-rulings***

(44) De belastingaangiften die Luxemburg heeft overgelegd weerspiegelen de fiscale behandeling die de vennootschappen waarop de in de LNG-rulings beschreven transacties betrekking hebben, genieten.

2.2.3.7.1. **LNG Supply**

(45) Uit de enkelvoudige jaarrekening van LNG Supply voor 2010 blijkt dat er in 2009 *„tussen LNG Luxembourg en LNG Supply een contract voor een verplicht converteerbare nulcouponobligatie*" gesloten is ten belope van 646 miljoen USD met een looptijd van 15 jaar vanaf 30 oktober 2009 ([64]).

(46) De LNG-ZORA wordt onder de passiva op de balans geboekt en van 2009 tot 2013 in de belastingaangifte van LNG Supply opgenomen voor een bedrag dat gelijk is aan het nominale bedrag van de ZORA (646 miljoen USD) ([65]). In 2014 is het bedrag met 193,8 miljoen USD verminderd, waarmee het na de in dat jaar uitgevoerde gedeeltelijke conversie uitkomt op [300-600] miljoen USD ([66]).

([58]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 3.
([59]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 3.
([60]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 4 (onderstreping toegevoegd door de Commissie).
([61]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, bladzijde 9.
([62]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, deel 3.1.
([63]) Zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, deel 3.2.
([64]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2010 van LNG Supply, noot 9.
([65]) Zie bijlage 1 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van elk jaar.
([66]) Zie bijlage 1 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van 2014.

(47) Voor elk jaar wordt een bedrag gelijk aan de jaarlijkse ZORA-aanwas als financiële schuld van LNG Supply ([67]) op de passivazijde van de balans van LNG Supply ([68]) bijgeschreven, ter compensatie van de overeenkomstige uitgave die op de resultatenrekening wordt geboekt. Dit bedrag is derhalve op de belastbare inkomsten van LNG Supply in mindering gebracht. De in de belastingaangiften van LNG Supply opgegeven ZORA-aanwas is weergegeven in Tableau 1. De vermindering met 193,8 miljoen USD van de gecumuleerde ZORA-aanwas in 2014 is het gevolg van de gedeeltelijke conversie van de LNG-ZORA, die bovendien gedeeltelijk wordt gecompenseerd door de bijkomende ZORA-aanwas voor dat jaar ([69]).

Tabel 1

In de belastingaangiften van LNG Supply opgegeven ZORA-aanwas

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Gecumuleerde ZORA-aanwas (in miljoenen USD)	10,9	46,8	165,6	[350 — 400]	[650 — 700]	[450 — 550]	0	0

(48) LNG Supply wordt belast op de LNG-marge. Zoals geïllustreerd in figuur 2 voor 2011 ([70]), is de LNG-marge vastgesteld op [1/(50-100) %] van het gemiddelde activatotaal van de vennootschap, met een minimum van [0,0-0,50] % van de bruto jaaromzet, overeenkomstig de LNG-ruling van 2008. De gemiddelde waarde van de activa waarmee de ZORA in 2011 gefinancierd werd, bedroeg 752 703 699 USD. Bijgevolg bedroeg de marge van [1/(50-100)%] [100 000-150 000] USD. De geregistreerde omzet bedroeg 1 573 579 569 miljoen USD. Bijgevolg bedroeg de marge van *[0,0-0,50]*% van dat bedrag [3 500 000-4 000 000] USD. Dit laatste bedrag werd daarom als belastbaar inkomen van LNG Supply over 2011 beschouwd ([71]). LNG Supply heeft over het boekjaar 2011 dus [500 000-1 500 000] EUR ([72]) vennootschapsbelasting betaald.

Figuur 2

Berekening van het belastbaar inkomen van LNG Supply, zoals uiteengezet in bijlage 3 van de belastingaangifte van 2011

ZORA-aanwas

Het bedrag van de ZORA-aanwas dat in de jaarrekening is aangegeven, komt niet overeen met de rulings die door de belastingdienst op 9 september 2008 en in maart 2012 zijn ondertekend.

Bijgevolg is er een fiscale balans opgemaakt om het juiste bedrag in aanmerking te nemen. Volgens deze ruling is de vennootschap over de marge namelijk geen belasting verschuldigd (zie hieronder).

Berekening van de marge

Nettomarge [1/(50-100)%] op de brutowaarde van de activa (d.w.z. de gemiddelde waarde van de activa waarmee de ZORA gefinancierd wordt), met een minimum van [0,0-0,5%] van de omzet uit de activa die aan de vennootschap zijn overgedragen (d.w.z. de totale inkomsten van de vennootschap)

([67]) Zie bijlage 2 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van elk jaar.
([68]) Zie bijlage 1 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van elk jaar.
([69]) Volgens de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van 2014, bijlage 2, bedroeg de ZORA-aanwas in 2014 [250-350] miljoen USD. Dit betekent dat het bedrag waarmee de ZORA-aanwas in 2017 werkelijk is verminderd [450-550] miljoen USD bedroeg (wat overeenkomt met [250-350] miljoen USD plus 193,8 miljoen USD).
([70]) Dit bedrag komt overeen met de berekening van de LNG-marge die in bijlage 3 van de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting voor 2011 is opgenomen. Een vergelijkbare berekening is in de belastingaangiften van andere jaren opgenomen.
([71]) Volgens de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2011, is dit bedrag omgewisseld in [2 500 000-3 500 000] EUR.
([72]) Namelijk [100 000-300 000] EUR uit hoofde van de gemeentelijke bedrijfsbelasting en [550 000-750 000] EUR uit hoofde van de vennootschapsbelasting.

Minimummarge

Totaal resultaat	Tarief	Begindatum	Einddatum	Minimummarge (USD)
1 573 579 569	[0,0-0,5 %]	1-1-2011	31-12-2011	[3 500 000-4 000 000]

Nettomarge van [1/(50-100)%] op de gemiddelde waarde van de activa waarmee de ZORA gefinancierd wordt.

Datum	ZORA	
1-1-2011	692 817 329	(Zie de belastingaangifte over 2010)
31-12-2011	812 590 069	
Totaal	1 505 407 398	
Gemiddelde	752 703 699	

ZORA	Tarief	Begindatum	Einddatum	Marge (USD)
752 703 699	[1/(50-100) %]	1-1-2011	31-12-2011	[100 000-150 000]

(49) Volgens de enkelvoudige jaarrekening van LNG Supply over 2014 is de gedeeltelijke conversie van de LNG-ZORA verdeeld „*in een nominaal deel en een aanwasdeel*" ([73]). Bijgevolg zijn het nominale bedrag van de ZORA en de gecumuleerde ZORA-aanwas in 2014 beide met 193,8 miljoen USD verminderd ([74]). In september 2014 heeft LNG Supply zijn kapitaal met 699,9 miljoen USD ([75]) verhoogd om de LNG-ZORA deels af te lossen. De LNG Supply-aandelen zijn tegen de nominale waarde uitgegeven en vervolgens ingetrokken middels een kapitaalvermindering ter hoogte van het nominale aandelenbedrag ([76]). Deze conversie heeft geen fiscale gevolgen voor LNG Supply gehad.

(50) In 2015, toen LNG Supply verlies leed, werd de ZORA-aanwas negatief tot een bedrag van [650-850] miljoen USD, waardoor ten eerste de resterende cumulatieve ZORA-aanwas (van [450-550] USD) verlaagd werd tot 0 USD en ten tweede de nominale waarde van de uitstaande LNG-ZORA verlaagd werd tot [200-250] miljoen USD ([77]).

(51) In 2016 was de ZORA-aanwas opnieuw negatief voor een bedrag van [100-200] miljoen USD, waardoor het uitstaande bedrag van de LNG-ZORA nog verder daalde tot [100-200] miljoen USD ([78]).

2.2.3.7.2. **LNG Luxembourg**

(52) Volgens de belastingaangiften van LNG Luxembourg is de waarde van de LNG-ZORA tot aan de gedeeltelijke conversie ervan in 2014 ([79]) op het nominale bedrag (van 646 miljoen USD) gehouden, overeenkomstig de LNG-ruling van 2008 ([80]). Het LNG-termijncontract is als passiefpost voor hetzelfde bedrag ook in de belastingaangifte van LNG Luxembourg verantwoord ([81]).

(53) Door de gedeeltelijke conversie is de waarde van de LNG-ZORA (actief) en het LNG-termijncontract (passief) in 2014 met 193,8 miljoen USD gedaald tot 452,2 miljoen USD, zonder gevolgen voor de resultatenrekening ([82]). LNG Luxembourg heeft verkozen artikel 22 bis LIR niet toe te passen.

([73]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2014 van LNG Supply, noot 8.
([74]) Zie de overwegingen 46 en 47. Zoals aangegeven in voetnoot 69 is de gecumuleerde ZORA-aanwas in werkelijkheid verminderd met [450-550] miljoen USD.
([75]) Het bedrag van 699,9 miljoen USD omvat tevens de ZORA-aanwas over 2014 (zie de voetnoten 70 en 75).
([76]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2014 van LNG Supply, noot 7.
([77]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2015 van LNG Supply, noot 8.
([78]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2016 van LNG Supply, noot 8.
([79]) Zie de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2013, bijlage 1.
([80]) Zie overweging 38.
([81]) Zie de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2013, bijlage 1.
([82]) Zie de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2014, bijlagen 1 en 2.

(54) Zoals uitgelegd in overweging 50 is de waarde van de LNG-ZORA in 2015 gezakt tot [300-600] miljoen USD door de negatieve ZORA-aanwas. LNG Luxembourg heeft de waarde van de LNG-ZORA derhalve met dit bedrag verlaagd en tegelijkertijd de waarde van het LNG-termijncontract met hetzelfde bedrag verlaagd ([83]).

(55) In 2016 zijn de LNG-ZORA en het LNG-termijncontract op vergelijkbare wijze naar beneden bijgesteld tot [100-200] miljoen USD ([84]).

2.2.3.7.3. **LNG Holding**

(56) De ZORA wordt in de enkelvoudige jaarrekening van LNG Holding verantwoord als financieel actief ([85]). Vanaf 2012 verschijnt in de belastingaangifte van LNG Holding tevens een deelneming in LNG Supply ter hoogte van de nominale waarde van de LNG-ZORA, in de categorie deelnemingen die op grond van artikel 166 LIR in aanmerking komen voor deelnemingsvrijstelling ([86]).

(57) Volgens de belastingaangifte en de enkelvoudige jaarrekening van LNG Holding over 2014 heeft de intrekking van de LNG Supply-aandelen die na de gedeeltelijke conversie van de LNG-ZORA in 2014 waren ontvangen een kapitaalwinst van 506,2 USD ([87]) opgeleverd. Die kapitaalwinst is door toepassing van de deelnemingsvrijstelling (artikel 166 LIR) in zijn geheel belastingvrij gebleven.

(58) In 2015 en 2016 heeft LNG Holding een bijzonder waardeverminderingsverlies voor het LNG-termijncontract opgenomen wegens de waardedaling van de LNG-ZORA als gevolg van de negatieve ZORA-aanwas, zoals uitgelegd in de overwegingen 50 en 51 ([88]). Dit bijzondere waardeverminderingsverlies is op de resultatenrekening van LNG Holding geboekt.

2.2.4. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE GSTM-RULINGS

2.2.4.1. ***De in de GSTM-rulings beschreven transacties***

(59) Volgens de GSTM-rulingaanvraag van 2010 is Engie voornemens een gelijksoortige constructie op te zetten als die welke beschreven is in de LNG-ruling: GSTM verwerft de activiteit financiering en kasmiddelenbeheer en financiert de aankoop ervan met de door EIL toegekende GSTM-ZORA. Bij conversie ([89]) geeft GSTM aandelen uit (hierna „GSTM-aandelen") met een waarde die gelijk is aan de nominale waarde van de ZORA plus of min de ZORA-aanwas. EIL financiert de investering in de GSTM-ZORA door middel van het met CEF gesloten GSTM-termijncontract. Krachtens dat contract verbindt EIL zich ertoe de GSTM-aandelen aan CEF over te dragen. De verkoopprijs van de GSTM-aandelen is gelijk aan het nominale bedrag van de GSTM-ZORA. ([90])

(60) De GSTM-rulingaanvraag van 2012 bevat een fiscale analyse van een identieke ZORA die vergelijkbaar is met die uit de LNG-rulingaanvraag van 2008, afgezien van het feit dat in deze ruling onder meer rekening wordt gehouden met een mogelijke toekomstige verhoging van het bedrag van de GSTM-ZORA ([91]).

([83]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2015 van LNG Luxembourg, noten 4 en 5.
([84]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2016 van LNG Luxembourg, noten 3 en 6.
([85]) Zie bijvoorbeeld de enkelvoudige jaarrekening van LNG Supply over 2013, noot 3.
([86]) Zie, voor elk jaar vanaf 2012, Aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting, Bijzonderheden ten aanzien van de in artikel 166 LIR bedoelde deelnemingen.
([87]) Zie de enkelvoudige jaarrekening over 2014 van LNG Holding, noot 3. De kapitaalwinst komt bij benadering overeen met de geconverteerde gecumuleerde ZORA-aanwas (zie voetnoot 75).
([88]) Zie de enkelvoudige jaarrekening van LNG Holding over 2015 en 2016, noot 3.
([89]) Uiterlijk op de vervaldatum van de ZORA, zie overweging 61, punt 2.
([90]) In detail is de constructie als volgt uitgevoerd: CEF draagt de activiteit financiering en kasmiddelenbeheer over aan GSTM in ruil voor een promesse van GSTM. CEF draagt de promesse over aan EIL, dat CEF in ruil daarvoor een tweede promesse van dezelfde waarde verstrekt. GSTM geeft vervolgens de GSTM-ZORA uit aan EIL in ruil voor de eerste promesse. EIL financiert de investering in de GSTM-ZORA door middel van het met CEF gesloten GSTM-termijncontract. In ruil voor het GSTM-termijncontract betaalt CEF een bedrag gelijk aan de waarde van de tweede promesse, dat gecompenseerd wordt (zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, deel I).
([91]) Volgens punt 5 van de GSTM-rulingaanvraag van 2012 „*kan de door GSTM uitgegeven ZORA worden verhoogd. De verwachting is dat het uitgiftebedrag van de ZORA in totaal op [7-12] tot [37-42] miljard EUR zal uitkomen*". Volgens de jaarrekening en de belastingaangifte van GSTM van 31 december 2016 was de GSTM-ZORA niet verhoogd.

2.2.4.2. ***Contracten tussen de partijen***

(61) Luxemburg heeft kopieën ingediend van de contracten waarin vastgelegd is hoe Engie uitvoering geeft aan de transacties die zijn beschreven in de GSTM-rulings:

(1) een op 13 mei 2011 bij het handelsregister van Luxemburg gedeponeerd document met de titel „Proposition de cession d'une branche d'activités" (voorstel tot overdracht van een bedrijfsonderdeel, hierna het „voorstel tot overdracht aan GSTM") ([92]). Volgens dat document is CEF van plan de activiteit financiering en kasmiddelenbeheer aan GSTM over te dragen voor een bedrag van 1 036 912 506,84 EUR. Volgens het voorstel tot overdracht aan GSTM draagt CEF het bedrijfsonderdeel over in ruil voor een promesse van GSTM ([93]);

(2) twee contracten tussen EIL en GSTM houdende een verplicht converteerbare nulcouponobligatie, het ene gedateerd op 17 juni 2011 en het andere op 30 juni 2014 (hierna de „GSTM-ZORA-contracten", hierna samen met het LNG-ZORA-contract de „ZORA-contracten") ([94]), van nagenoeg gelijke inhoud ([95]). Uit hoofde van de GSTM-ZORA-contracten verstrekt EIL GSTM een lening ([96]) die door uitgifte van GSTM-aandelen kan worden afgelost ([97]). De lening loopt af op 17 juni 2026 ([98]). Na afloop van die periode wordt de lening omgezet in aandelen, behalve als een van de partijen dat met schriftelijke toestemming van de andere partij al eerder heeft gedaan ([99]). De „uitgifteprijs" van de lening bedraagt 1 036 912 507 EUR ([100]). De conversieprijs is gelijk aan de „uitgifteprijs" plus de op de conversiedatum gecumuleerde ZORA-aanwas ([101]).

(3) een op 17 juni 2011 gesloten termijncontract houdende vooruitbetaalde aankoop van aandelen tussen CEF en EIL (het GSTM-termijncontract) ([102]). Krachtens dit contract koopt CEF alle rechten van EIL op de aandelen van GSTM tegen de „uitgifteprijs" van de GSTM-ZORA ([103]). De GSTM-aandelen worden op de uitgiftedatum overgedragen aan CEF ([104]),

2.2.4.3. ***De fiscale behandeling van GSTM***

(62) Volgens de door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurde GSTM-rulingaanvraag van 2010 is het belastbare jaarinkomen van GSTM gelijk aan een met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge (hierna de „GSTM-marge"). Bijgevolg wordt GSTM alleen voor die marge belast. Het verschil tussen de winst die GSTM daadwerkelijk behaalt en de GSTM-marge (de ZORA-aanwas) wordt beschouwd als aftrekpost in verband met de GSTM-ZORA ([105]).

(63) De GSTM-marge is in de GSTM-rulingaanvraag van 2010 vastgesteld op een bedrag dat overeenkomt met *„een totale nettomarge van [1/(50-100)%] van de hoofdwaarde van alle activa, daaronder begrepen de activa die met normale leningen gefinancierd zijn"* ([106]). In de GSTM-rulingaanvraag van 2010 wordt de GSTM-marge geacht te voldoen aan het arm's-lengthbeginsel ([107]).

(64) In de GSTM-rulingaanvraag van 2012 wordt een wijziging van de GSTM-marge overwogen. In de aanvraag staat dat de hoogte daarvan *„bepaald wordt in een latere „APA letter" vergezeld van een „TP report" (verrekenprijsrapport)"* ([108]). Volgens de enkelvoudige jaarrekening van GSTM over 2011 ([109]) was de margewijziging voor GSTM vanaf 1 januari 2012 het gevolg van de inwerkingtreding van de administratieve circulaire van 28 januari 2011 inzake groepsinterne financieringstransacties (hierna de „circulaire 164/2") ([110]). Volgens deze circulaire moet voor elke

([92]) „Proposition de cession d'une branche d'activités déposée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg", door Luxemburg overgelegd op 16 juni 2017.
([93]) Zie „Proposition de cession d'une branche d'activités" — Memorandum C — 13 mei 2011 — deel 1: Als tegenprestatie voor deze overdracht van een bedrijfsonderdeel geeft de begunstigde vennootschap een promesse uit ten bedrage van 1 036 912 506,84 EUR.
([94]) Door Luxemburg ingediend op maandag 21 november 2016.
([95]) Het contract van 2014 is getekend naar aanleiding van een aanvraag voor aanvullende financiering en omvat alle eerder opgenomen bedragen.
([96]) Zie GSTM-ZORA-contracten, clausule 2.
([97]) Zie GSTM-ZORA-contracten, clausule 5.
([98]) Zie GSTM-ZORA-contracten, clausule 4.
([99]) Zie GSTM-ZORA-contracten, clausules 4 en 5.
([100]) Zie GSTM-ZORA-contracten, clausule 2.
([101]) Zie GSTM-ZORA-contracten, clausule 5.2 en de definities bij clausule 1.
([102]) Door Luxemburg ingediend op maandag 21 november 2016.
([103]) Zie het GSTM-termijncontract, clausule 2.
([104]) Zie het GSTM-termijncontract, clausule 3.
([105]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 2.
([106]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 2.
([107]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 5, punt 5.
([108]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2012, bladzijde 2. „APA" is de afkorting van „accord préalable en matière de prix de transfert" (voorafgaande afspraak over de verrekenprijs).
([109]) Zie de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2011, bijlage 3.
([110]) Circulaire van de „Directeur des contributions" nr. 164/2 van 28 januari 2011.

rulingaanvraag een verrekenprijsanalyse worden ingediend ter goedkeuring van de verrekenprijzen voor groepsinterne financieringstransacties (zoals de GSTM-marge) ([111]). Bijgevolg heeft de belastingadviseur bij brief van 11 juli 2012 en 11 november 2013 twee rulingaanvragen ingediend, vergezeld van verrekenprijsanalyses inzake vaststelling van de GSTM-marge ([112]). Volgens Luxemburg zijn die rulingaanvragen niet door de Luxemburgse belastingdienst goedgekeurd. Met andere woorden, de Luxemburgse belastingdienst heeft geen fiscale ruling uitgegeven waarin de door de belastingadviseur van Engie in diens brieven van 11 juli 2012 en 11 november 2013 voorgestelde GSTM-marge wordt bevestigd ([113]).

(65) De GSTM-rulingaanvraag van 2010 geeft ook aan dat „*in het onwaarschijnlijke geval dat de boekhoudkundige verwerking niet geheel overeenstemt met de in het ZORA-contract voorgeschreven verplichtingen, de winst of het verlies die/dat daaruit voortvloeit en in de jaarrekening is aangegeven, geen invloed heeft op de hierboven bedoelde fiscale situatie*" ([114]).

(66) Kortom, vóór de conversie van de GSTM-ZORA blijft het belastbare inkomen van GSTM beperkt tot de GSTM-marge. De conversie van de GSTM-ZORA heeft geen invloed op het belastbare inkomen van GSTM.

2.2.4.4. ***De fiscale behandeling van EIL***

(67) De fiscale behandeling die EIL ten deel valt is vergelijkbaar met die welke voor LNG Luxembourg ([115]) is beschreven en berust op dezelfde argumenten ([116]). Bijgevolg kan EIL er gedurende de looptijd van de GSTM-ZORA voor kiezen geen belastbaar inkomen en geen fiscaal aftrekbare kosten te verantwoorden. Als EIL verkiest de uitzonderingsregeling zoals bedoeld in artikel 22 bis LIR toe te passen, geeft het bij de conversie geen inkomsten ([117]) op en is dus geen vennootschapsbelasting verschuldigd ([118]). Zoals uitgelegd zal worden in overweging 76 hieronder, heeft LNG ervoor gekozen de ZORA tegen boekwaarde te verantwoorden.

2.2.4.5. ***De fiscale behandeling van CEF***

(68) De fiscale behandeling die CEF ten deel valt is vergelijkbaar met die welke voor LNG Holding ([119]) is beschreven. Bijgevolg verantwoordt CEF vóór de conversie van de ZORA geen belastbaar inkomen en geen fiscaal aftrekbare lasten ([120]).

(69) In de GSTM-rulingaanvraag van 2010 wordt ook verzocht om een bevestiging dat „*de door CEF uit hoofde van het termijncontract verworven deelneming beschouwd wordt als een directe deelneming in het kapitaal van GSTM vanaf het moment waarop dat termijncontract wordt gesloten voor het doel van artikel 166 LIR*" ([121]). Bijgevolg wordt CEF vrijstelling verleend voor de belastbare inkomsten uit de GSTM-aandelen, mits de voorwaarden van artikel 166 LIR zijn vervuld.

2.2.4.6. ***Uitvoering van de GSTM-rulings***

(70) De belastingaangiften die Luxemburg heeft overgelegd weerspiegelen de fiscale behandeling die de vennootschappen waarop de in de GSTM-rulings beschreven transacties betrekking hebben, genieten.

2.2.4.6.1. **GSTM**

(71) Uit de enkelvoudige jaarrekening van GSTM voor 2012 blijkt dat EIL „*[GSTM] een verplicht converteerbare lening ten bedrage van 1 036 912 506,84 EUR heeft verstrekt met een looptijd van 15 jaar gerekend vanaf 17 juni 2011*" ([122]).

([111]) Zie circulaire 164/2, punt 4.2.
([112]) Zie de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2012, bijlage 3.
([113]) Zie de brief van Luxemburg van 23 mei 2016.
([114]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 2. In dezelfde trant luidt de GSTM-rulingaanvraag van 2012 als volgt: „*ook als de boekhoudkundige verwerking afwijkt van de jaarlijkse aanwas uit hoofde van het ZORA-contract, geeft GSTM alleen de GSTM-marge bij de belastingdienst aan*".
([115]) Zie punt 2.2.3.4.
([116]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 3, en de voetnoten 3 en 4, die dezelfde argumenten bevatten als die welke zijn aangevoerd in de LNG-rulingaanvraag van 2008 (zie overweging 38).
([117]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 3.
([118]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, punt 6, bladzijde 6.
([119]) Zie punt 2.2.3.5.
([120]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 3.
([121]) Zie de GSTM-rulingaanvraag van 2010, bladzijde 5, punt 2 (onderstreping toegevoegd door de Commissie).
([122]) Zie ook de toelichting bij de balans van GSTM op 31 december 2011 en de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2011 van GSTM, bijlage 3.

(72) In de belastingaangiften van GSTM is de GSTM-ZORA geboekt op de passiefzijde van de balans, voor een bedrag dat gelijk is aan het nominale bedrag van de ZORA (1 036 912 506,84 EUR). Dit bedrag verandert niet met de tijd ([123]).

(73) Voor elk jaar is een bedrag gelijk aan de jaarlijkse ZORA-aanwas als financiële schuld van GSTM ([124]) op de passiefzijde van de balans van GSTM ([125]) bijgeschreven, ter compensatie van de overeenkomstige uitgave die op de resultatenrekening is geboekt. Dit bedrag is derhalve op de belastbare inkomsten van GSTM in mindering gebracht. De in de belastingaangiften van GSTM voor de periode 2011 t/m 2015 opgegeven gecumuleerde ZORA-aanwas is weergegeven in Tableau 2 hieronder.

Tabel 2

In de belastingaangiften van GSTM opgegeven ZORA-aanwas

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Gecumuleerde ZORA-aanwas (in miljoenen EUR)	44,9	[100 — 150]	[300 — 350]	[450 — 500]	[600 — 650]	[600 — 900]

(74) Overeenkomstig de GSTM-ruling van 2010 wordt GSTM aangeslagen voor de GSTM-marge. In Figure 3 is weergegeven hoe de GSTM-marge voor het boekjaar 2011 is berekend ([126]). De „*netto-inkomsten vóór belastingen en vóór ZORA-aanwas*" bedroegen 45 522 581,00 EUR. Het belastbaar inkomen van GSTM wordt berekend op basis van [1/(50-100)%] van het gemiddelde activatotaal van de vennootschap in de periode 2011, ofwel 3,7 miljard EUR. Hiervan uitgaand komt het belastbaar inkomen van GSTM uit op [500 000-600 000] EUR (waarbij een als „kapitaalvergoeding" aangeduid bedrag van [6 000-11 000] EUR wordt opgeteld). Het verschil tussen dat bedrag en de „*netto-inkomsten vóór belastingen en vóór ZORA-aanwas*" is het bedrag van 44,9 miljoen EUR dat in de belastingaangifte als aftrekbare ZORA-aanwas is opgegeven.

Figuur 3

Berekening van het belastbaar inkomen van GSTM voor 2011, zoals uiteengezet in bijlage 3 van de belastingaangifte van GSTM voor 2011

Totaal activa	Van	tot	Aantal dagen	Gemiddelde (*)
8 691 871 776	2.5.2011	31.12.2011	244	3 729 884 433

Totale schuld waarmee de activa zijn gefinancierd	3 729 202 241
Netto-inkomsten vóór belastingen en vóór ZORA-aanwas	[45 000 000-50 000 000]
Netto-inkomsten vóór belastingen en vóór ZORA-aanwas met betrekking tot het kapitaal	8 326
Netto-inkomsten vóór belastingen en vóór ZORA-aanwas met betrekking tot de schuld waarmee de activa zijn gefinancierd	[45 000 000-50 000 000]
Totaal	[45 000 000-50 000 000]
Marge van [1/(50-100) %]	[550 000-600 000]

([123]) Zie bijlage 1 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van elk jaar.
([124]) Zie bijlage 1 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van elk jaar.
([125]) Zie bijlage 2 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van elk jaar.
([126]) Dit getal komt overeen met de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van 2011, bijlage 3.

Kapitaalvergoeding	
Vergoeding voor de schuld waarmee de activa zijn gefinancierd (marge van [1/(50-100) %])	[550 000-600 000]
Totale nettomarge	[550 000-600 000]

De marge is al in de jaarrekening opgenomen, er is geen correctie nodig.

Berekening van het belastbare bedrag	EUR
Resultaat van het boekjaar	420 802
Toevoegen: belastingen	[150 000-200 000]
Belastbaar bedrag	[550 000-600 000]
Vennootschapsbelasting	[100 000-150 000]

(*) berekend op maandbasis

(75) Uit de belastingaangiften van GSTM blijkt dat de GSTM-marge na 2011 is gewijzigd, zoals eerder al is aangegeven ([127]). Zoals weergegeven in figuur 4, is de GSTM-marge voor 2012 en 2013 niet vastgesteld op [1/(50-100)%] van de activawaarde, zoals aanvankelijk in de GSTM-rulingaanvraag van 2010 werd beoogd, maar op [0-1 %] van de waarde van de schulden waarmee de activa werden gefinancierd ([128]). In 2014 is de GSTM-marge vastgesteld op [0-1 %] van het totale bedrag aan leningen en vorderingen. Uit de belastingaangiften blijkt dat de GSTM-marge voor die jaren berekend is aan de hand van de rulingaanvragen van 11 juli 2012 en 11 november 2013 ([129]), die nooit door de Luxemburgse belastingdienst zijn ingewilligd, zoals aangegeven in overweging 64.

Figuur 4

Berekening van het belastbaar inkomen van GSTM aan de hand van de rulingaanvragen van 2010 en 2012, die in bijlage 3 van de belastingaangifte van GSTM over 2012 zijn opgenomen

Bijlagen bij de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting over 2012 en de vermogensaangifte van 1 januari 2013 namens:

GDF SUEZ Treasury Management S.à.r.l fiscaal nummer 20 112 416 545

Bijlage 3	STAW/NGOK

Toelichting

Algemeen

Er wordt verwezen naar de brieven van de belastingadviseur van 9 februari 2010 en 15 juni 2012.

([127]) Zie overweging 64.
([128]) Zie bijlage 3 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van 2012.
([129]) Zie bijlage 3 voor de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van 2012.

Marge op financieringsactiviteit

Er wordt verwezen naar de overeenkomsten inzake voorafgaande vaststelling van de verrekenprijs van de belastingadviseur van 11 juli 2012 en 11 november 2013 (de APA's)

De marge op financieringsactiviteit wordt als volgt berekend:

Gemiddeld bedrag van de schuld waarmee de activa zijn gefinancierd (*)	van	tot	dagen	% (**)	marge
[9 000 000 000-10 000 000 000]	1-1-2012	31-12-2012	366	4,2 bps	[3 000 000-4 000 000]
Totaal			366		

Vergoeding voor risicokapitaal

Gemiddeld kapitaal (*)	van	tot	dagen	vergoeding voor risicokapitaal
[2 000 000-3 000 000]	1-1-2012	31-12-2012	366	[20 000-30 000]
Totaal			366	

Berekening van de ZORA-aanwas

Netto-inkomsten vóór belastingen en vóór ZORA-aanwas	[100 000 000-150 000 000]
Min: vergoeding in kapitaal	[20 000-30 000]
Min: minimummarge	[3 000 000-4 000 000]
ZORA-aanwas	[100 000 000-150 000 000]

Het bedrag van de ZORA-aanwas dat in de jaarrekening is aangegeven, komt niet overeen met de APA's (te laag). Bijgevolg is er een correctie van [40 000-50 000] EUR uitgevoerd in de fiscale balans en de fiscale winst-en-verliesrekening en is die correctie overgenomen in de handelsbalans van 2013.

(*) Berekend op maandbasis
(**) Wij verwijzen naar de verrekenprijsanalyse die in de APA's is voorzien

2.2.4.6.2. **EIL**

(76) Voor de waarde van de GSTM-ZORA is in de jaarrekening van EIL het nominale bedrag van 1 036 912 507 EUR ([130]) aangehouden, overeenkomstig de in de GSTM-rulings toegekende optie ([131]).

([130]) Zie voor elk jaar de balans van EIL in de aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting, bijlage 1.
([131]) Zie overweging 67.

2.2.4.6.3. **CEF**

(77) Ten slotte komt in de belastingaangifte van CEF tevens een deelneming in GSTM ter hoogte van de nominale waarde van de GSTM-ZORA voor, in de categorie deelnemingen die op grond van artikel 166 LIR in aanmerking komen voor deelnemingsvrijstelling ([132]).

2.3. *BESCHRIJVING VAN HET TOEPASSELIJKE NATIONALE RECHTSKADER*

2.3.1. ALGEMENE BEGINSELEN VAN HET LUXEMBURGSE VENNOOTSCHAPSBELASTINGSTELSEL

(78) In de LIR is vermeld welke regels van gemeen recht van toepassing zijn op de vennootschapsbelasting in Luxemburg. Volgens artikel 159 LIR zijn vennootschappen die hun fiscale woonplaats in Luxemburg hebben belastingplichtig voor hun volledige inkomsten ([133]). Artikel 163 LIR bepaalt dat de Luxemburgse vennootschapsbelasting geheven wordt over het belastbaar inkomen dat een belastingplichtige in een bepaald jaar heeft gerealiseerd ([134]). Vóór 2013 werden alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen voor hun belastbare winst aangeslagen tegen het standaardtarief van 28,80 % ([135]). Sinds 2013 is het standaard belastingtarief 29,22 %.

(79) In artikel 18, alinea 1, LIR, is bepaald volgens welke methode de belastbare jaarwinst van een belastingplichtige onderneming moet worden bepaald: „De winst is het verschil tussen het netto geïnvesteerd vermogen aan het einde van het boekjaar en het netto geïnvesteerd vermogen aan het begin van het boekjaar, vermeerderd met de privéonttrekkingen die gedurende het boekjaar zijn uitgevoerd en verminderd met de privéstortingen die gedurende het boekjaar zijn uitgevoerd."

(80) Artikel 23 LIR bepaalt dat de waardering van het nettovermogen moet voldoen aan de boekhoudkundige regels en beginselen ([136]).

(81) Artikel 40 LIR stelt het beginsel in dat de fiscale balans moet worden afgestemd op de handelsbalans Volgens dit beginsel moet de fiscale balans — die het belastbare jaarinkomen bepaalt — overeenkomen met de handelsbalans, behalve wanneer er een bijzondere belastingregel geldt volgens welke er andere waarden gehanteerd moeten worden ([137]).

2.3.2. DEELNEMINGSVRIJSTELLING EN BELASTING VAN WINSTUITKERINGEN

(82) Volgens artikel 97, alinea 1, LIR omvatten de inkomsten uit roerend kapitaal dividenden, winstaandelen en andere toegekende opbrengsten uit aandelen of andere deelnemingen in vennootschappen ([138]).

([132]) Zie, voor elk jaar, Aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting, Bijzonderheden ten aanzien van de in artikel 166 LIR bedoelde deelnemingen.

([133]) Artikel 159, alinea 1, LIR: „Als ingezeten belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting worden de hierna genoemde collectieve organisaties aangemerkt, voor zover hun statutaire zetel of hoofdbestuur zich op het grondgebied van het Groothertogdom bevindt." Artikel 159, alinea 2, LIR: „De vennootschapsbelasting heeft betrekking op alle inkomsten van de belastingplichtige".

([134]) Artikel 163, alinea 1, LIR: „De vennootschapsbelasting wordt geheven over het belastbare inkomen dat de belastingplichtige in het kalenderjaar heeft gerealiseerd".

([135]) De Luxemburgse vennootschapsbelasting bestaat uit een belasting over de winst (de „impôt sur le revenu des collectivités" of „IRC"), waarvan het tarief is vastgesteld op 21 % en, voor vennootschappen die in de stad Luxemburg gevestigd zijn, een bedrijfsbelasting over de winst (de „impôt commercial"), waarvan het tarief is vastgesteld op 6,75 %. Verder wordt een toeslag van 5 % op de IRC van 21 % toegepast ter financiering van een werkgelegenheidsfonds. In 2012 is de solidariteitstoeslag verhoogd van 5 % tot 7 %, met ingang van het belastingjaar 2013. Door de veranderingen die met ingang van het belastingjaar 2013 zijn ingevoerd, is het gecumuleerde belastingtarief voor in de stad Luxemburg gevestigde vennootschappen gestegen van 28,80 % naar 29,22 %. Vennootschappen zijn in Luxemburg ook onderworpen aan een jaarlijkse vermogensbelasting die wordt geheven over hun nettovermogen. Het betreft een heffing van 0,5 % op de nettowaarde van het wereldwijde vermogen van de vennootschap per 1 januari van elk jaar.

([136]) Artikel 23, alinea 1, LIR: „[…] de waardering van tot het netto geïnvesteerd vermogen behorende goederen dient te voldoen aan de regels die in de volgende alinea's zijn bepaald en, wat betreft exploitanten die verplicht zijn een reguliere boekhouding bij te houden, aan de beginselen van een dergelijke boekhouding.

([137]) Artikel 40, alinea 1, LIR: „Wanneer de voorschriften voor fiscale waardering geen waardering op een bepaald bedrag vereisen, moeten de waarden in de fiscale balans gelijk zijn aan die in de handelsbalans of die waarden zo veel mogelijk benaderen in het kader van de voormelde voorschriften, al naargelang de waarden van de handelsbalans al dan niet aan dezelfde voorschriften voldoen".

([138]) Artikel 97, alinea 1, LIR: „Als inkomsten uit roerende goederen worden beschouwd: 1. dividenden, winstaandelen en andere toegekende opbrengsten, in eender welke vorm, uit aandelen, kapitaalaandelen, winstaandelen of andere deelnemingen van eender welke aard in vennootschappen als bedoeld in de artikelen 159 en 160."

(83) Voor belasting op dividenden en andere inkomsten uit deelnemingen, stelt artikel 166 LIR in Luxemburg de „vrijstellingsregeling voor inkomsten uit deelnemingen" in. Deze regeling bepaalt dat inkomsten uit deelnemingen van aan bepaalde criteria beantwoordende entiteiten vrijgesteld zijn van vennootschapsbelasting, bronbelasting en vermogensbelasting over het nettovermogen. In zijn advies over het wetsvoorstel om deze bepaling in LIR op te nemen, gaf de Luxemburgse Raad van State aan dat deze regeling om economische redenen en ten behoeve van de fiscale billijkheid gerechtvaardigd was teneinde drievoudige belasting te voorkomen ([139]).

(84) In artikel 166, alinea 2, LIR zijn de entiteiten vermeld die van de deelnemingsvrijstelling kunnen profiteren. Daartoe behoren de in Luxemburg belastingplichtige kapitaalvennootschappen (zoals naamloze vennootschappen en vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid) en de vennootschappen die vermeld zijn in artikel 2 van Richtlijn 90/435/EEG van de Raad ([140]).

(85) Om van die vrijstelling te profiteren, moet aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan. Enerzijds moeten de entiteiten de deelneming gedurende een ononderbroken periode van ten minste twaalf maanden onder zich houden of zich daartoe verbinden. Anderzijds mag de deelneming niet minder waard worden dan de drempel van 10 % van het kapitaal van de entiteit waarin de deelneming wordt aangehouden, of mag de aankoopprijs niet lager zijn dan 1,2 miljoen EUR ([141]).

(86) Mits deze twee voorwaarden zijn vervuld, zijn inkomsten uit deelnemingen (dividenden, kapitaalwinst of andere inkomsten uit deelneming) volledig van de Luxemburgse vennootschapsbelasting vrijgesteld. Krachtens artikel 166, alinea 9, LIR en de groothertogelijke verordening van 21 december 2001 (de „verordening van 21 december 2001") ([142]) is de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing op kapitaalwinst („inkomsten uit overdracht van deelnemingen") ([143]).

(87) De aan de uitkerende entiteit opgelegde belasting op winstuitkeringen is geregeld in artikel 164 LIR. In artikel 164, alinea 1 is bepaald dat het voor de vaststelling van het belastbaar inkomen eender is of de winst al dan niet aan de rechthebbenden is uitgekeerd ([144]). In artikel 164, alinea 2, LIR wordt toegelicht wat er in het licht van artikel 164, lid 1, LIR verstaan moet worden onder „uitkering", namelijk uitkeringen van eender welke aard aan houders van aandelen, winstaandelen of oprichtersaandelen, genotsaandelen of eender welk ander waardepapier, daaronder begrepen obligaties met variabele rente ([145]).

2.3.3. UITSTEL VAN BELASTING OP KAPITAALWINST UIT CONVERSIE

(88) Het algemene principe voor conversie van activa is vastgelegd in artikel 22, alinea 5, LIR. Volgens dit artikel moet een ruil van goederen beschouwd worden als een overdracht onder bezwarende titel van het ter ruiling aangeboden goed, gevolgd door de verwerving onder bezwarende titel van het ter ruiling ontvangen goed, tegen een prijs die overeenkomt met de geschatte realiseerbare waarde van dat goed ([146]), waarbij een belastbare kapitaalwinst kan ontstaan.

([139]) Advies van de Raad van State van 2 april 1965 betreffende artikel 242 van het wetsvoorstel inzake inkomstenbelasting: „De overweging dat de bedrijfswinst van een dochtervennootschap die naar een moedervennootschap wordt gesluisd alvorens aan de aandeelhouders te worden uitgekeerd, aan drievoudige belasting blootstaat, hetgeen om economische redenen en ten behoeve van de fiscale billijkheid moet worden voorkomen" (onderstreping toegevoegd door de Commissie).

([140]) Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moeder- en dochtervennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 225 van 20.8.1990, blz. 6).

([141]) Artikel 166, alinea 1, LIR: „de inkomsten uit een deelneming […] worden vrijgesteld wanneer de begunstigde voormelde deelneming op de datum waarop de inkomsten ter beschikking worden gesteld gedurende een ononderbroken periode van ten minste twaalf maanden onder zich heeft of zich ertoe verbindt voormelde deelneming gedurende die periode onder zich te houden en het deelnemingspercentage gedurende die gehele periode niet lager is dan 10 procent, of de aankoopprijs niet lager is dan 1 200 000 EUR".

([142]) Groothertogelijke verordening van 21 december 2001 houdende tenuitvoerlegging van artikel 166, alinea 9, punt 1 van de gewijzigde wet van 4 december 1967 inzake inkomstenbelasting.

([143]) Artikel 166, alinea 9, LIR: „Een groothertogelijke verordening kan: 1. de vrijstelling op de nader te bepalen voorwaarden en wijzen uitbreiden tot inkomsten uit overdracht van de deelneming; 2. bepalen dat verliezen uit overdracht onder de nader te bepalen voorwaarden niet aftrekbaar zijn". Artikel 1, alinea 1, van de verordening van 21 december 2001: „Wanneer een belastingplichtige als bedoeld in artikel 166, artikel 1, punten 1 t/m 4 waardepapieren van een directe deelneming in het aandelenkapitaal van een vennootschap als bedoeld in alinea 2, punten 1 t/m 3 van hetzelfde artikel overdraagt, worden de inkomsten uit die overdracht vrijgesteld wanneer de begunstigde voormelde deelneming op de datum waarop de inkomsten ter beschikking worden gesteld gedurende een ononderbroken periode van ten minste twaalf maanden onder zich heeft of zich ertoe verbindt voormelde deelneming gedurende die periode onder zich te houden en het deelnemingspercentage gedurende die gehele periode niet lager is dan 10 procent, of de aankoopprijs niet lager is dan 6 000 000 EUR".

([144]) Artikel 164, alinea 1, LIR: „Voor de vaststelling van het belastbaar inkomen is het eender of de winst al dan niet aan de rechthebbenden is uitgekeerd."

([145]) Artikel 164, alinea 2, LIR: „Uitkeringen in de zin van de vorige alinea zijn uitkeringen van eender welke aard aan houders van aandelen, winstaandelen of oprichtersaandelen, genotsaandelen of eender welk ander waardepapier, daaronder begrepen obligaties met variabele rente, die recht geven op een deelneming in de jaarlijkse winst of de liquidatiewinst."

([146]) Artikel 22, alinea 5, LIR: „De ruil van goederen moet beschouwd worden als overdracht onder bezwarende titel van het ter ruiling aangeboden goed, gevolgd door de verwerving onder bezwarende titel van het ter ruiling ontvangen goed. De overdrachtsprijs van het ter ruiling aangeboden goed komt overeen met de geschatte realiseerbaarde waarde van dat goed."

(89) In afwijking van die algemene regel bepaalt artikel 22 bis, alinea 2, punt 1, LIR dat de conversie van een lening in aandelenkapitaal van de schuldenaar niet leidt tot realisatie van kapitaalwinst voor de vennootschapsbelasting. In diezelfde bepaling is vastgelegd dat deze uitzondering niet geldt voor de gekapitaliseerde rente op de lening over de aan de conversie voorafgaande periode van het lopende boekjaar tot aan de datum van de ruil ([147]).

2.3.4. ANTIMISBRUIKBEPALING

(90) Artikel 6 van de Luxemburgse belastingaanpassingswet, of *Steueranpassungsgesetz* (hierna „StAnpG") verbiedt belastingontwijking of verlaging van de belastingdruk door misbruik van rechtsvormen of constructies uit het burgerlijk recht. Als de rechtsvorm of constructie van een transactie niet past bij de aard van die transactie, moet de belasting volgens artikel 6 StAnpG worden vastgesteld alsof die transactie in de juiste rechtsvorm was verricht ([148]).

3. **REDENEN VOOR HET INLEIDEN VAN DE PROCEDURE**

(91) In haar inleidingsbesluit kwam de Commissie tot het voorlopige oordeel dat de fiscale behandeling die op basis van de betwiste fiscale rulings was toegekend staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag leek in te houden, en betwijfelde ze of die maatregelen verenigbaar waren met de interne markt.

(92) Meer in het bijzonder uitte de Commissie in haar inleidingsbesluit twijfels ten aanzien van de volgende punten.

(1) Was de toestemming van de Luxemburgse belastingdienst om de ZORA-aanwas aftrekbaar te maken terecht en voldeden de ZORA's aan het arm's-lengthbeginsel?

(2) Indien de beslissing van de Luxemburgse belastingdienst om de aftrek van ZORA-aanwas toe te staan terecht was, heeft ze dan ten eerste de toepassing van artikel 22 bis LIR terecht aanvaard? En, ten tweede, stemde de gebruikte methode ter bepaling van de belastbare winst van GSTM en LNG Supply overeen met het arm's-lengthbeginsel?

(3) Is het gecombineerde effect van de aftrekbaarheid van uitgaven (ZORA-aanwas) bij LNG Supply en GSTM en de belastingvrijstelling van de overeenkomstige inkomsten bij EIL en LNG Luxembourg strijdig met het algemene doel van het Luxemburgse belastingstelsel en verleent het de houdstermaatschappijen LNG Holding en CEF dus een selectief voordeel?

(93) De eerste twijfel van de Commissie had betrekking op de ZORA-aanwas ([149]). De Commissie betwijfelde of de ZORA-aanwas aangemerkt kon worden als rente in de zin van artikel 109 LIR en bijgevolg of de ZORA-aanwas aftrekbaar was. Meer in het bijzonder was de Commissie van oordeel dat de ZORA-aanwas beschouwd moest worden als winstuitkering in de zin van artikel 164, alinea's 1 en 2, LIR en daarom niet afgetrokken had mogen worden. De Commissie meende tevens dat Luxemburg artikel 164, alinea 3, LIR mogelijk verkeerd had toegepast door aftrek van de ZORA-aanwas toe te staan. Volgens deze bepaling moet een vennootschap alle betalingen aan haar aandeelhouders die niet met het arm's-lengthbeginsel overeenstemmen, als verborgen winstuitkering in haar belastbare inkomen opnemen. In het bijzonder vroeg de Commissie zich af of een onafhankelijke vennootschap die volgens het arm's-lengthbeginsel handelt een lening aan LNG Supply en GSTM zou hebben verstrekt volgens de voorwaarden van de ZORA.

(94) Zelfs al was de beslissing van de Luxemburgse belastingdienst om de aftrek van ZORA-aanwas toe te staan terecht, dan nog bleef bij de Commissie een tweede punt van twijfel bestaan, dat tweeledig was.

(1) Ten eerste plaatste de Commissie vraagtekens bij de toepassing van artikel 22 bis LIR. Volgens dit artikel zou er over de conversie van de ZORA in aandelen geen vennootschapsbelasting verschuldigd zijn ([150]). Als de ZORA-aanwas als aftrekbare debetrente beschouwd moest worden, wat de Commissie met haar eerste punt van twijfel bestreed, had die aanwas als inkomsten bij EIL en LNG Luxembourg of de houdstermaatschappijen belast moeten worden en niet op grond van artikel 22 bis, LIR vrijgesteld moeten zijn.

([147]) Artikel 22 bis, lid 2, punt 1, LIR, luidt aldus: „In afwijking van artikel 22, lid 5, leiden de in de punten 1 t/m 4 hieronder bedoelde ruilhandelingen niet tot realisatie van de aan de geruilde goederen inherente kapitaalwinst, tenzij, in de gevallen bedoeld in de punten 1, 3 en 4, de schuldeiser of de vennoot van de toepassing van deze bepaling afziet: 1 tijdens de conversie van een lening: toewijzing aan de schuldeiser van waardepapieren die het aandelenkapitaal van de debiteur vertegenwoordigen. Bij conversie van een converteerbare kapitaallening is de gekapitaliseerde rente over het lopende boekjaar voorafgaand aan de conversie belastbaar op het moment van de ruil". Bovendien bepaalt artikel 22 bis, alinea 4 het volgende: „Voor de vennoot komen de prijs en de verwervingsdatum van de ter ruiling ontvangen waardepapieren overeen met de prijs en de verwervingsdatum van de ter ruiling aangeboden waardepapieren. Indien de vennoot een bijbetaling ontvangt, dient deze in mindering te worden gebracht op de verwervingsprijs van de ter ruiling ontvangen waardepapieren."

([148]) Artikel 6 StAnpG luidt als volgt: „*Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden. Liegt ein Missbrauch vor, so sind die Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.*"

([149]) Zie punt 4.2.1 van het inleidingsbesluit.

([150]) Zie punt 4.2.2.1 van het inleidingsbesluit.

(2) Ten tweede uitte de Commissie twijfels over de in de betwiste fiscale rulings gebruikte methode om de belastbare inkomsten van LNG Supply en GSTM te bepalen — een belastbare marge die op geen enkele economische analyse berust — en ten aanzien van de verenigbaarheid van die methode met het arm's-length-beginsel ([151]).

(95) Het derde punt van twijfel ten slotte, had betrekking op het gecombineerde effect van de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas bij de dochtervennootschappen en de belastingvrijstelling van de overeenkomstige inkomsten bij EIL en LNG Luxembourg wegens de toepassing van artikel 22 bis LIR ([152]). Door die twee effecten te combineren, heeft Luxemburg de facto belastingvrijstelling verleend voor een aanzienlijk deel van de winst die GSTM en LNG Supply met hun activiteiten in Luxemburg hebben gegenereerd. De Commissie heeft onderzocht of dit resultaat strijdig was met het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel volgens artikel 163, LIR, namelijk om belasting te heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn ([153]).

(96) Wat het derde punt van twijfel betreft, heeft de Commissie tevens onderzocht of de met de rulings bekrachtigde fiscale behandeling een verkeerde toepassing van artikel 166, LIR inhield. Het doel van dit artikel is om dubbele belasting van winst te vermijden. Meer in het bijzonder merkte de Commissie op dat artikel 166 LIR door CEF en LNG Holding leek te zijn ingeroepen om de winst die niet bij GSTM en LNG Supply was belast, vrij te stellen ([154]).

(97) De Commissie gaf aan dat de betwiste fiscale rulings duidelijk een selectief voordeel verschaften, niet alleen aan de houdstermaatschappijen CEF en LNG Holding, maar ook aan de groep Engie in haar geheel ([155]).

(98) De Commissie kwam ook tot het voorlopige oordeel dat de betwiste fiscale rulings mogelijk strijdig waren met de Luxemburgse bepalingen ten aanzien van rechtsmisbruik op fiscaal gebied (artikelen 5 en 6 StAnpG) ([156]).

(99) Tijdens een bijeenkomst op 1 juni 2017 en in de brief van 11 december 2017 naar aanleiding van de door Luxemburg en Engie ingediende aanvullende informatie, heeft de Commissie bepaalde elementen van haar beoordeling van de zaak nadere verduidelijkt. De Commissie heeft nota genomen van het feit dat artikel 109, alinea 1, LIR niet van toepassing is op vennootschappen naar Luxemburgs recht, noch op vennootschappen die fiscaalrechtelijk in Luxemburg gevestigd zijn. De Commissie heeft tevens in aanmerking genomen dat de regeling zoals bedoeld in artikel 22 bis, LIR facultatief is en dat de betrokken vennootschappen tot op heden nog niet voor toepassing van dat artikel hebben gekozen. Ten slotte heeft de Commissie aangegeven dat de betwiste fiscale rulings volgens Luxemburg „gegrond zijn op het algemene vennootschapsbelastingstelsel" ([157]) en in het bijzonder op „het beginsel dat de fiscale balans moet worden afgestemd op de handelsbalans" ([158]). In dat opzicht, en zoals aangegeven in het inleidingsbesluit ([159]), zou het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, dat ten doel heeft de winst van aan de Luxemburgse vennootschapsbelasting onderworpen vennootschappen te belasten, als referentiestelsel kunnen dienen.

(100) Bovendien heeft de Commissie in haar brief van 11 december 2017 ten aanzien van het aan de groep Engie verleende voordeel ([160]) uitgelegd dat financieringstransacties tussen verschillende entiteiten die fiscaalrechtelijk in Luxemburg gevestigd zijn geen invloed zouden mogen hebben op het totale belastbare inkomen van die entiteiten, of, met andere woorden, op hun gecombineerde inkomen, daar het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel ten doel heeft alle winst die op de rekeningen van de vennootschap is geboekt in het belastbare inkomen op te nemen. In dit geval heeft de Commissie echter opgemerkt dat de betwiste fiscale rulings hebben geleid tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van Engie (op groepsniveau) in Luxemburg.

4. **OPMERKINGEN VAN LUXEMBURG**

(101) Luxemburg herinnert er in de eerste plaats aan dat belastingregels onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen, overeenkomstig artikel 114 van het Verdrag. Alleen indien een belastingregel strijdig is met artikel 107 van het Verdrag kan de Commissie die regel onderzoeken.

(102) In de tweede plaats betwist Luxemburg om de hierna uiteengezette redenen dat er sprake is van een selectief voordeel.

([151]) Zie punt 4.2.2.2 van het inleidingsbesluit.
([152]) Zie punt 4.2.3 van het inleidingsbesluit.
([153]) Zie de overwegingen 151 t/m 155 van het inleidingsbesluit.
([154]) Zie overweging 156 van het inleidingsbesluit.
([155]) Zie overweging 152 van het inleidingsbesluit.
([156]) Zie overweging 158 van het inleidingsbesluit.
([157]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, punt 168.
([158]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, punt 170.
([159]) Zie overweging 152 van het inleidingsbesluit.
([160]) Zie overweging 97.

4.1. *DE COMMISSIE BEROEPT ZICH IN HAAR INLEIDINGSBESLUIT OP HET VERKEERDE REFERENTIE-STELSEL*

(103) In de eerste plaats is artikel 109, LIR volgens Luxemburg alleen van toepassing op natuurlijke personen en dus niet op vennootschappen.

(104) In de tweede plaats wijst Luxemburg erop dat ZORA's vanuit het oogpunt van het Luxemburgse belastingstelsel schuldinstrumenten zijn. Bijgevolg kunnen ze niet gelijkgesteld worden aan kapitaaldeelnemingen ([161]). Deze classificatie wordt gerechtvaardigd door het ontbreken van aan de ZORA verbonden stemrechten, rechten op deelname in het beheer, dividenden of liquidatie-uitkeringen, de verplichte aflossing op een vooraf bepaalde datum, het ontbreken van een notariële akte ter vaststelling van kapitaalinbreng en de rechtsvorm van het contract. Daarnaast beweert Luxemburg dat een ZORA geen waardepapier is dat recht geeft op een deelneming in de jaarlijkse winst of de liquidatiewinst. Volgens Luxemburg is artikel 164, alinea's 1 en 2, LIR, derhalve niet van toepassing.

(105) Wat in de derde plaats de toepasselijkheid van het arm's-lengthbeginsel op de ZORA betreft, is Luxemburg van mening dat de Commissie niet op de hoogte was van de verschillende categorieën beleggers. Een ZORA is geen standaard leningsovereenkomst, maar een atypisch instrument dat de leningnemer indekt tegen eventuele operationele risico's en de belegger een beter rendement op zijn investering biedt. Gezien de volatiliteit van de markt en de afhankelijkheid van financiering, is de ZORA voor de leninggever een voor de hand liggende keuze. Op de financiële markten circuleren soortgelijke instrumenten zoals exchange traded notes (ETN). Derhalve voldoen de voorwaarden van de ZORA aan het arm's-lengthbeginsel en is artikel 164, alinea 3 LIR volgens Luxemburg niet van toepassing.

(106) Volgens Luxemburg berust het referentiestelsel enerzijds op de artikelen 18, 40 en 23 LIR, die de vaststelling van het belastbaar inkomen van een vennootschap, het beginsel dat de fiscale balans moet worden afgestemd op de handelsbalans en het voorzichtigheidsbeginsel bekrachtigen, en anderzijds op artikel 22 bis LIR.

(107) Luxemburg wijst erop dat bij de vaststelling van het belastbaar inkomen volgens artikel 18 LIR twee beginselen leidend zijn: ten eerste het beginsel dat de fiscale balans op de handelsbalans moet worden afgestemd (artikel 40 LIR) en ten tweede het voorzichtigheidsbeginsel, waarbij winst pas kan worden belast als ze ook werkelijk gerealiseerd is.

(108) Wat betreft artikel 22 bis LIR, verklaart Luxemburg dat het gaat om een facultatieve regeling die van toepassing is op vennootschappen, overeenkomstig artikel 162 LIR ([162]).

(109) Luxemburg betwist de interpretatie dat het doel of beginsel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel volgens artikel 163 LIR zou zijn om alle winst van in Luxemburg gevestigde vennootschappen te belasten. Luxemburg is van oordeel dat geen enkele wetsbepaling deze doelstelling bekrachtigt of weerspiegelt. Volgens Luxemburg moet de definitie van een referentiestelsel berusten op wettelijke regels, en niet op een hypothetisch beginsel of doel dat anders uitgelegd kan worden dan de exacte formulering van de wet.

4.2. *DE BETWISTE FISCALE RULINGS WIJKEN NIET AF VAN HET REFERENTIESTELSEL*

(110) Luxemburg wijst erop dat de fiscale aftrekbaarheid van de met de ZORA's samenhangende lasten, zoals bekrachtigd in de betwiste fiscale rulings, volledig in overeenstemming was met de artikelen 14 t/m 60 LIR en bijgevolg met de artikelen 18, 40 en 23 LIR. Luxemburg meent dat de Commissie niet op de hoogte was van het feit dat de lasten die door GSTM en LNG Supply afgetrokken mochten worden geen rente, noch dividenden waren. De aflossing van de ZORA kan tegen een hogere prijs dan het nominale bedrag van het instrument plaatsvinden. Volgens het voorzichtigheidsbeginsel dient de leningnemer een last te voorzien om dit risico te dekken. Volgens de artikelen 18, 40 en 23 LIR is die last fiscaal aftrekbaar.

([161]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, bladzijde 8. „Een ZORA is een contract ter vastlegging van een schuld en de aflossing daarvan, zodat artikel 164 LIR in dit geval niet van toepassing lijkt". „Vanuit het oogpunt van het Luxemburgse belastingstelsel, hebben ZORA's de wezenlijke kenmerken van een schuld en niet van een kapitaaldeelneming."

([162]) Artikel 162 LIR: „1. De bepalingen van titel 1 van de onderhavige wet zijn van toepassing op de vaststelling van het belastbaar inkomen en de netto-inkomsten waaruit het is opgebouwd, op de vaststelling van de overdrachtswinst of liquidatiewinst en op de aangifte, vaststelling en inning van de belasting, tenzij hierna anders is bepaald of de toepassing van deze bepalingen niet te rechtvaardigen is gezien de bijzondere aard van de collectieve organisaties. 2. Ter uitvoering van de voorgaande analyse, zal middels een groothertogelijke verordening worden vastgesteld welke bepalingen op collectieve organisaties van toepassing zijn".

(111) Luxemburg meent dat de door de betwiste fiscale rulings bekrachtigde fiscale behandeling volledig overeenstemt met de artikelen 97 en 22 bis LIR. Luxemburg beweert dat de Commissie ten onrechte van oordeel is dat alle gekapitaliseerde rente belastbaar moest zijn. Meer ten principale beweert Luxemburg dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het feit dat de last geen rente of dividend is, zoals uitgelegd in overweging 110. Het voorzichtigheidsbeginsel veronderstelt dat een last die voor de ene partij fiscaal aftrekbaar is, niet noodzakelijkerwijs een aftrekbare winst voor de andere partij met zich meebrengt. ZORA's moeten door de schuldeiser worden gewaardeerd op de aankoopprijs, niet op de marktprijs. Bijgevolg is Luxemburg van oordeel dat ZORA's voorafgaand aan de conversiedatum geen belastbaar inkomen voor de schuldeiser genereren.

(112) Vanuit fiscaal oogpunt wordt op de conversiedatum een winst geboekt die gelijk is aan het verschil tussen de aankoopprijs en de marktwaarde van de aandelen. Luxemburg wijst er echter op dat EIL en LNG Luxembourg het in artikel 22 bis LIR bedoelde mechanisme kunnen inroepen. De aandelen die de leninggever heeft ontvangen kunnen dan voor de schuldeiser geacht worden in de plaats te treden van de ZORA. In dat geval kunnen de aandelen in de boekhouding van de schuldeiser tegen het nominale ZORA-bedrag worden gewaardeerd.

(113) Luxemburg legt echter uit dat LNG Luxembourg na de gedeeltelijke aflossing van de ZORA door LNG Supply, in 2014, niet voor de in artikel 22 bis LIR bedoelde facultatieve regeling heeft gekozen, maar een belastbare winst in de boeken heeft opgenomen.

(114) Luxemburg is van oordeel dat de betwiste fiscale rulings geen inbreuk maken op het arm's-lengthbeginsel, daar ze toelaten de winst van GSTM en LNG Supply te bepalen volgens een methode die gebaseerd is op de gelopen risico's, de uitgeoefende functies en de activa die door elke entiteit zijn aangewend.

(115) Luxemburg betwist artikel 166 LIR verkeerd te hebben toegepast daar de betwiste fiscale rulings slechts een strikte en correcte uitleg geven aan de belastingregels die op elke vennootschapsbelastingplichtige onderneming van toepassing zijn.

(116) Luxemburg bestrijdt dat het doel van artikel 166 LIR is om dubbele economische belasting te vermijden. Luxemburg meent dat inkomsten volgens artikel 166 LIR niet eerder belast hoeven te zijn om van de belasting op inkomsten uit deelneming vrijgesteld te worden. De enige voorwaarden voor deelnemingsvrijstelling zijn de aard van het instrument, het percentage van de deelneming in het kapitaal van de betrokken entiteit of de aankoopprijs, en de duur van de deelnemingen. In het onderhavige geval is artikel 166 LIR met inachtneming van al deze voorwaarden toegepast. Gezien het voorgaande meent Luxemburg niet alleen dat het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel niet vereist dat alle inkomsten worden belast, maar ook dat inkomsten volgens artikel 166 LIR niet per se eerder belast hoeven te zijn om voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking te komen.

(117) Luxemburg beweert tevens dat als de Commissie van oordeel is dat artikel 166 LIR niet van het referentiestelsel afwijkt, ze moet aantonen dat met de betwiste fiscale rulings een afwijkende toepassing van artikel 166 LIR op CEF en LNG Holding wordt goedgekeurd. Luxemburg bestrijdt met name de gecombineerde toepassing van de artikelen 164 en 166 LIR, daar de bepalingen van artikel 164 LIR geen onontbeerlijke voorwaarde voor toepassing van artikel 166 LIR vormen. Artikel 164 LIR is alleen van toepassing op winstuitkeringen door inheemse vennootschappen (vennootschappen die in Luxemburg gevestigd zijn), terwijl de bepalingen van artikel 166 LIR een groter toepassingsgebied hebben, daar de deelnemingsvrijstelling voor deelnemingen van zowel Luxemburgse als buitenlandse vennootschappen geldt. Niettemin erkent Luxemburg uitdrukkelijk dat alle deelnemingen die op grond van artikel 166 voor vrijstelling in aanmerking komen, ook onder de bepalingen van artikel 164 LIR vallen, met uitzondering van buitenlandse deelnemingen ([163]).

(118) Wat betreft de redenering die voor de groep gehanteerd is (zie overweging 100) blijft Luxemburg bij het standpunt dat de redenering van de Commissie berust op een ongeschikt en onbestaand referentiestelsel. Luxemburg benadrukt dat het Luxemburgs recht niet voorschrijft dat groepsinterne financieringstransacties tussen verschillende entiteiten die fiscaalrechtelijk in Luxemburg gevestigd zijn geen opwaartse of neerwaartse invloed op het totaal van de belastbare inkomsten van die entiteiten in Luxemburg mogen hebben, of, met andere woorden, op het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg. Bovendien verklaart Luxemburg dat de Commissie ter vaststelling van de selectiviteit van een maatregel niet moet aantonen dat die maatregel inbreuk maakt op het doel van het referentiestelsel, maar op het referentiestelsel zelf.

([163]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 1.b: „Behalve de uitzondering voor buitenlandse deelnemingen […], vallen alle deelnemingen waaruit de inkomsten onder de vrijstellingsregeling van artikel 166 LIR vallen, ook onder de bepalingen van artikel 164 van de LIR".

(119) Luxemburg wijst erop dat de Commissie om de selectiviteit van een maatregel vast te stellen moet bewijzen dat de ondernemingen van een bepaalde bedrijfstak ten opzichte van andere ondernemingen in die bedrijfstak worden begunstigd, en verwijst daarbij naar de intrekking van het besluit van de Commissie in de zaak *Comunidad Autónoma de Galicia* ([164]).

(120) Luxemburg betwist eveneens de bewering van de Commissie als zou elke fiscaal aftrekbare last die door een ZORA-emittent uit hoofde van de ZORA-aanwas is gerapporteerd, in het belastbaar inkomen van de schuldeiser zijn opgenomen en aldus geen effect hebben gehad op het belastbaar inkomen van de groep in Luxemburg. Luxemburg wijst erop dat artikel 22 bis LIR de schuldeiser van een converteerbare lening in staat stelt kapitaalwinst op het moment van conversie niet te rapporteren. Volgens Luxemburg zijn de belastbare inkomsten van de groep Engie door de tussenkomst van EIL en LNG Luxembourg dan ook niet lager dan wanneer de groep direct van een ZORA gebruikgemaakt had.

(121) Luxemburg bestrijdt ook dat er sprake is van rechtsmisbruik. Meer bepaald verzet Luxemburg zich tegen de insinuatie van de Commissie dat het een gesimuleerde transactie in de zin van artikel 5 StAnpG goedgekeurd zou hebben en wijst het erop dat de verschillende partijen rechtspersoonlijkheid hebben en hun contractuele verplichtingen naar behoren hebben vervuld. Luxemburg verwerpt tevens het argument dat de rechtsvorm van de transactie niet zou passen bij de aard van de transactie in de zin van artikel 6 StAnpG, daar de transacties zijn verricht om de overdracht van activa binnen de groep te financieren.

4.3. *GEEN TERUGVORDERING*

(122) Mocht de Commissie een negatief besluit nemen, dan is Luxemburg ten slotte van oordeel dat dat besluit slechts voor de toekomst zou mogen gelden en dat de Commissie overeenkomstig de beginselen van rechtszekerheid en legitiem vertrouwen geen terugvordering van de vermeende staatssteun zou mogen gelasten.

5. **OPMERKINGEN VAN ENGIE**

(123) Engie beschouwt ZORA's als schuldinstrumenten. Het terug te betalen bedrag is afhankelijk van de resultaten van de leningnemer. Bijgevolg merkt Engie op dat de schuldeiser voorafgaand aan de conversie geen inkomsten zou moeten ontvangen. Bovendien wordt de ZORA tot aan de conversie als schuldinstrument verantwoord in de boekhouding en vanuit boekhoudkundig en fiscaal oogpunt dus ook als zodanig behandeld.

(124) Engie wijst erop dat de aftrekbaarheid van de met een ZORA samenhangende lasten voor de leningnemer overeenstemt met het toepasselijk fiscaal recht. De met de aflossing van de ZORA samenhangende lasten die overeenkomstig de toepasselijke boekhoudregels in de boeken worden opgenomen, zijn fiscaal aftrekbaar volgens het fundamentele belastingbeginsel dat de fiscale balans op de boekhoudkundige balans moet worden afgestemd. Volgens het beginsel van boekhoudkundige voorzichtigheid is de schuldeiser niet gerechtigd om winst in de boeken te verwerken voordat de ZORA in aandelen is omgezet. Bijgevolg boekt de schuldeiser pas op de conversiedatum winst, die belastbaar is. Volgens Engie kan een vennootschap bij conversie van een converteerbare lening echter uitstel van belasting krijgen op grond van artikel 22 bis LIR. Ten slotte hebben EIL en LNG Luxembourg hun risico's afgedekt door termijncontracten te sluiten met respectievelijk CEF en LNG Holding. De inkomsten die de investeringen van CEF en LNG Holding hebben opgebracht, zijn belastbaar overeenkomstig het toepasselijke belastingrecht, waar artikel 166 LIR deel van uitmaakt.

(125) Engie heeft nader toegelicht welke activiteiten er aan LNG Supply en GSTM zijn overgedragen, namelijk, respectievelijk, een langetermijncontract (circa 20 jaar) voor bevoorrading met vloeibaar aardgas in Jemen (hierna het „LNG-contract") en aanverwante activa (terminalcapaciteit en transportcapaciteit) en activiteiten in verband met de centralisatie van kasmiddelen (*cash pooling*) van de groep ([165]).

(126) Engie heeft tevens uitgelegd dat alleen de ZORA tussen LNG Supply en LNG Luxembourg in 2014 deels in aandelen is omgezet vanwege de aanzienlijke winst die LNG Supply gerealiseerd had. Naar aanleiding van deze gedeeltelijke conversie heeft LNG Luxembourg belastbare inkomsten in de boekhouding opgenomen. LNG Luxembourg heeft verkozen de regeling als bedoeld in artikel 22 bis LIR niet toe te passen. In de loop van hetzelfde boekjaar heeft de entiteit voor hetzelfde bedrag een aftrekpost in de boeken opgenomen wegens de overdracht van aandelen aan LNG Holding in het kader van het LNG-termijncontract.

([164]) Arrest in de zaak C-70/16 P, *Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commission*, ECLI:EU:C:2017:1002.

([165]) Engie heeft tevens bevestigd dat LNG Supply ongeveer [1-40] voltijdwerknemers in dienst had en GSTM ongeveer [1-10] voltijdwerknemers. Engie heeft ook bevestigd dat LNG Luxembourg behalve het onder zich houden van de LNG-ZORA en het LNG-langetermijncontract geen andere activiteiten verrichtte.

(127) Engie heeft tevens bevestigd dat toepassing van artikel 22 bis LIR geen invloed gehad zou hebben op de belastbare inkomsten van de schuldeisers van de ZORA's (LNG Luxembourg en EIL), aangezien de verkoopprijs en de verkoopdatum vooraf in de termijncontracten worden vastgelegd. In dat verband is er op de bijeenkomst van 1 juni 2017 van gedachten gewisseld over het scenario waarin LNG Luxembourg of EIL een belastbare winst of een verlies realiseert, gezien het feit dat ZORA's en termijncontracten elkaar afdekken. Engie heeft verduidelijkt dat alle belastbare inkomsten uit de conversie van ZORA's gepaard gaan met een overeenkomstig fiscaal aftrekbaar verlies op de termijncontracten.

(128) Wat ten slotte het rechtskader betreft dat van toepassing is op de houdstermaatschappijen (namelijk CEF en LNG Holding), heeft Engie aangegeven dat de houdstermaatschappij geen winst verantwoordt op de datum van overdracht van de aandelen, noch indien de waarde van de aandelen hoger is dan de in de termijncontracten vastgelegde aankoopprijs. Of er winst gemaakt is, kan pas later worden vastgesteld, indien en wanneer de aandelen van de emittenten verkocht of ingetrokken worden. Volgens Engie kan die potentiële winst van belasting worden vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling die zoals in artikel 166 LIR is bepaald op alle Luxemburgse vennootschappen van toepassing is.

(129) Engie beweert dat de uitvoering van de GSTM-ZORA en de LNG-ZORA voldoet aan de overeenkomstig de belastingwetgeving aangenomen fiscale rulings en er niet toe leidt dat er twee keer geen belasting wordt geheven. Tijdens de bijeenkomst van juni 2017 heeft Engie tevens uitgelegd dat het, wanneer er in plaats van een juridische een economische logica wordt gevolgd, belangrijk is om gezien de lange looptijd van de ZORA niet alleen oog te hebben voor de jaren waarin er winst gemaakt is en er beperkte belasting is betaald. Engie heeft uitgelegd dat de regeling harmonisch is als de entiteiten afzonderlijk worden beschouwd in plaats van een economische of globale methode te volgen.

(130) Engie heeft bovendien uitgelegd dat de GSTM-ZORA nog niet geconverteerd was. EIL heeft tot op heden geen winst geboekt. De LNG-ZORA is in 2014 gedeeltelijk in aandelen geconverteerd, wat in de boekhouding van LNG Luxembourg heeft geleid tot een winstverantwoording ter hoogte van de gecumuleerde ZORA-aanwas. LNG Luxembourg heeft verkozen geen gebruik te maken van de in artikel 22 bis LIR voorziene facultatieve regeling voor uitstel van belasting. De winst uit de conversie is bij de berekening van de belastinggrondslag voor 2014 in aanmerking genomen.

(131) Engie heeft daarnaast nader uitgelegd wat de exacte rollen van EIL en LNG Luxembourg waren. Die rollen zijn beschreven in de verrekenprijsrapporten die Engie ter rechtvaardiging van de ZORA heeft opgesteld en samen met de opmerkingen ter zake van het inleidingsbesluit aan de Commissie heeft voorgelegd (de „PT-verslagen"). EIL en LNG Luxembourg worden in de PT-verslagen omschreven als de „belegger" die alle risico's in verband met de activiteiten draagt en de uit die activiteiten voortvloeiende hoofdfuncties vervult, terwijl de risico's die deze entiteiten lopen tegelijkertijd volledig zijn gedekt door de termijncontracten ([166]). Wat de verrekenprijs betreft heeft Engie uitgelegd dat de schuldeiser van de ZORA en de koper van de uit hoofde van de termijncontracten geconverteerde aandelen aan elkaar gelijkgesteld kunnen worden om de vergoeding van de ZORA-emittent te bepalen.

(132) Aangezien de tussenkomst van EIL en LNG Luxembourg vanuit economisch en commercieel oogpunt neutraal is, heeft de Commissie op de bijeenkomst van 1 juni 2017 gevraagd om een verklaring waarom deze entiteiten nodig zouden zijn om de overdracht van activa te financieren. Engie heeft bevestigd dat het de financiering van de activiteitenoverdracht anders had kunnen organiseren. Hoewel er andere constructies voor deze verrichting mogelijk zijn, is de huidige constructie gekozen omdat die een soepeler beheer van de vennootschappen en meer mogelijkheden voor toekomstige verrichtingen met zich meebrengt, wat belangrijke criteria zijn voor de organisatie van een concern.

5.1. *ENGIE ONTKENT DAT ER SPRAKE IS VAN VOORDEEL*

(133) Engie voert aan dat de betrokken vennootschappen geen voordeel genieten aangezien ze geen ongegronde belastingkorting genieten. Engie verklaart dat de aftrek van de ZORA-aanwas geen concurrentievoordeel inhoudt. Engie is bovendien van mening dat er geen concurrentievoordeel kan ontstaan uit de combinatie van de regeling die is toegepast op de ZORA-emittenten en die welke is toegepast op de schuldeisers. Immers, dat voordeel heeft zich niet voorgedaan omdat er geen conversie van de GSTM-ZORA heeft plaatsgevonden en ervoor gekozen is geen gebruik te maken van artikel 22 bis LIR voor de LNG-ZORA.

5.2. *ENGIE ONTKENT DAT DE BETROKKEN MAATREGELEN SELECTIEF ZIJN*

(134) In de eerste plaats is Engie van oordeel dat de betwiste fiscale rulings geen individuele steunmaatregelen zijn.

([166]) Zie PT-verslag, paragrafen 6.1.2 en 6.1.3.

(135) Engie betwist het referentiestelsel dat de Commissie in haar inleidingsbesluit heeft gebruikt. Engie is van oordeel dat artikel 109, alinea 1 en artikel 164 LIR niet van toepassing zijn, het eerste omdat het uitsluitend betrekking heeft op natuurlijke personen, en het tweede omdat het geen betrekking heeft op leningen. Het juiste referentiestelsel wordt gevormd door de artikelen 18 t/m 45 LIR, waarin de fundamentele beginselen van het Luxemburgse belastingrecht ter bepaling van het belastbaar inkomen van een vennootschap zijn vastgelegd, zoals het voorzichtigheidsbeginsel (artikel 23 LIR), afstemming van de fiscale balans op de handelsbalans (artikel 40 LIR) en aftrekbaarheid van de exploitatiekosten (artikel 45 LIR).

(136) Engie is van oordeel dat de betwiste fiscale rulings niet van het toepasselijke referentiestelsel afwijken. Een verhoging van het schuldaflossingsbedrag vormt voor de leningnemers een financiële last. Deze financiële last wordt in de jaarrekening opgenomen en is aftrekbaar op grond van het beginsel dat de fiscale balans op de handelsbalans moet worden afgestemd en het beginsel dat exploitatiekosten aftrekbaar zijn. In het omgekeerde geval leidt een afname van de schuld tot de verantwoording van een belastbaar inkomen. Ook na de latere conversie van de lening in aandelen wordt het instrument als schuld aangemerkt. EIL en LNG Luxembourg kunnen op grond van artikel 22 bis LIR kiezen voor uitstel van belasting op het moment van conversie. LNG Luxembourg heeft na de gedeeltelijke conversie van de LNG-ZORA niet gebruikgemaakt van deze regeling, maar een belastbare winst in de boekhouding opgenomen. De GSTM-ZORA en de rest van de LNG-ZORA zijn tot op heden niet in aandelen omgezet. Er zijn tot nu toe nog geen inkomsten gerealiseerd en de facultatieve regeling van artikel 22 bis LIR kon nog niet worden ingeroepen. Bijgevolg is Engie van oordeel dat de betwiste fiscale rulings zowel wat de formele inhoud als wat de uitvoering betreft niet van het referentiestelsel afwijken.

(137) Op basis van de PT-rapporten voert Engie aan dat de methode die gebruikt is om de belastbare marge voor de emittenten (d.w.z. de vergoeding aan de emittenten) te schatten overeenkomt met een betrouwbare benadering van een marktconform resultaat dat voldoet aan het arm's-lengthbeginsel. De functies, risico's en activa van de verschillende juridische entiteiten zijn beloond in overeenstemming met de marktprijzen. In de twee verstrekte PT-rapporten worden de functies en risico's van de emittenten (LNG Supply of GSTM) en de „belegger" (die niet nader wordt aangeduid) beoordeeld, met als conclusie dat de meeste risico's worden gelopen door de „belegger", terwijl de emittent zorg draagt voor het dagelijks beheer van de overgedragen activiteiten. Volgens de PT-rapporten is de comparable uncontrolled price-methode ([167]) geschikt om te beoordelen of de ZORA voldoet aan het arm's-lengthbeginsel en of de vergoeding van „exchange-traded funds" (ETF) een vergelijkbare vergoeding is. Ten slotte wordt in de PT-rapporten geconcludeerd dat de vergoeding van de emittenten overeenkomt met de vergoeding van de ETF en dus geacht moet worden aan het arm's-lengthbeginsel te voldoen.

(138) Volgens Engie is het feit dat de betwiste fiscale rulings de cumulatieve toepassing van de betrokken bepalingen van het Luxemburgse recht bevestigen in overeenstemming met het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, namelijk om de winst van alle belastingplichtige vennootschappen in Luxemburg te belasten na verrekening van de vergoeding op de uitgegeven schuldinstrumenten. Elke houder van een schuldinstrument (leningnemer) krijgt dezelfde fiscale behandeling, namelijk aftrekbaarheid van financiële lasten. Op dezelfde wijze krijgt elke leninggever die schuldeiser van een gelijksoortige lening is dezelfde fiscale behandeling, namelijk belasting van een boekhoudkundige winst tijdens de aflossing, tenzij hij gebruikmaakt van de regeling voor uitstel van belasting.

(139) Engie betwist ook dat er sprake is van rechtsmisbruik. De in de transacties betrokken entiteiten zijn alle juridische entiteiten. Bovendien zijn de betrokken transacties ingegeven door een economisch motief, namelijk om de overdracht van activiteiten te financieren. Bijgevolg is Engie van oordeel dat Luxemburg noch de ZORA-aanwas van belasting heeft vrijgesteld, noch belastingontwijking of misbruik van het nationaal recht heeft toegestaan.

(140) In de tweede plaats is Engie van oordeel dat de betwiste fiscale rulings als regeling aangemerkt zouden moeten worden aangezien ze slechts het toepasselijk nationaal recht bevestigen. In dat opzicht meent Engie dat deze regelingen, zoals ze in de betwiste fiscale rulings zijn uitgelegd, niet selectief zijn. Ze zijn van algemene aard, daar ze, afzonderlijk of cumulatief, zonder onderscheid en onvoorwaardelijk op alle marktdeelnemers van toepassing zijn. De toepasselijkheid ervan is niet afhankelijk van fiscale rulings, die in het onderhavige geval zijn aangewend om rechtszekerheid te verschaffen. Alle ondernemingen die zich met betrekking tot het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, te weten belasting van winst, in een feitelijk vergelijkbare situatie bevinden, kunnen van deze regelingen gebruikmaken. Bijgevolg brengen de concrete effecten van deze regelingen geen discriminatie of onderscheid tussen ondernemingen met zich mee.

([167]) De comparable uncontrolled price-methode is een van de vijf methoden om de verrekenprijs te bepalen die door de OESO zijn erkend in de OESO-richtsnoeren voor verrekenprijzen — versie 2010.

(141) In de derde plaats beweert Engie dat de betrokken maatregelen voortvloeien uit leidende principes van het Luxemburgse belastingstelsel, met name het voorzichtigheidsbeginsel.

(142) Engie bestrijdt dat het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel ten doel zou hebben de in de boekhouding opgenomen winst te belasten. Het referentiestelsel is het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, waarvan het in de betwiste fiscale rulings bekrachtigde artikel 166 LIR deel uitmaakt.

(143) Engie geeft ook aan dat de betwiste fiscale rulings geen inbreuk maken op artikel 166 LIR. In overeenstemming met het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel kunnen dividenden of kapitaalwinsten die door een belastingplichtige zijn verantwoord niet belast worden, mits de voorwaarden van artikel 166 LIR zijn vervuld. Engie tekent aan dat aan de voorwaarden van artikel 166 LIR werd voldaan toen LNG Supply haar aandelenkapitaal verminderde door de zojuist uitgegeven aandelen in te trekken. Bijgevolg is Engie van oordeel dat de betwiste fiscale rulings niet van de geldende belastingregels zijn afgeweken en niet hebben geleid tot een lagere belasting dan bij ontstentenis van die rulings verschuldigd zou zijn.

(144) Engie meent voorts dat de Luxemburgse belastingdienst krachtens de artikelen 99 en 101 van de Luxemburgse grondwet niet mag afwijken van de strikte voorwaarden die in artikel 166 LIR zijn bepaald.

(145) Engie merkt op dat in het inleidingsbesluit wordt verwezen naar een mogelijke individuele steunmaatregel, en niet naar artikel 166 LIR, wat zou wijzen op een regeling. Als de Commissie artikel 166 LIR op zichzelf niet afwijkend acht, maar vraagtekens plaatst bij de toepassing ervan in de betwiste fiscale rulings, laat de Commissie na aan te tonen waarom de betwiste fiscale rulings inbreuk maken op artikel 166 LIR.

(146) Engie wijst erop dat de verruiming van het toepassingsgebied van de in 1940 in Luxemburg ingevoerde deelnemingsvrijstelling aansluit bij het doel de interne markt te ontwikkelen. Volgens Engie gaat het om precies te zijn om Richtlijn 90/435. Engie is van oordeel dat winsten die bestemd zijn om te worden uitgekeerd, volgens deze richtlijn niet belast hoeven te worden.

(147) Voorts geeft Engie aan dat het selectiviteitscriterium niet op groepsniveau, maar voor elke juridische entiteit afzonderlijk moet worden beoordeeld. Engie heeft begrepen dat de Commissie in bepaalde eerdere besluiten ([168]) geoordeeld heeft dat een analyse op groepsniveau ongegrond was.

(148) Volgens Engie voorziet het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel niet in harmonische behandeling van fiscaal ingezeten vennootschappen die partij in eenzelfde transactie zijn, noch in „linking rules" (nationale regels van een land die een koppeling maken naar de fiscale behandeling in een andere land) zoals aanbevolen door de OESO ([169]). Engie bevestigt nogmaals dat elke entiteit van de groep in overeenstemming met de toepasselijke regels is aangeslagen. De betwiste fiscale rulings bekrachtigen dit.

(149) Engie legt uit dat met de transacties waarvan de fiscale behandeling in de betwiste fiscale rulings is bekrachtigd een economisch doel wordt nagestreefd, namelijk financiering van de overdracht van activa. Bijgevolg worden de criteria van artikel 6 StAnpG in het onderhavige geval niet vervuld.

(150) Engie geeft aan dat de begunstigden van de betwiste fiscale rulings niet anders zijn behandeld dan andere vennootschappen die niet van dergelijke fiscale rulings profiteren, aangezien de betwiste fiscale rulings slechts de juiste toepassing van de geldende Luxemburgse belastingregels bekrachtigen. Bijgevolg leiden de betwiste fiscale rulings noch rechtens, noch feitelijk tot discriminatie ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie als Engie bevinden ten aanzien van de doelen van het Luxemburgse belastingstelsel.

5.3. *GEEN TERUGVORDERING*

(151) Ten slotte wijst Engie erop dat indien de Commissie de betwiste fiscale rulings als met de interne markt onverenigbare steun zou aanmerken, ze geen terugvordering van die steun zou kunnen gelasten zonder een aantal algemene rechtsbeginselen te schenden, namelijk de beginselen van rechtszekerheid, legitiem vertrouwen, behoorlijk bestuur en gelijke behandeling.

([168]) Besluit 2009/809/EG van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox C 4/07 (ex N 465/06) die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen (PB L 288 van 4.11.2009, blz. 26). Besluit (EU) 2016/2326 van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 (2014/C) (ex 2014/NN) door Luxemburg ten gunste van Fiat ten uitvoer gelegd (PB L 351 van 22.12.2016, blz. 1).

([169]) Actie 2 van het BEPS-project (uitholling van de belastinggrondslag en winstverschuiving).

(152) Meer in het bijzonder zou de Commissie er volgens Engie alleen in slagen selectieve bevoordeling aan te tonen door haar eigen interpretatie van het Luxemburgse belastingrecht met terugwerkende kracht op te leggen en de gevolgtrekking te maken dat dat recht in dit geval verkeerd was toegepast. De rechtsonzekerheid die daaruit zou voortvloeien zou noodzakelijkerwijs gestuit moeten worden door de effecten van het besluit geen terugwerkende kracht te geven.

6. **BEOORDELING VAN DE STEUNMAATREGELEN**

(153) Zoals aangegeven in overweging 62 heeft de Commissie in het inleidingsbesluit drie hoofdpunten van twijfel geuit. In het onderhavige besluit richt de Commissie zich in haar beoordeling op het derde punt van twijfel, dat betrekking heeft op het gecombineerde effect van de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas en de belastingvrijstelling voor de overeenkomstige inkomsten, en zal ze toelichten waarom de twijfels die ze in het inleidingsbesluit heeft geuit niet zijn weggenomen.

6.1. *AANWEZIGHEID VAN STEUN*

(154) Krachtens artikel 107, lid 1, VWEU zijn steunmaatregelen van de staten 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.

(155) De kwalificatie van een maatregel als steun in de zin van artikel 107, lid 1 van het Verdrag vereist dat aan alle in deze bepaling bedoelde voorwaarden is voldaan ([170]). Bijgevolg moet het dus ten eerste gaan om een maatregel van de staat of die met staatsmiddelen bekostigd is. Ten tweede moet de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel een onderneming een selectief voordeel verschaffen, en in de vierde plaats moet de maatregel de concurrentie vervalsen of dreigen te vervalsen ([171]).

(156) Wat betreft de eerste voorwaarde die vervuld moet zijn om van steun te kunnen spreken, zijn de betwiste fiscale rulings uitgegeven door de Luxemburgse belastingdienst, een orgaan van de Luxemburgse staat. Middels deze fiscale rulings aanvaardt de overheid een bepaalde fiscale behandeling. Op grond van deze fiscale rulings hebben de tot de groep Engie behorende vennootschappen LNG Supply, LNG Luxembourg, LNG Holding, GSTM, EIL en CEF vastgelegd welk bedrag aan vennootschapsbelasting ze jaarlijks in Luxemburg dienden af te dragen. Die fiscale rulings zijn vervolgens door de vennootschappen van de groep Engie gebruikt voor hun jaarlijkse vennootschapsbelastingaangiften, die door de Luxemburgse belastingdienst zijn aanvaard als vaststelling van de door hen aan Luxemburg verschuldigde vennootschapsbelasting. Het belastingvoordeel dat op basis van de fiscale rulings is verleend, valt dus toe te rekenen aan Luxemburg.

(157) Wat de bekostiging van de maatregelen met staatsmiddelen betreft, heeft het Hof van Justitie consequent geoordeeld dat een maatregel waarbij de overheid bepaalde ondernemingen een fiscaal gunstige behandeling verleent die, hoewel in dat kader geen staatsmiddelen worden overgedragen, de financiële situatie van de personen waarop die behandeling van toepassing is, verbetert ten opzichte van de andere belastingplichtigen, een steunmaatregel van de staat vormt ([172]). In voorliggend geval bevestigen de betwiste fiscale rulings dat de ZORA-aanwas voor LNG Supply en GSTM een aftrekpost is, terwijl de overeenkomstige inkomsten voor respectievelijk LNG Holding en CEF van belasting zijn vrijgesteld. Bijgevolg wordt over de ZORA-aanwas, die een aanzienlijk deel van de door LNG Supply en GSTM behaalde winst uitmaakt, in Luxemburg geen belasting betaald. Er kan dus geconstateerd worden dat de fiscale behandeling die op basis van de betwiste fiscale rulings is toegekend, leidt tot een verlaging van de vennootschapsbelasting die Engie aan Luxemburg verschuldigd is en dus tot een verlies van staatsmiddelen. Dit komt omdat alle uitgaven van de groepsvennootschappen van Engie die in Luxemburg als fiscaal aftrekbaar worden opgegeven, en alle inkomsten van de groepsvennootschappen van Engie die in Luxemburg als belastingvrij worden opgegeven, een verlies van belastinginkomsten inhouden, inkomsten waarover Luxemburg in het omgekeerde geval had kunnen beschikken ([173]). De betrokken maatregelen worden dus met staatsmiddelen gefinancierd.

(158) Wat betreft de tweede voorwaarde die vervuld moet zijn om van steun te kunnen spreken, behoren de ondernemingen die van de betwiste fiscale rulings profiteren tot de groep Engie, een multinationaal concern dat in

([170]) Zie het arrest in de zaak C-399/08 P Commissie/Deutsche Post ECLI:EU:C:2010:481, punt 38 en de daar aangehaalde jurisprudentie.
([171]) Arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P Commissie/World Duty Free ECLI:EU:C:2016:981, punt 53 en de aangehaalde jurisprudentie.
([172]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, ECLI:EU:C:2011:732, punt 72 en de aangehaalde jurisprudentie.
([173]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, ECLI:EU:C:2011:732, punt 72 en de aangehaalde jurisprudentie.

verschillende lidstaten activiteiten in diverse sectoren van de energiemarkt verricht, zodat elke steun aan deze ondernemingen het handelsverkeer in de Unie beïnvloedt. Door Engie een fiscaal gunstige behandeling te geven, heeft Luxemburg volgens dezelfde logica mogelijk investeringen onttrokken aan lidstaten die geen even gunstige fiscale behandeling kunnen of willen geven. Daar de betwiste fiscale rulings de concurrentiepositie van de begunstigde ondernemingen in het handelsverkeer in de Unie versterken ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen, moeten ze geacht worden dat handelsverkeer te beïnvloeden ([174]).

(159) Wat betreft de vierde voorwaarde die vervuld moet zijn om van steun te kunnen spreken, wordt een door de staat genomen maatregel geacht de concurrentie te vervalsen of te dreigen te vervalsen wanneer deze de concurrentiepositie van de begunstigde kan verbeteren ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen ([175]).

(160) Meer in het bijzonder verricht Engie zijn activiteiten in de sectoren elektriciteit, aardgas en LNG, diensten op het gebied van energie-efficiëntie en verwante markten in verschillende lidstaten van de EU. Op al die markten heeft Engie te maken met concurrentie van andere ondernemingen. Zoals zal blijken, ontdoen de betwiste fiscale rulings Engie van een belastingdruk die het concern normaal gesproken in het kader van de normale bedrijfsvoering had moeten dragen. De steun die op basis van die rulings is verleend vervalst dus de concurrentie of dreigt de concurrentie te vervalsen door de financiële positie van Engie op de markten waarop de groep actief is te versterken. Door Engie te ontlasten van een belastingdruk die het anders had moeten dragen en die concurrerende ondernemingen moeten dragen, komen er door de fiscale behandeling die op grond van de betwiste fiscale rulings is verleend middelen vrij die Engie, bijvoorbeeld, zou kunnen gebruiken om in handelsactiviteiten te investeren, aanvullende investeringen te doen of de uitkering aan aandeelhouders te verhogen, wat de concurrentie op de markten waarop het actief is vervalst. Bijgevolg is in voorliggend geval ook de vierde voorwaarde vervuld die nodig is om van steun te kunnen spreken.

(161) Wat betreft de derde noodzakelijke voorwaarde om van steun te kunnen spreken, is een fiscale ruling bedoeld om vooraf vast te leggen hoe de gewone belastingregeling in een bepaald geval zal worden toegepast in het licht van de specifieke feiten en omstandigheden. Net als andere belastingmaatregelen moet de fiscale behandeling die op basis van een ruling is toegekend echter voldoen aan de regels inzake staatssteun. Wanneer een fiscale ruling zonder geldige reden een fiscale behandeling bekrachtigt die niet overeenkomt met de behandeling die uit een normale toepassing van de gewone belastingregeling zou volgen, verleent die maatregel de begunstigde ervan een selectief voordeel omdat de fiscale behandeling de financiële positie van die onderneming in de lidstaat verbetert ten opzichte van de ondernemingen die zich ten aanzien van het doel van het belastingstelsel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

(162) In overeenstemming met de twijfels die ze in haar inleidingsbesluit heeft uitgesproken ([176]), is de Commissie van mening dat de door de betwiste fiscale rulings bekrachtigde fiscale behandeling een selectief voordeel inhoudt. Dit selectief voordeel kan worden vastgesteld door analyse, uit verschillende invalshoeken, van de effecten die de aan Engie verleende fiscale behandeling teweegbrengt. In punt 6.2 stelt de Commissie vast dat er sprake is van een selectief voordeel door de effecten van de betwiste fiscale rulings te analyseren *op het individuele niveau* van de houdstermaatschappijen LNG Holding en CEF. In punt 6.3 stelt ze vast dat er sprake is van een selectief voordeel door de effecten van de betwiste fiscale rulings te analyseren *op het niveau van de groep*. In punt 6.4 ten slotte, toont de Commissie aan dat Luxemburg Engie een selectief voordeel heeft verleend door zijn fiscale antimisbruikbepalingen niet toe te passen.

6.2. *VASTSTELLING VAN SELECTIEF VOORDEEL DOOR ANALYSE VAN DE EFFECTEN VAN DE FISCALE BEHANDELING OP HET NIVEAU VAN LNG HOLDING EN CEF*

(163) Zodra een door de staat aangenomen maatregel de netto financiële positie van een onderneming verbetert, is er sprake van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag ([177]). Wanneer er een voordeel is vastgesteld, moet gekeken worden naar het effect van de maatregel zelf ([178]). Wat fiscale maatregelen betreft, kan een voordeel worden verleend via verschillende manieren om de belastingdruk van een onderneming te verlagen en met name door het belastbaar inkomen of het verschuldigde belastingbedrag te verlagen ([179]).

([174]) Arrest in de zaak C-126/01 GEMO SA ECLI:EU:C:2003:622, punt 41 en de aangehaalde jurisprudentie.
([175]) Arrest in de zaak 730/79 Phillip Morris ECLI:EU:C:1980:209, punt 11; en arrest in de gevoegde zaken T-298/97, T-312/97 enz. Alzetta, ECLI:EU:T:2000:151, punt 80.
([176]) Zie overweging 152 van het inleidingsbesluit.
([177]) Zie Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna de „mededeling betreffende staatssteun"), PB C 262 van 19.7.2016, blz. 1, punt 67 en de aangehaalde jurisprudentie.
([178]) Zie arrest in de zaak C-173/73, Italië/Commissie, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.
([179]) Zie arrest in de zaak C-66/02, Italië/Commissie, ECLI:EU:C:2005:768, punt 78; arrest in de zaak C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., ECLI:EU:C:2006:8, punt 132; en arrest in de zaak C-522/13, Ministerio de Defensa en Navantia, ECLI:EU:C:2014:2262, punten 21 t/m 31.

(164) De betwiste fiscale rulings bekrachtigen een fiscale behandeling op basis waarvan GSTM, EIL, CEF, LNG Supply, LNG Luxembourg en LNG Holding elk jaar hun belastbare winst voor de vennootschapsbelasting hebben bepaald. Deze fiscale behandeling is bepalend voor de vennootschapsbelasting die ze gedurende de looptijd van de fiscale rulings in Luxemburg moeten afdragen en verleent dus een selectief voordeel.

(165) Wat derhalve het door Engie in overweging 133 aangevoerde argument betreft, namelijk dat er niet van een voordeel gesproken kan worden omdat de fiscale behandeling in kwestie bij ontstentenis van conversie van de GSTM-ZORA is uitgebleven, merkt de Commissie op dat het voordeel niet afhangt van de conversie van de ZORA, ook al wordt er ter bepaling van het terug te vorderen bedrag van uitgegaan dat het voordeel pas wordt verzilverd op het moment dat de door CEF en LNG Holding ontvangen inkomsten worden vrijgesteld van belasting, zoals uitgelegd in hoofdstuk 8 ([180]).

(166) In antwoord op opmerkingen van Luxemburg ([181]) en Engie ([182]), herinnert de Commissie er bovendien aan dat het onderhavige besluit geen betrekking heeft op de in artikel 166 LIR bedoelde deelnemingsvrijstelling als zodanig, maar op de manier waarop die vrijstellingsregeling in de omstandigheden van dit geval is toegepast overeenkomstig de goedkeuring die de Luxemburgse belastingdienst daar tijdens de uitgifte van de betwiste fiscale rulings aan gehecht heeft. In werkelijkheid bestaat de ter beoordeling door de Commissie voorliggende fiscale behandeling in een machtiging voor het toepassen van de vrijstellingsregeling op inkomsten die LNG Holding en CEF ontvangen uit hun deelneming in respectievelijk LNG Supply en GSTM, welke inkomsten uit economisch oogpunt overeenkomen met bedragen die bij laatstgenoemde entiteiten als kosten (de ZORA-aanwas) worden afgetrokken. Het gecombineerde effect van de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas en de vrijstelling van de overeenkomstige inkomsten is dat er over alle winst die LNG Supply en GSTM realiseren in feite vrijwel geen belasting wordt betaald ([183]). Zoals uitgelegd in punt 6.2.1 wijkt deze fiscale behandeling af van het referentiekader dat gevormd wordt door het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel. Bovendien brengt deze behandeling een onterecht onderscheid aan ten opzichte van de andere ondernemingen die in Luxemburg onder hetzelfde referentiekader vallen en wel over hun volledige winst belasting moeten betalen.

(167) Artikel 107 van het Verdrag verbiedt alleen steun die *„bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt"*, hetgeen neerkomt op maatregelen die een selectief voordeel verlenen ([184]). Om een nationale belastingmaatregel als selectief in de zin van deze bepaling aan te kunnen merken, moet een door het Hof van Justitie bedachte driestappenanalyse worden uitgevoerd. Allereerst moet de Commissie bepalen welk referentiestelsel er moet worden gebruikt. Vervolgens moet de Commissie aantonen dat de belastingmaatregel van het referentiestelsel afwijkt voor zover die maatregel onderscheid maakt tussen marktdeelnemers die zich ten aanzien van het door dat stelsel nagestreefde doel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (a-prioristische selectiviteit) ([185]). Ten slotte kan een belastingmaatregel die van het referentiestelsel afwijkt toch worden gerechtvaardigd wanneer de betrokken lidstaat kan aantonen dat die maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van dat belastingstelsel voortvloeit ([186]). Als dat het geval is, is de belastingmaatregel niet selectief. De bewijslast in die derde stap ligt bij de lidstaat.

(168) De eerste stap in het onderzoek naar selectiviteit is dus om na te gaan welk referentiestelsel er in de betrokken lidstaat van toepassing is. Vervolgens moet bepaald worden of de maatregel afwijkend is in die zin dat hij een voorkeursbehandeling inhoudt ten opzichte van andere ondernemingen die zich ten aanzien van de door dat stelsel nagestreefde doelen in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

(169) Een referentiestelsel bestaat uit een coherent geheel van regels die op grond van objectieve criteria gelden voor alle ondernemingen die binnen het door de doelstelling van dat stelsel bepaalde toepassingsgebied vallen. Die regels bakenen niet alleen het toepassingsgebied van de regeling af, maar ook de voorwaarden waarop de regeling van toepassing is, de rechten en plichten van de daaraan onderworpen ondernemingen en de technische details van de werking van de regeling ([187]). In het geval van belastingen is het referentiestelsel gebaseerd op elementen als belastinggrondslag, belastingplichtigen, belastbare feiten en belastingpercentages ([188]).

(170) In dit geval stelt de Commissie in punt 6.2.1 vast dat de op de betwiste fiscale rulings berustende fiscale behandeling afwijkt van het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel. In punt 6.2.2 toont ze aan dat

([180]) De LNG-ZORA is overigens gedeeltelijk geconverteerd.
([181]) Opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 5.
([182]) Opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punt 33.
([183]) Meer in het bijzonder de volledige winst van deze twee entiteiten na aftrek van de LNG-marge en de GSTM-marge (beide aanvankelijk vastgesteld op [1/(50-100)%] van de waarde van hun activa).
([184]) Zie het arrest in de zaak C-6/12, P Oy, ECLI:EU:C:2013:525, punt 17; en het arrest in de zaak C-522/13, Ministerio de Defensa en Navantia, ECLI:EU:C:2014:2262, punt 32.
([185]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, Commissie/World Duty Free ECLI:EU:C:2016:981, punt 57 en de aangehaalde jurisprudentie.
([186]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 65.
([187]) Zie mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 133.
([188]) Mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 134.

de fiscale behandeling tevens afwijkt van een specifieker referentiestelsel, dat uitsluitend bestaat uit de regels van het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel die de deelnemingsvrijstelling en de belasting van winstuitkeringen regelen.

6.2.1. DISCRIMINERENDE AFWIJKING TEN OPZICHTE VAN HET LUXEMBURGSE VENNOOTSCHAPSBELASTINGSTELSEL

6.2.1.1. ***Referentiekader: het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel***

(171) De betwiste fiscale rulings zijn uitgegeven ten gunste van verschillende in Luxemburg gevestigde vennootschappen van de groep Engie, om de vennootschapsbelasting te bepalen die ze overeenkomstig het ter zake van de Luxemburgse vennootschapsbelasting geldende algemene belastingstelsel verschuldigd zijn. Dit in aanmerking nemend, meent de Commissie dat het referentiestelsel in het onderhavige geval deze regeling is, dus het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.

(172) In voorliggend geval geven de fundamentele wetsbepalingen aan dat ([189]) het vennootschapsbelastingstelsel *van toepassing is op alle in Luxemburg ingezeten vennootschappen* om de door hen verschuldigde vennootschapsbelasting vast te stellen.

(173) Artikel 159, alinea 1, LIR bepaalt dat alle vennootschappen waarvan de statutaire zetel of het hoofdkantoor zich op het grondgebied van Luxemburg bevindt als vennootschapsbelastingplichtige ingezetenen van Luxemburg worden beschouwd. Krachtens artikel 159, alinea 2, LIR zijn fiscaal ingezeten vennootschappen over al hun inkomsten belastingplichtig („alle inkomsten van de belastingplichtige"). Artikel 163 LIR bepaalt logischerwijze dat „de vennootschapsbelasting wordt geheven over het belastbare inkomen dat de belastingplichtige in het kalenderjaar heeft gerealiseerd".

(174) De belastbare winst (of het „belastbaar inkomen") van belastingplichtige vennootschappen wordt vastgesteld op basis van het boekhoudkundig resultaat. Artikel 18 LIR ([190]) schrijft voor hoe de jaarwinst van de belastingplichtige moet worden vastgesteld. Volgens deze bepaling is de winst het verschil tussen het netto geïnvesteerd vermogen aan het einde van het boekjaar en het netto geïnvesteerd vermogen aan het begin van het boekjaar, vermeerderd met de privéonttrekkingen die gedurende het boekjaar zijn uitgevoerd en verminderd met de privéstortingen die gedurende het boekjaar zijn uitgevoerd.

(175) Om de belastbare winst te bepalen moet dus allereerst worden vastgesteld op welke manier het voor de belasting in aanmerking te nemen netto geïnvesteerd vermogen van de vennootschap moet worden gewaardeerd. Daartoe is in artikel 23 LIR ([191]) bepaald dat de bestanddelen van het netto geïnvesteerd vermogen gewaardeerd moeten worden volgens de boekhoudkundige regels en beginselen en stelt artikel 40 ([192]) *het beginsel in dat de fiscale balans moet worden afgestemd op de handelsbalans*. Volgens dit beginsel moeten op de fiscale balans dezelfde waarden zijn vermeld als op de handelsbalans, behalve wanneer een specifieke belastingregel een andere waarde voorschrijft ([193]). Dit betekent dat de boekhoudkundige winst van een vennootschap overeenkomstig het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel in het belastbaar inkomen wordt opgenomen, behalve wanneer een specifieke wettelijke bepaling anders voorschrijft.

(176) Tot slot is het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel van toepassing op alle vennootschappen waarvan de statutaire zetel of het hoofdkantoor zich op het grondgebied van Luxemburg bevindt, en wordt bij de berekening van de belastbare winst uitgegaan van de boekhoudkundige winst. Het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel is dus het heffen van belasting over de boekhoudkundige winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen.

(177) Dit wordt in beginsel noch door Luxemburg, noch door Engie bestreden ([194]). Volgens Luxemburg ([195]) berust het referentiestelsel enerzijds op de artikelen 18, 40 en 23 LIR, die de vaststelling van het belastbaar inkomen van

([189]) Zie punt 2.3.1.
([190]) Hoewel deze bepaling uit hoofde van artikel 162 LIR in beginsel op natuurlijke personen van toepassing is, geldt ze ook voor belastingplichtige rechtspersonen.
([191]) Hoewel deze bepaling uit hoofde van artikel 162 LIR in beginsel op natuurlijke personen van toepassing is, geldt ze ook voor belastingplichtige rechtspersonen.
([192]) Hoewel deze bepaling uit hoofde van artikel 162 LIR in beginsel op natuurlijke personen van toepassing is, geldt ze ook voor belastingplichtige rechtspersonen.
([193]) Alle boekhoudkundige beginselen, waaronder het voorzichtigheidsbeginsel, moeten als zodanig worden beschouwd als deel van het referentiestelsel. In het onderhavige geval verklaart het voorzichtigheidsbeginsel waarom het tijdstip waarop de dochtervennootschappen de ZORA-aanwas als kosten in hun boekhouding opnemen niet samenvalt met het moment waarop de leninggevers (ZORA-inschrijvers) het overeenkomstige inkomen in hun administratie verwerken.
([194]) Zie echter overweging 180.
([195]) Zie de overwegingen 106 t/m 108.

een vennootschap, het beginsel dat de fiscale balans moet worden afgestemd op de handelsbalans en het voorzichtigheidsbeginsel ([196]) bekrachtigen, en anderzijds op artikel 22 bis LIR. Volgens Engie ([197]) wordt het juiste referentiestelsel gevormd door de artikelen 18 t/m 45 LIR, waarin de fundamentele beginselen van het Luxemburgse belastingrecht voor de vaststelling van het belastbaar inkomen van een vennootschap zijn vastgelegd, zoals het voorzichtigheidsbeginsel, afstemming van de fiscale balans op de handelsbalans en aftrekbaarheid van de exploitatiekosten ([198]). Engie erkent uitdrukkelijk dat het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel erin bestaat belasting te heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn ([199]).

(178) De keuze voor het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel als referentiekader sluit aan bij de constante rechtspraak van het Hof van Justitie, dat bepaald heeft dat voor maatregelen waarbij de verschuldigde vennootschapsbelasting moet worden vastgesteld het algemeen toepasselijke vennootschapsbelastingstelsel van de betrokken lidstaat als referentiestelsel moet worden genomen, en niet de specifieke bepalingen die slechts op bepaalde belastingplichtigen of bepaalde transacties van toepassing zijn. In het arrest *World Duty Free Group*, een zaak die betrekking had op de regels voor investeringen in deelnemingen, steunde het Hof bijvoorbeeld het standpunt van de Commissie dat het referentiestelsel het Spaanse vennootschapsbelastingstelsel was, en niet de specifieke regels voor de fiscale behandeling van die investeringen ([200]).

(179) De Commissie meent dat wanneer het referentiekader wordt beperkt tot specifieke bepalingen van de algemene wet inzake inkomstenbelasting die gericht zijn op bepaalde transacties of bepaalde ondernemingen, de vaststelling van het referentiestelsel volledig afhankelijk wordt van de vraag of de betrokken lidstaat specifieke belastingregels heeft in plaats van te kijken naar het doel van het belastingstelsel. Door specifieke regels aan te nemen die slechts op bepaalde ondernemingen of transacties van toepassing zijn, zou de lidstaat dan kunnen beweren dat de fiscale behandeling van die ondernemingen of transacties nooit van het referentiekader afwijkt. Op deze manier zou artikel 107 van het Verdrag niet op deze maatregelen kunnen worden toegepast en zou de controle op staatssteun zonder gevolg blijven. Met andere woorden, wanneer een dergelijke werkwijze werd aanvaard, zou het volledig van de door de lidstaat gehanteerde regelgevingsmethode afhangen of een maatregel als afwijkend van het referentiestelsel kon worden aangemerkt. Zoals het Hof al heeft bevestigd, zou dat onverenigbaar zijn met het consequente beginsel van artikel 107 van het Verdrag dat een maatregel als staatssteun wordt aangemerkt afhankelijk van de effecten van die maatregel, en onafhankelijk van de gebruikte technieken ([201]).

(180) Luxemburg betwist niet uitdrukkelijk dat het algemene vennootschapsbelastingstelsel het referentiekader is. Niettemin is Luxemburg van oordeel dat het doel om de winst van in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen te belasten noch bekrachtigd, noch weerspiegeld wordt in de bepalingen van de wet inzake de inkomstenbelasting en dat uit geen van de bepalingen van die wet opgemaakt kan worden dat alle inkomsten van een in Luxemburg ingezeten vennootschap in alle omstandigheden belastbaar zijn, zelfs tegen de letter van de wet in ([202]). Luxemburg en Engie beroepen zich in dat verband op het rechtmatigheidsbeginsel. Volgens dat beginsel moeten belastingregels bij wet zijn vastgelegd en moet die wet strikt worden geïnterpreteerd. Als een bepaalde situatie niet uitdrukkelijk bij wet geregeld is (stilte van de wetgever) kan er in die situatie geen belasting worden geheven ([203]).

(181) De Commissie is het niet eens met deze bewering.

([196]) Zie voetnoot 194.

([197]) Zie overweging 135.

([198]) De aftrekbaarheid van de exploitatiekosten is een logisch gevolg van het feit dat de belastbare bedrijfswinst wordt berekend op basis van de boekhoudkundige winst, aangezien die winst overeenkomt met de gerealiseerde winst na aftrek van de exploitatiekosten en andere kosten.

([199]) „De bekrachtiging van de cumulatieve toepassing van de in de fiscale rulings bedoelde artikelen is in overeenstemming met het doel van het Luxemburgse systeem om alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen aan te slaan voor winstbelasting na inachtneming van de vergoeding op door de belastingplichtige uitgegeven schuldinstrumenten" (Opmerkingen van Engie betreffende het inleidingsbesluit, Executive Summary, section (III)(B)(a)(iv). Onderstreping toegevoegd door de Commissie).

([200]) Arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, Commissie/World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, punt 92: „*In de litigieuze besluiten heeft de Commissie de omstreden maatregel namelijk als selectief aangemerkt op grond van het feit dat het belastingvoordeel dat daarbij werd verleend niet zonder onderscheid ten goede kwam aan alle marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van het Spaanse algemene belastingstelsel, objectief in een vergelijkbare situatie bevonden, aangezien in Spanje gevestigde ondernemingen die soortgelijke deelnemingen verwierven in ondernemingen met fiscale vestigingsplaats in Spanje dat voordeel niet konden genieten*." (onderstreping toegevoegd door de Commissie); zie in dit verband ook de punten 22 en 68. Zie ook het arrest in de zaak C-217/03, België en Forum 187/Commissie, ECLI:EU:C:2005:266, punt 95; arrest in de zaak C-88/03, Portugal/Commissie, ECLI:EU:C:2006:511, punt 56; arrest in de zaak C-519/07 P, Commissie/Koninklijke Friesland/Campina, ECLI:EU:C:2009:556, punten 2 t/m 7; en arrest in de gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 50. Zie ook de mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 134.

([201]) Arrest in de gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, ECLI:EU:C:2011:732, punt 92 t/m 95. Zie wat de beoordeling van de maatregelen afhankelijk van de effecten ervan betreft ook het arrest in de zaak British Aggregates/Commission, punten 85 en 89 en de aangehaalde jurisprudentie, en het arrest in de zaak C-279/08 P, Commissie/Nederland, ECLI:EU:C:2011:551, punt 51.

([202]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 2.

([203]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 2. Opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punt 30.

(182) Ten eerste begrijpt de Commissie niet waarom het belasten van de winst van alle belastingplichtige vennootschappen geen doel van een vennootschapsbelastingstelsel kan zijn. Meer bepaald merkt de Commissie op dat Luxemburg in zijn opmerkingen geen andere doelen noemt. Ten tweede merkt de Commissie op dat Engie erkent dat het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel erin bestaat belasting te heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn ([204]). Ten derde volstaat het om de betrokken wetsbepalingen te lezen om tot de slotsom te komen dat het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel ten doel heeft de op basis van de boekhouding bepaalde winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen te belasten, zoals uitgelegd in de overwegingen 172 t/m 176.

(183) Door zich te beroepen op het rechtmatigheidsbeginsel, lijken Luxemburg en Engie te doelen op een uitzondering of lacune in het Luxemburgse recht, die ertoe geleid zou hebben dat nagenoeg de volledige winst van LNG Supply en GSTM in Luxemburg in de praktijk belastingvrij gebleven is. De essentie van dit argument is dat die uitzonderingen of lacunes een wezenlijk onderdeel van het referentiestelsel uitmaken en er dus geen sprake van afwijking kan zijn.

(184) De Commissie wijst dit argument van de hand. Aangezien de door Engie bedachte en in de betwiste fiscale rulings vastgelegde constructies voor alle marktdeelnemers binnen bereik liggen, zoals Luxemburg en Engie toegeven ([205]), kan eender welke onderneming haar activiteiten aan een dochtervennootschap overdragen en een gelijksoortige financieringsconstructie invoeren om net als Engie slechts over een marginaal deel van haar winst te worden aangeslagen. Dit argument houdt dus in dat elke belastingplichtige in Luxemburg kan verkiezen om over zijn hele winst belasting te betalen of vrijwel geen belasting te betalen. De Commissie kan zich niet in deze conclusie vinden. Ze gaat niet alleen in tegen het algemene beginsel van elk belastingstelsel dat de hoogte van de verschuldigde belastingen niet unilateraal door de belastingplichtige kan worden vastgesteld, maar ook tegen het fundamentele beginsel van alle lidstaten dat inkomstenbelasting geïnd moet worden overeenkomstig de draagkracht van de belastingplichtigen. Het zou bovendien betekenen dat het vermogen van de staat om de benodigde middelen ter financiering van de begroting in te zetten in gevaar zou komen, waardoor het belastingstelsel zelf onwerkzaam zou worden.

(185) In de praktijk zou het door Luxemburg en Engie verdedigde standpunt de controle op staatssteun onwerkzaam maken, aangezien de lidstaten het recht zouden hebben in hun belastingstelsels al dan niet opzettelijk ongegronde uitzonderingen op het algemene beginsel van de winstbelasting op te nemen die bepaalde categorieën ondernemingen of transacties ten goede zouden kunnen komen. Daar die uitzonderingen een wezenlijk onderdeel van het referentiekader zouden zijn, zouden ze nooit staatssteun kunnen vormen.

(186) In dezelfde trant voert Luxemburg aan dat het referentiestelsel moet berusten op uitdrukkelijk door de wetgever bepaalde regels, en niet op een hypothetisch „beginsel" of „doel" dat anders uitgelegd kan worden dan de exacte formulering van de wet ([206]).

(187) De Commissie bestrijdt het idee dat een referentiestelsel niet kan berusten op doelen, zoals het belasten van de winst van alle belastingplichtige vennootschappen. Dit is in tegendeel de gebruikelijke manier waarop het Hof van Justitie het referentiekader stelselmatig definieert in staatssteunzaken op het gebied van vennootschapsbelasting ([207]). De Commissie heeft namelijk de *plicht* om het doel van het stelsel te definiëren teneinde de selectiviteit van een maatregel vast te stellen. Immers, alleen ten opzichte van dat doel kan bepaald worden of de

([204]) Zie voetnoot 200.

([205]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 8; en de opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punten 125 en 126.

([206]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 2.

([207]) Zie bijvoorbeeld het arrest in de zaak C-217/03, België en Forum 187/Commissie, ECLI:EU:C:2005:266, waarin het Hof net als in het voorliggende besluit het referentiekader definieert door te verwijzen naar het beginsel dat vennootschappen over hun winst worden aangeslagen: „*Om na te gaan of de vaststelling van de belastbare inkomsten als voorzien in de regeling voor coördinatiecentra, deze een voordeel verschaft, moet de genoemde regeling, zoals de Commissie in punt 95 van de bestreden beschikking suggereert, worden vergeleken met de algemene regeling, die is gebaseerd op het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst.*" (punt 95). Zie in dit verband het ook arrest in de gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 50: „*In dat verband volgt uit alle aanwijzingen waarover het Hof beschikt dat met het oog op de berekening van de belasting over het inkomen van rechtspersonen, de belastinggrondslag voor de betrokken productie- en arbeidscoöperaties op dezelfde wijze wordt bepaald als voor andere soorten vennootschappen, dat wil zeggen afhankelijk van de nettowinst uit ondernemingsactiviteiten aan het einde van het belastingjaar. Er moet dus van worden uitgegaan dat de vennootschapsbelasting het juridische referentiestelsel is aan de hand waarvan moet worden bepaald of de betrokken maatregel mogelijkerwijs selectief is.*" (onderstreping toegevoegd door de Commissie). Zie ook het arrest in de gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, ECLI:EU:C:2011:732, punt 95: „*Dienaangaande dient er immers op te worden gewezen dat, anders dan het Gerecht met betrekking tot de punten 143, 144 en 150 van de litigieuze beschikking heeft geoordeeld, uit deze punten blijkt dat de Commissie heeft onderzocht of het betrokken belastingstelsel, dat formeel voor alle ondernemingen geldt, selectieve voordelen voor de „offshorevennootschappen" opleverde. De litigieuze beschikking identificeert dit stelsel dus als referentiekader ten opzichte waarvan „offshorevennootschappen" in feite zouden worden begunstigd.*" Recenter, het arrest in de zaken C-236/16 en C-237/16, ANGED/Generalitat de Catalunya, ECLI:EU:C:2018:280, punten 42 t/m 45.

ondernemingen die het voordeel niet genieten zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden als de begunstigden van de betrokken maatregel ([208]). In ieder geval is het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, dat op alle in Luxemburg gevestigde belastingplichtige vennootschappen van toepassing is, in de wet omschreven, zoals uitgelegd in de overwegingen 172 t/m 176, en het zij nogmaals gezegd dat Luxemburg geen ander doel heeft genoemd. Bijgevolg moet dit argument worden verworpen.

(188) Gezien het voorgaande concludeert de Commissie dat het toepasselijke referentiestelsel het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel is, dat ten doel heeft belasting te heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn ([209]). Het feit dat de berekeningswijze van het belastbaar inkomen vatbaar is voor uitzonderingen of aanpassingen, zoals Luxemburg ([210]) en Engie ([211]) beweren, doet niets aan deze conclusie af. Ten opzichte van dit stelsel moet dus bepaald worden of de op basis van de betwiste fiscale rulings toegekende fiscale behandeling afwijkend is in die zin dat deze een voorkeursbehandeling inhoudt ten opzichte van andere ondernemingen die zich ten aanzien van de door dat stelsel nagestreefde doelen in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden ([212]).

(189) Gelet op het doel van het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, te weten het belasten van de winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen, kan ervan uitgegaan worden dat LNG Holding en CEF zich in een situatie bevinden die juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van alle vennootschapsbelastingplichtige ondernemingen in Luxemburg. Gezien dit doel bevinden alle belastingplichtige vennootschappen die winst kunnen maken zich in beginsel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie wanneer het erom gaat de vennootschapsbelasting te bepalen die ze in Luxemburg verschuldigd zijn.

(190) Het feit dat LNG Holding en CEF in tegenstelling tot andere belastingplichtigen winstuitkeringen ontvangen van entiteiten waarin ze een deelneming hebben en dat de inkomsten uit die deelnemingen op grond van artikel 166 LIR vrijgesteld kunnen worden van de belasting op inkomsten uit deelnemingen, wil nog niet zeggen dat deze twee entiteiten ten aanzien van het doel van het stelsel niet vergelijkbaar zijn met de belastingplichtigen die niet van deze vrijstelling profiteren. De in deze bepaling bedoelde vrijstelling wordt slechts onder bepaalde voorwaarden verleend voor bepaalde soorten inkomsten. De aard van de door de vennootschap gerealiseerde inkomsten (onder artikel 166 LIR vallende winstuitkeringen of andere winst van de vennootschap) en de overige voorwaarden van artikel 166 LIR ([213]) hebben echter geen invloed op het doel van het stelsel, namelijk belastingheffing over de winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen ([214]). Als een bijzondere vrijstelling van de vennootschapsbelasting volstond om een onderneming onvergelijkbaar met andere, niet-vrijgestelde ondernemingen te maken, zouden vrijstellingen van de vennootschapsbelasting per definitie nooit selectief geacht worden.

6.2.1.2. ***Discriminerende afwijking ten opzichte van het referentiekader***

(191) Gelet op het in punt 6.2.1.1 beschreven referentiekader, geldt voor alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen dezelfde belastinggrondslag, namelijk de in hun boekhouding gerapporteerde nettowinst ([215]).

(192) Op grond van de betwiste fiscale rulings kunnen door LNG Holding en CEF ontvangen inkomsten, namelijk de inkomsten uit hun deelname in het kapitaal van respectievelijk LNG Supply en GSTM, van belasting worden

([208]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, Commissie/World Duty Free ECLI:EU:C:2016:981, punt 54 en aangehaalde jurisprudentie, alsook punt 86.

([209]) Zie ook de gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 54, waarin het Hof heeft bevestigd dat het doel van het vennootschapsbelastingstelsel belastingheffing over de winst van vennootschappen is.

([210]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 2.

([211]) Zie de opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punten 22 en 23.

([212]) In ieder geval toont de Commissie in punt 6.2.2 aan dat de op basis van de betwiste fiscale rulings toegekende fiscale behandeling ook een voorkeursbehandeling ten opzichte van de zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevindende andere ondernemingen zou inhouden als er een enger referentiekader werd aangehouden dat beperkt zou zijn tot de bepalingen inzake de deelnemingsvrijstelling en de belasting van winstuitkeringen.

([213]) Verplichting om de deelneming gedurende een ononderbroken periode van twaalf maanden aan te houden; het deelnemingspercentage mag niet lager zijn dan 10 procent van het aandelenkapitaal van de betrokken onderneming; en de aankoopprijs mag niet lager zijn dan 1,2 miljoen EUR.

([214]) Ondernemingen die dezelfde soort inkomsten ontvangen maar niet aan de voorwaarden van artikel 166 LIR voldoen (bijvoorbeeld omdat hun deelneming minder dan 5 % bedraagt of omdat ze die deelneming korter dan twaalf maanden in bezit hebben), krijgen namelijk niet dezelfde vrijstelling.

([215]) Luxemburg heeft dit bevestigd op de bijeenkomst van 1 juni 2017. Toen de Commissie tijdens deze bijeenkomst vroeg of de in artikel 164, alinea 3 bedoelde fiscale aanpassing een afwijking van het in artikel 40 LIR ingestelde beginsel van „afstemming" was, antwoordde Luxemburg namelijk dat *„elke belastingregel die in een aanpassing van de handelsbalans voorziet als uitzondering beschouwd moet worden*".

vrijgesteld. Zoals blijkt uit de betwiste fiscale rulings en de door de partijen ondertekende contracten, en zoals Luxemburg uitdrukkelijk toegeeft ([216]), bestaat er een duidelijk verband tussen deze inkomsten en de ZORA-aanwas die in mindering wordt gebracht op het belastbaar inkomen van respectievelijk LNG Supply en GSTM. In werkelijkheid wordt alle winst van LNG Supply en GSTM die boven de LNG-marge en de GSTM-marge uitstijgt, van hun belastbaar inkomen afgetrokken in de vorm van ZORA-aanwas (en blijft dus belastingvrij). De belastbare winst van de dochtervennootschappen blijft dus beperkt tot de LNG-marge of de GSTM-marge, al naargelang het geval. De als ZORA-aanwas afgetrokken niet-belaste winst wordt vervolgens opgenomen in de LNG- en de GSTM-aandelen die, overeenkomstig de ZORA's en de termijncontracten, door respectievelijk LNG Holding en CEF worden verkregen bij de conversie. Wanneer de in de LNG- en de GSTM-aandelen opgenomen winst echter als resultaat van LNG Holding en CEF wordt verantwoord, komt die winst in aanmerking voor de deelnemingsvrijstelling ([217]) en wordt er bij die vennootschappen dus geen belasting over geheven.

(193) Daaruit volgt dat vrijwel de gehele winst van LNG Supply en GSTM onbelast blijft bij respectievelijk LNG Holding en CEF. Toch is deze winst gerealiseerd door vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn en is ze opgenomen in de boekhouding, eerst van LNG Supply en GSTM en daarna van LNG Holding en CEF. Derhalve zou over deze winst op grond van het algemene belastingstelsel in Luxemburg belasting geheven moeten worden. Hieruit volgt dat de op de betwiste fiscale rulings berustende fiscale behandeling afwijkt van het referentiekader.

(194) Luxemburg beroept zich opnieuw op het rechtmatigheidsbeginsel. Het is van oordeel dat de tekst van de op de betwiste fiscale rulings toegepaste wetsbepalingen duidelijk is en zich niet leent voor een interpretatie volgens de *ratio legis* of een „teleologische" interpretatie. Volgens Luxemburg zijn de wettelijke bepalingen nageleefd, is er dus geen sprake van een afwijking en is er bijgevolg geen voordeel verleend ([218]).

(195) Dit argument van Luxemburg komt er in wezen op neer dat een maatregel geen selectief voordeel kan inhouden als die maatregel overeenstemt met het nationale recht, omdat hij in dat geval geen afwijking kan vormen. Volgens de Commissie is dit argument niet ter zake dienend. Zoals al is uitgelegd, worden staatssteunmaatregelen beoordeeld op basis van hun effecten. Of een maatregel als steun wordt aangemerkt hangt dus niet alleen af van de rechtmatigheid van die maatregel in de interne juridische context. Als dat wel zo zou zijn, zou vrijwel geen enkele staatsmaatregel als staatssteun aangemerkt kunnen worden ([219]). Wanneer door de toepassing van een of meer wetsbepalingen in een specifiek geval daarentegen een uitzondering ontstaat op de algemene regel die in het referentiestelsel is vastgelegd (in voorliggend geval belasting van de winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen), moet de desbetreffende fiscale behandeling als afwijking worden beschouwd. Als een dergelijke afwijking bovendien leidt tot discriminatie ten opzichte van ondernemingen die zich juridisch en feitelijk in een vergelijkbare situatie bevinden ten aanzien van het doel van het stelsel, moet de betrokken maatregel geacht worden a priori selectief te zijn, of de toegepaste bepalingen nu wel of niet zijn nageleefd.

(196) Bijgevolg wijkt de op basis van de betwiste fiscale rulings toegekende fiscale behandeling af van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel en vormt deze dus een economisch voordeel voor LNG Holding en CEF. Het feit dat de wetgeving inzake vennootschapsbelasting een aantal andere uitzonderingen kent, doet niet af aan de afwijkende aard van de op basis van de betwiste fiscale rulings verleende fiscale behandeling ([220]).

(197) Zoals vastgesteld is in punt 6.2.1.1 bevinden LNG Holding en CEF zich bovendien in een situatie die juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van de andere vennootschapsbelastingplichtige vennootschappen in Luxemburg. Bijgevolg verlenen de betwiste fiscale rulings LNG Holding en CEF een voordeel ten opzichte van alle belastingplichtige ondernemingen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden ten aanzien van het doel van de Luxemburgse vennootschapsbelasting.

(198) Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat het voordeel dat op basis van de betwiste fiscale rulings is verleend a priori selectief is.

(199) Zoals de Commissie in punt 6.2.2 zal aantonen, is het in ieder geval zo dat zelfs wanneer alleen de ondernemingen die onder de regels voor deelnemingsvrijstelling en belasting van winstuitkeringen vallen geacht worden zich in een situatie te bevinden die juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die waarin LNG Holding en CEF zich bevinden, die belastingplichtigen daardoor nog niet kunnen profiteren van het belastingvoordeel dat aan LNG Holding en CEF is verleend.

([216]) Zie de brief van Luxemburg van vrijdag 12 mei 2017, antwoord op vraag 2.ii. „De boekhoudkundige kapitaalwinst van 506,2 MUSD van LNG Holding komt uit economisch oogpunt overeen met de waardeaanwas van LNG Supply tussen 2009 en 2014."
([217]) Zie de paragrafen 2.2.3.3, 2.2.3.4, 2.2.3.5, 2.2.4.3, 2.2.4.4 en 2.2.4.5.
([218]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 4.
([219]) Behalve bij verkeerde toepassing van het nationale recht.
([220]) Arrest in de zaak C-217/03, België en Forum 187/Commissie, ECLI:EU:C:2005:266, punt 120.

6.2.2. AFWIJKING VAN DE REGELS VAN HET LUXEMBURGSE VENNOOTSCHAPSBELASTINGSTELSEL VOOR DEELNEMINGSVRIJSTELLING EN BELASTING VAN WINSTUITKERINGEN

6.2.2.1. ***Referentiekader: regels van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel voor deelnemingsvrijstelling en belasting van winstuitkeringen***

(200) Engie beweert dat de uit het belastingrecht voortvloeiende aanpassingen aan de winst die op de balans van de belastingplichtigen wordt verantwoord, en met name de regeling inzake deelnemingsvrijstelling, deel uitmaken van het referentiekader ([221]). Met deze bewering probeert Engie in feite het referentiekader te beperken tot de specifieke bepalingen van de wet inzake inkomstenbelasting die betrekking hebben op de deelnemingsvrijstelling en de belasting van winstuitkeringen. In dit engere referentiekader bevinden noodzakelijkerwijs alleen de ondernemingen waarop deze bepalingen van toepassing zijn zich in een situatie die juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van LNG Holding en CEF. Zoals in deze punt zal worden aangetoond, vormt de op de betwiste fiscale rulings berustende fiscale behandeling echter ook in dat engere referentiekader een voordeel dat a priori selectief is.

(201) In artikel 164, alinea 1 is bepaald dat het voor de vaststelling van het belastbaar inkomen van een vennootschap eender is of de winst al dan niet aan de rechthebbenden is uitgekeerd. Dit betekent dat de winst die door een vennootschap is uitgekeerd het inkomen van die vennootschap niet vermindert. De winstuitkering kan met andere woorden niet worden afgetrokken. Bijgevolg kan winst pas na belastingen worden uitgekeerd. Zoals uitgelegd in overweging 87, is artikel 164, alinea 2, LIR van toepassing op uitkeringen van eender welke aard.

(202) Omgekeerd nemen de begunstigden de uitgekeerde winst als inkomen op in hun boekhouding. Volgens het principe dat de fiscale balans op de handelsbalans moet worden afgestemd, wordt dit inkomen, dat deel uitmaakt van de door die vennootschappen gerealiseerde winst en dus in hun boekhouding wordt verantwoord, in principe in hun belastbaar inkomen opgenomen. Daaruit volgt een dubbele economische belasting, behalve als de deelnemingsvrijstelling wordt toegepast in overeenstemming met de bepalingen van artikel 166 LIR ([222]). De in die bepaling bedoelde vrijstelling geldt voor inkomsten uit „deelnemingen", een term die niet in de wet is omschreven. Zoals Luxemburg heeft verduidelijkt, treffen alle deelnemingen waaruit de inkomsten volgens artikel 166 LIR van belasting kunnen worden vrijgesteld (inclusief aandelen) echter ook de verplichting die is vastgesteld in artikel 164 LIR (uitgezonderd deelnemingen in buitenlandse entiteiten) ([223]). Bijgevolg is de deelnemingsvrijstelling in het Luxemburgse algemene vennootschapsbelastingstelsel van toepassing op de winst na belastingen (wat betekent dat de vrijstelling niet geldt voor bedragen die van het belastbaar inkomen van de uitkerende entiteit zijn afgetrokken). ([224])

(203) Volgens de verordening van 21 december 2001 geldt de deelnemingsvrijstelling niet alleen voor winstuitkeringen, maar ook voor kapitaalwinst uit deelnemingen die onder dit stelsel vallen ([225]). Kapitaalwinst is het verschil tussen de realisatiewaarde van een deelneming (bij verkoop of intrekking) en de aankoopwaarde van die deelneming. Kapitaalwinst uit deelnemingen komt ofwel overeen met winst die al door de uitkerende vennootschap is gerealiseerd maar nog niet is uitgekeerd, ofwel met winst die in de toekomst gerealiseerd moet worden en bijgevolg evenmin is uitgekeerd. Krachtens de artikelen 18 LIR en 40 LIR moet alle winst in het belastbaar inkomen van de uitkerende entiteit worden opgenomen. Daar die winst niet door de uitkerende entiteit is

([221]) Zie de opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punten 22 en 24.
([222]) Zie overweging 85.
([223]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 1.b: „Behalve de uitzondering voor buitenlandse deelnemingen zoals hiervoor uiteengezet, vallen alle deelnemingen waaruit de inkomsten onder de vrijstellingsregeling van artikel 166 LIR vallen, ook onder de bepalingen van artikel 164 van de LIR" (onderstreping toegevoegd door de Commissie).
([224]) Zie in dit verband Steichen Alain, Manuel de Droit fiscal (handboek fiscaal recht). Droit fiscal général, Les cours de l'Université du Luxembourg, 2015, bladzijde 644: „De achterliggende filosofie van artikel 166 LIR, dat beoogt dubbele economische belasting te voorkomen, is dat het van toepassing is op de winst na belastingen die door de vennootschappen wordt uitgekeerd. Artikel 166 LIR moet dus worden gelezen in samenhang met artikel 164, alinea 2 LIR, waarin bepaald is welke uitkeringen niet van het belastbaar inkomen van de uitkerende vennootschap kunnen worden afgetrokken […]. Naast de logische samenhang tussen artikel 166 LIR en artikel 164, alinea 2 LIR (alleen wat bij de schuldenaar van de inkomsten niet aftrekbaar is, kan bij de begunstigde worden vrijgesteld; alles wat bij de schuldenaar van de inkomsten niet aftrekbaar is, moet bij de schuldeiser van het inkomen kunnen worden vrijgesteld) […]".
([225]) Zie overweging 86. De belastingvrijstelling van kapitaalwinst uit deelnemingen volgt dezelfde logica als de belastingvrijstelling van winstuitkeringen. Als inkomsten uit deelnemingen niet van belasting vrijgesteld zouden kunnen worden, zou dezelfde winst zowel in het belastbaar inkomen van de uitgevende entiteit als in dat van de bezittende entiteit worden opgenomen en aldus leiden tot een dubbele economische belasting.

uitgekeerd, kan ze bovendien per definitie niet worden afgetrokken. Bijgevolg is de deelnemingsvrijstelling ook in het geval van kapitaalwinst van toepassing op inkomsten die niet overeen kunnen komen met bedragen die van het belastbaar inkomen van de uitkerende entiteit zijn afgetrokken (zoals de ZORA-aanwas).

(204) Met andere woorden, in een enger referentiekader dat alleen bestaat uit de regels voor deelnemingsvrijstelling en belasting van winstuitkeringen, is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op inkomsten die niet overeenkomen met bedragen die van het belastbaar inkomen van de uitkerende entiteit zijn afgetrokken, of die inkomsten nu als winstuitkering of als kapitaalwinst worden aangemerkt.

(205) LNG Holding en CEF bevinden zich in een situatie die juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van alle belastingplichtige ondernemingen die inkomsten uit deelneming ontvangen en dus onder de Luxemburgse regels voor deelnemingsvrijstelling en belasting van winstuitkering vallen. Deze vennootschappen bezitten dezelfde instrumenten als LNG Holding en CEF (deelnemingen) en de inkomsten die ze daaruit ontvangen zijn van dezelfde aard als de inkomsten die LNG Holding en CEF ontvangen, zodat ze in theorie voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking komen.

6.2.2.2. ***Discriminerende afwijking ten opzichte van het referentiekader***

(206) De betwiste fiscale rulings stellen LNG Holding en CEF (fiscaal in Luxemburg gevestigde entiteiten) in staat om de deelnemingsvrijstelling toe te passen op inkomsten die vanuit economisch oogpunt overeenkomen met bedragen die als kosten (ZORA-aanwas) zijn afgetrokken bij respectievelijk LNG Supply en GSTM (eveneens in Luxemburg gevestigd).

(207) De betwiste fiscale rulings bekrachtigen in feite dat door LNG Supply en GSTM gerealiseerde winst die respectievelijk de LNG-marge en de GSTM-marge te boven gaat (en bijgevolg van de respectieve belastbare inkomens wordt afgetrokken in de vorm van ZORA-aanwas) respectievelijk in de LNG-aandelen en de GSTM-aandelen wordt opgenomen. Overeenkomstig de ZORA's en de termijncontracten worden die aandelen vervolgens op het moment van de conversie door LNG Holding en CEF ontvangen. Wanneer de in de LNG-aandelen en de GSTM-aandelen opgenomen winst vervolgens als resultaat van LNG Holding en CEF wordt verantwoord, kan er de deelnemingsvrijstelling op worden toegepast ([226]).

(208) Het rechtstreekse en duidelijke verband tussen de van belasting vrijgestelde inkomsten van de houdstermaatschappijen en de bedragen die als kosten zijn afgetrokken bij de dochtervennootschappen is onmiskenbaar aanwezig bij de gedeeltelijke conversie van de LNG-ZORA. Zoals blijkt uit de overgelegde belastingaangiften, komen de inkomsten die LNG Holding in 2014 met de gedeeltelijke conversie en de intrekking van de LNG Supply-aandelen heeft gerealiseerd in dit geval uit economisch oogpunt overeen met de ZORA-aanwas die LNG Supply tussen 2009 en 2014 heeft afgetrokken en die LNG Holding heeft ontvangen op grond van de LNG-ZORA en het LNG-termijncontract ([227]). Luxemburg heeft dit ook uitdrukkelijk bevestigd: „De boekhoudkundige kapitaalwinst van 506,2 MUSD van LNG Holding komt uit economisch oogpunt overeen met de waardeaanwas van LNG Supply tussen 2009 en 2014." ([228])

(209) De toepassing van de deelnemingsvrijstelling op door de houdstermaatschappijen verantwoorde inkomsten die vanuit economisch oogpunt overeenkomen met bedragen die als kosten bij de dochtermaatschappijen zijn afgetrokken, wijkt af van het in punt 6.2.2.1 beschreven referentiekader. Volgens dit referentiekader is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op inkomsten die niet overeenkomen met bedragen die van het belastbaar inkomen van de uitgevende entiteit zijn afgetrokken. Deze afwijking heeft tot gevolg dat *nagenoeg de gehele winst* van LNG Supply en GSTM *in Luxemburg niet wordt belast*. Bijgevolg verbetert de door de betwiste fiscale rulings bekrachtigde fiscale behandeling de financiële positie van LNG Holding en CEF. Deze door deze entiteiten ontvangen inkomsten zouden volgens het in punt 6.2.2.1 beschreven algemene belastingstelsel namelijk niet bij de dochtervennootschappen zijn afgetrokken (in de vorm van ZORA-aanwas). Deze inkomsten zouden lager zijn geweest, daar over de overeenkomstige winst eerst bij de dochtervennootschappen belasting zou zijn geheven.

(210) Luxemburg en Engie bestrijden dat artikel 164, alinea 2, LIR van toepassing is op de ZORA-aanwas. Met andere woorden, Luxemburg en Engie bestrijden dat de ZORA-aanwas als winstuitkering aangemerkt kan worden.

([226]) Zie de paragrafen 2.2.3.3, 2.2.3.4, 2.2.3.5, 2.2.4.3, 2.2.4.4 en 2.2.4.5.
([227]) Zie de overwegingen 49, 53 en 57.
([228]) Zie de brief van Luxemburg van 12 mei 2017, antwoord op vraag 2.ii.

(211) In dat verband roept de Commissie in herinnering dat LNG Holding de winst uit de intrekking van de LNG Supplyaandelen in haar belastingaangifte over 2014 uitdrukkelijk als „vrijgestelde dividenden" aanmerkt, dus als winstuitkering ([229]).

(212) Zoals uitgelegd in de overwegingen 207 en 208 is er bovendien een rechtstreeks en duidelijk verband tussen het inkomen dat bij LNG Holding en CEF kan worden vrijgesteld en de bedragen die LNG Supply en GSTM als kosten hebben afgetrokken (de ZORA-aanwas). Bijgevolg staat het inkomen dat LNG Holding en CEF ontvangen gelijk aan een winstuitkering ([230]).

(213) De Commissie wijst erop dat het hoe dan ook niet ter zake doet dat de winst die bij LNG Holding en CEF is vrijgesteld van belastingen officieel als „winstuitkering" of „kapitaalwinst" wordt beschouwd. Zoals uitgelegd in punt 6.2.2.1, is de deelnemingsvrijstelling in een enger referentiekader dat alleen bestaat uit de regels voor deelnemingsvrijstelling en belasting van winstuitkeringen, in werkelijkheid van toepassing op inkomsten die niet overeenkomen met bedragen die van het belastbaar inkomen van de uitkerende entiteit zijn afgetrokken, of die inkomsten nu als winstuitkering of als kapitaalwinst worden aangemerkt ([231]).

(214) Kortom, de op basis van de betwiste fiscale rulings aan LNG Holding en CEF toegekende fiscale behandeling wijkt af van de algemene regels van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel voor de deelnemingsvrijstelling en de belasting van winstuitkeringen.

(215) Deze afwijking leidt bovendien tot discriminatie van andere ondernemingen die zich in een situatie bevinden die ten aanzien van het doel van het stelsel juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van LNG Holding en CEF. De andere belastingplichtige vennootschappen die inkomsten uit deelnemingen ontvangen en dus onder de regels voor deelnemingsvrijstelling en belasting van winstuitkeringen in Luxemburg vallen, genieten namelijk niet het belastingvoordeel dat aan LNG Holding en CEF is verleend, ook al bevinden ze zich ten aanzien van het doel van het stelsel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie. Het klopt dat alle belastingplichtigen gebruik kunnen maken van de in artikel 166 LIR bedoelde vrijstelling. Zoals uitgelegd in overweging 209, zou de deelnemingsvrijstelling dan echter worden toegepast op een verhoudingsgewijs lager inkomen (namelijk op de winst na belasting van de uitkerende entiteit).

(216) Luxemburg beweert dat inkomsten uit deelnemingen niet eerst belast hoeven te zijn om artikel 166 LIR te kunnen toepassen en dat de bepalingen van artikel 164 LIR geen onontbeerlijke voorwaarde voor de toepassing van artikel 166 LIR vormen ([232]). In dezelfde lijn meent Engie dat alle voorwaarden voor toepassing van artikel 166 LIR zijn nageleefd en er dus geen sprake kan zijn van een afwijking ([233]). Luxemburg en Engie bestrijden tevens dat het doel van artikel 166 LIR gelegen is in het vermijden van dubbele belasting en beroepen zich daarbij op verschillende argumenten die met name betrekking hebben op Richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad ([234]) (de „moeder-dochterrichtlijn").

(217) De Commissie weerspreekt dit betoog.

(218) Ten eerste is het niet van belang dat er geen duidelijk verband is vastgesteld tussen artikel 166 LIR en artikel 164, alinea's 1 en 2 LIR. Luxemburg heeft uitdrukkelijk bevestigd ([235]) dat alle deelnemingen die onder de vrijstellingsregeling van artikel 166 LIR vallen, ook onder artikel 164, alinea's 1 en 2 LIR vallen voor de uitkerende

([229]) Aangifte van de vennootschapsbelasting en de bedrijfsbelasting van LNG Holding over 2014, bijlage 2, formulier 506A, „Bijzonderheden ten aanzien van de in artikel 166 LIR bedoelde deelnemingen" met betrekking tot LNG Supply, deel 3, regel 19: „vrijgestelde dividenden".

([230]) Het feit dat LNG Supply geen officiële aandeelhoudersvergadering heeft belegd om de uitkering van dividenden goed te keuren, is van geen belang. LNG Holding is de enige aandeelhouder van zowel LNG Supply als de entiteit die de LNG-ZORA heeft toegekend (LNG Luxembourg). LNG Holding kan dus te allen tijde eenzijdig de conversiedatum van de ZORA vaststellen of bepalen wanneer de uitkering van dividenden door LNG Supply op een vergadering van aandeelhouders moet worden goedgekeurd.

([231]) Zie overweging 204.

([232]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijden 4 en 6 en de antwoorden op de vragen 1.b en 1.c.

([233]) Zie de opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punten 26 t/m 31.

([234]) Richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moeder- en dochtervennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 21 van 28.1.2015, blz. 1).
In zijn opmerkingen in antwoord op de brief van 11 december 2017 legt Luxemburg uit dat de wijziging die recentelijk, in 2015, in de moeder-dochterrichtlijn is aangebracht, volgens welke de deelnemingsvrijstelling alleen op winstuitkeringen mag worden toegepast als die winst door de dochtervennootschap niet kan worden afgetrokken, niet nodig was geweest als het doel van die deelnemingsvrijstelling vermijding van dubbele belastingheffing was (bladzijde 4). Engie verwijst ook naar andere doelen van deze richtlijn (zie de opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punten 35-43).

([235]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 1.b: „Behalve de uitzondering voor buitenlandse deelnemingen zoals hiervoor uiteengezet, vallen alle deelnemingen waaruit de inkomsten onder de vrijstellingsregeling van artikel 166 LIR vallen, ook onder de bepalingen van artikel 164 van de LIR" (onderstreping toegevoegd door de Commissie).

entiteit ([236]). Daaruit volgt dat de deelnemingsvrijstelling volgens het in punt 6.2.2.1 beschreven referentiekader van toepassing is op inkomsten die niet overeen kunnen komen met bedragen die van het belastbaar inkomen van de uitkerende entiteit zijn afgetrokken. In afwijking van die regel is het volgens de betwiste fiscale rulings toegestaan om de deelnemingsvrijstelling bij de houdstermaatschappijen (fiscaal in Luxemburg gevestigde entiteiten) toe te passen op inkomsten die vanuit economisch oogpunt overeenkomen met de bedragen die als kosten (ZORA-aanwas) zijn afgetrokken bij de (eveneens fiscaal in Luxemburg gevestigde) dochtervennootschappen. Bijgevolg wijkt de op de betwiste fiscale rulings berustende fiscale behandeling af van het referentiestelsel.

(219) Ten tweede geldt zelfs bij het ontbreken van een rechtstreeks verband tussen de twee bepalingen dat de complementariteit van artikel 166 LIR en artikel 164, alinea's 1 en 2 LIR onontbeerlijk is om de logische samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. Als eenzelfde bedrag als kosten kon worden afgetrokken bij de uitkerende entiteit en als inkomsten kon worden vrijgesteld bij de begunstigde, zou die winst in Luxemburg geheel belastingvrij blijven. Op basis van deze interpretatie zou eender welke vennootschappengroep zich gemakkelijk kunnen onttrekken aan het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, te weten het belasten van de winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen, door alle niet vooraf belaste winst van de dochtervennootschappen aan haar aandeelhouders uit te keren ([237]). Dit zou bovendien strijdig zijn met het doel om dubbele of drievoudige belasting te vermijden ([238]).

(220) Artikel 107 van het Verdrag definieert steunmaatregelen in verhouding tot de *economische effecten* ervan op de markt. en niet in verhouding tot de rechtmatigheid ervan binnen de nationale rechtsorde, de gebruikte wetgevingstechnieken of de bedoeling van de wetgever. Voor zover de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas en de vrijstelling van de overeenkomstige inkomsten leiden tot het gecombineerde *effect* dat nagenoeg de gehele winst van de dochtervennootschappen bij de houdstermaatschappijen van belastingen gevrijwaard blijft en er dus sprake is van discriminatie ten opzichte van de vennootschappen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden, moet de staatsmaatregel die een dergelijke fiscale behandeling steunt bijgevolg geacht worden een a-prioristisch selectief voordeel te verlenen. Deze conclusie is onvermijdelijk, los van de vraag of de artikelen 166 en 164 LIR wel of niet zijn nageleefd, of er sprake is van een rechtstreeks verband tussen die bepalingen of wat het doel van de moeder-dochterrichtlijn is.

(221) Engie verwijst naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Service public fédéral Finances ([239]), waarin uitleg wordt gegeven aan de bepalingen van de moeder-dochterrichtlijn die van toepassing waren op het moment dat de betwiste fiscale rulings werden aangenomen ([240]). Volgens Engie heeft het Hof in dat arrest bevestigd dat het volgens de moeder-dochterrichtlijn, die van toepassing is in grensoverschrijdende situaties, niet nodig is dat winst waarop de vrijstelling van inkomsten uit deelnemingen van toepassing is in een eerder stadium belast is. Engie meent dat Luxemburg een gelijke behandeling van vennootschappengroepen met dochtervennootschappen in Luxemburg en vennootschappengroepen met dochtervennootschappen in andere lidstaten gewaarborgd heeft door dezelfde vrijstellingsregeling op interne situaties toe te passen. Aangezien de twee situaties feitelijk identiek zijn en dezelfde bepalingen in beide gevallen van toepassing zijn, meent Engie dat niet beweerd kan worden dat de deelnemingsvrijstelling uitsluitend van toepassing is in grensoverschrijdende situaties en niet in een puur interne situatie.

(222) Ter inleiding wijst de Commissie erop dat het voorliggende besluit betrekking heeft op een zuiver interne situatie waarin alle vennootschappen die bij de in de betwiste fiscale rulings bedoelde transacties betrokken zijn, fiscaal in Luxemburg gevestigde entiteiten zijn. Het selectieve voordeel vloeit voort uit de afwijking dat de winst die twee in Luxemburg gevestigde dochtervennootschappen van de groep Engie hebben gerealiseerd vrijwel niet belast wordt bij hun aandeelhouders, die eveneens in Luxemburg gevestigd zijn. Bijgevolg heeft de Commissie in haar onderzoek niet bekeken of een vergelijkbare maatregel in een situatie waarin de uitkerende entiteiten niet fiscaal in Luxemburg gevestigd zijn, ook een selectief voordeel vormt.

(223) De Commissie verwerpt het argument dat Luxemburg in een zuiver interne situatie de gunstigste behandeling moet toepassen die op dezelfde transactie in een grensoverschrijdende context toegepast zou worden. Als twee belastinglanden of -gebieden verschillende bepalingen hanteren, kan dat leiden tot een verschillende juridische

([236]) Behalve wanneer de uitkerende entiteit niet fiscaal in Luxemburg gevestigd is. In dat geval is artikel 164 LIR niet van toepassing.
([237]) Zie in dit verband Steichen Alain, in voetnoot 224.
([238]) Zie het advies van de Raad van State met betrekking tot artikel 166 LIR (overweging 83). Zie ook Beschikking nr. 2006/940/EG van de Commissie van 19 juli 2006 betreffende steunmaatregel nr. C 3/2006 van Luxemburg ten behoeve van de 1929-holdings en de miljardairholdings (PB L 366 van 21.12.2006, blz. 47), overweging 63.
([239]) Zie het arrest in de zaak C-48/07, Belgische Staat — Service public fédéral Finances, ECLI:EU:C:2008:758, punten 37 en 45.
([240]) Het arrest verwijst naar Richtlijn 90/435/EEG.

kwalificatie, en bijgevolg een verschillende fiscale behandeling, van een instrument of een grensoverschrijdende transactie. Deze discrepantie kan de reden zijn dat er geen belasting wordt betaald. Dergelijke discrepanties zouden zich echter in principe niet mogen voordoen in een zuiver interne situatie, waarin de interne logica en samenhang van het systeem juist bedoeld zijn om dit soort lacunes te voorkomen. Het is algemeen bekend dat de Unie, de OESO en de internationale fiscale gemeenschap zich inspannen om de verschillen tussen fiscale wetgeving te verminderen en bestaande discrepanties en lacunes weg te nemen. Beweren dat Luxemburg de bestaande grensoverschrijdende discrepanties, zelfs tegen de inherente logica van het belastingstelsel in, *ook op intern niveau* zou moeten toepassen, zoals Engie lijkt te doen, is dus niet alleen uit juridisch oogpunt incoherent, maar ook strijdig met deze inspanningen.

(224) De jurisprudentie van het Hof van Justitie, en met name het arrest *Service public fédéral Finances*, sluit daarbij aan. Deze zaak heeft betrekking op een Belgische wet die de toepassing van de moeder-dochterrichtlijn uitstrekte tot zuiver interne situaties. De Belgische rechter had het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing ten aanzien van de uitleg die aan deze richtlijn moest worden gegeven ([241]). Het arrest bevestigt dat de richtlijn gericht is op *het opheffen van de situaties waarin tweemaal belasting wordt geheven* over de door de dochtervennootschappen aan hun moedervennootschappen uitgekeerde winst en op het opheffen van de nadelen voor de grensoverschrijdende samenwerking die voortvloeien uit het feit dat de fiscale behandeling van grensoverschrijdende relaties tussen moedervennootschappen en dochtervennootschappen *minder gunstig* is dan de die welke van toepassing is op zuiver interne relaties ([242]). Gelet op dit doel, en in overeenstemming met de jurisprudentie op het gebied van de fundamentele vrijheden, verklaart het Hof dat *„de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer eraan in de weg staan dat een lidstaat buitenlandse dividenden ongunstiger behandelt dan binnenlandse, tenzij dat verschil in behandeling slechts betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang*" ([243]). Met andere woorden, dit arrest past slechts de constante jurisprudentie toe volgens welke de fundamentele vrijheden verhinderen dat de lidstaten interne situaties gunstiger behandelen dan vergelijkbare grensoverschrijdende situaties. Het omgekeerde geldt echter niet: de lidstaten zijn niet gehouden om de gunstigste fiscale behandeling in grensoverschrijdende situaties toe te passen op zuiver interne situaties, zoals Engie lijkt te suggereren, vooral niet als die gunstigste behandeling het gevolg is van discrepanties of lacunes die ertoe leiden dat er geen belasting wordt geheven ([244]).

(225) Het argument dat het aan LNG Holding en CEF op basis van de betwiste fiscale rulings verleende belastingvoordeel algemeen toepasbaar is, daar eender welke andere onderneming in theorie een gelijksoortig voordeel zou kunnen verkrijgen door de constructie over te nemen die Engie heeft aangewend, is eveneens ongeldig. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan de omstandigheid dat het aantal ondernemingen dat op de betrokken maatregel aanspraak kan maken erg groot is, of dat deze ondernemingen tot verschillende activiteitssectoren behoren, niet volstaan om de selectiviteit van deze maatregel in twijfel te trekken ([245]). Hetzelfde beginsel kan worden toegepast wanneer het voordeel voortvloeit uit een fiscale ruling die een combinatie van wettelijke bepalingen toepast op een bepaalde situatie die door andere ondernemingen kan worden gereproduceerd. Het Hof

([241]) In zijn arrest verklaart het Hof uitdrukkelijk dat, hoewel de verwijzende rechter niet van haar uitlegging van de richtlijn mag afwijken, de mate waarin die uitlegging op een interne situatie van toepassing is *„een punt van nationaal recht is, dat derhalve uitsluitend door de rechterlijke instanties van de betrokken lidstaat kan worden beoordeeld*" (punt 27).

([242]) Ibidem, punt 37.

([243]) Ibidem, punten 46 en 47 (onderstreping toegevoegd door de Commissie).

([244]) De fundamentele vrijheden zijn van toepassing op grensoverschrijdende situaties. Zuiver interne situaties vallen daar niet onder en omgekeerde discriminatie is vanuit het oogpunt van EU-recht in beginsel toegestaan (zie de arresten in de zaak C-60/91, Batista Morais, ECLI:EU:C:1992:140, punt 7; de zaak C-29/94 t/m C-35/94, Jean-Louis Aubertin, ECLI:EU:C:1995:39, punten 9 t/m 11; de zaak C-332/90, Steen/Deutsche Bundespost, ECLI:EU:C:1992:40; de zaak C-139/12, Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona/Generalidad de Cataluña, ECLI:EU:C:2014:174, punten 42 en 45; en de zaak C-591/15, The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited/Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, ECLI:EU:C:2017:449, punt 33.
Aangezien interne situaties geen gunstigere behandeling mogen krijgen dan vergelijkbare grensoverschrijdende situaties, geldt des te meer dat LNG Holding en CEF geen voordelen zouden mogen genieten die niet voor grensoverschrijdende situaties zouden worden toegekend. In dit verband dient eraan herinnerd te worden dat de deelnemingsvrijstelling krachtens artikel 166, alinea 2 LIR — dat in 2016 in de LIR is opgenomen als gevolg van de omzetting van Richtlijn 2014/86/EU — niet van toepassing is in grensoverschrijdende situaties wanneer het door de begunstigde ontvangen inkomen in de lidstaat van de uitkerende entiteit kan worden afgetrokken: „[…] de vrijstelling is niet van toepassing op de inkomsten als bedoeld in Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedervennootschappen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, die voortkomen uit een rechtstreekse deelneming in het aandelenkapitaal van een vennootschap die ingezetene is van een andere lidstaat van de Europese Unie en voorwerp is van artikel 2 van Richtlijn 2011/96/EU, voor zover die inkomsten in die lidstaat aftrekbaar zijn of wanneer ze toegekend zijn in het kader van een constructie of een reeks constructies die, rekening houdend met alle ter zake doende feiten en omstandigheden, niet rechtsgeldig is, omdat ze is opgezet met als voornaamste doel of als een van de voornaamste doelen om een fiscaal voordeel te verkrijgen dat strijdig is met het voorwerp en het doel van die richtlijn. In de zin van de voorliggende bepaling, wordt een constructie, die verschillende fasen of delen kan omvatten, of een reeks constructies als niet rechtsgeldig beschouwd voor zover die constructie of reeks constructies niet is opgezet om geldige commerciële redenen die de economische werkelijkheid weerspiegelen".

([245]) Arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, punt 80; arrest in de zaak C-409/00, Spanje/Commissie, punt 48; arrest in de zaak C-279/08 P, Commissie/Nederland, ECLI:EU:C:2011:551, punt 50.

heeft tevens vastgesteld dat ten bewijze van de selectieve aard van een dergelijke maatregel evenmin kan worden verlangd dat de Commissie bepaalde specifieke eigen kenmerken noemt die de ondernemingen die het belastingvoordeel genieten, gemeen hebben en op basis waarvan zij kunnen worden onderscheiden van de ondernemingen die ervan zijn uitgesloten ([246]).

(226) Gelet op het voorgaande, concludeert de Commissie dat het op basis van de betwiste fiscale rulings verleende voordeel in een enger referentiekader dat uitsluitend bestaat uit de regels van het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel voor de vrijstelling van inkomsten uit deelnemingen en de belasting van winstuitkeringen, a priori selectief is omdat het LNG Holding en CEF begunstigt ten opzichte van ondernemingen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden.

6.2.3. GEEN RECHTVAARDIGING

(227) Volgens de vaste rechtspraak heeft het begrip staatssteun betrekking op overheidsmaatregelen die onderscheid maken tussen ondernemingen en derhalve bij voorbaat selectief zijn, wanneer dit onderscheid het gevolg is van de aard en de opzet van het belastingstelsel, hetgeen de lidstaat dient aan te tonen ([247]).

(228) Een maatregel die een uitzondering op het algemene belastingstelsel inhoudt, kan op grond van de aard of de opzet van het belastingstelsel gerechtvaardigd zijn als de betrokken lidstaat kan aantonen dat die maatregel rechtstreeks voortvloeit uit de basis- of hoofdbeginselen van zijn belastingstelsel of het resultaat is van mechanismen die onlosmakelijk met het belastingstelsel zelf verbonden zijn en voor de werking en doeltreffendheid van het stelsel noodzakelijk zijn ([248]). In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen de doelstellingen van een specifiek belastingstelsel die buiten dat stelsel zijn gelegen, en de voor het bereiken van dergelijke doelstellingen noodzakelijke mechanismen die inherent zijn aan het belastingstelsel zelf ([249]).

(229) Noch Luxemburg, noch Engie heeft een mogelijke rechtvaardiging gegeven voor de door de betwiste fiscale rulings bekrachtigde begunstiging van LNG Holding en CEF. In dit verband herinnert de Commissie eraan dat de bewijslast van een dergelijke rechtvaardigingsgrond bij de lidstaat ligt. Daar Luxemburg geen steekhoudende argumenten heeft aangevoerd, moet de Commissie concluderen dat het aan LNG Holding en CEF verleende belastingvoordeel niet gerechtvaardigd wordt door de aard of de opzet van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.

(230) In ieder geval heeft de Commissie geen grond voor de voorkeursbehandeling van LNG Holding en CEF kunnen ontdekken waarvan beweerd zou kunnen worden dat hij rechtstreeks voortvloeit uit de wezenlijke, basis- of hoofdbeginselen van het referentiestelsel of het resultaat is van mechanismen die onlosmakelijk verbonden zijn met het belastingstelsel en voor de werking en doeltreffendheid van dat stelsel noodzakelijk zijn ([250]).

(231) De Commissie constateert dat de door artikel 166 LIR ingestelde regeling inzake deelnemingsvrijstelling volgens de Luxemburgse Raad van State ([251]) met name dient om dubbele of drievoudige belasting te voorkomen om redenen van fiscale billijkheid ([252]). Met dubbele belasting worden situaties bedoeld waarin eenzelfde winst tweemaal wordt belast ten aanzien van dezelfde belastingplichtige (ook wel juridische dubbele belasting genoemd) of ten aanzien van twee verschillende belastingplichtigen (d.w.z. economische dubbele belasting). De Commissie erkent dat belastingvrijstelling ter voorkoming van dubbele economische belasting gerechtvaardigd kan zijn door de aard en de opzet van het belastingstelsel ([253]). De toepassing van de in artikel 166 LIR bedoelde vrijstelling ter voorkoming van dubbele of drievoudige economische belasting kan dus rechtstreeks voortvloeien uit de hoofd- of basisbeginselen van het belastingstelsel.

([246]) Arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, punt 78.
([247]) Arrest in de zaak C-88/03, Portugal/Commissie, ECLI:EU:C:2006:511, punten 52 en 80, en aangehaalde jurisprudentie.
([248]) Arrest in de gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 69.
([249]) Arrest in de zaak C-88/03, Portugal/Commissie, ECLI:EU:C:2006:511, punt 81.
([250]) Arrest in de gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 69.
([251]) Zie overweging 83.
([252]) Zie het advies van de Raad van State met betrekking tot artikel 166 LIR (overweging). Zie ook beschikking nr. 2006/940/EG, overweging 63. Dit doel wordt bevestigd door het feit dat vennootschappen die geen fiscaal ingezetenen zijn, alleen van de vrijstelling op grond van artikel 166 LIR kunnen profiteren als ze onderworpen zijn aan een belasting die overeenkomt met de Luxemburgse vennootschapsbelasting. Met andere woorden, de vrijstelling is niet van toepassing als de winst niet eerder belast is, als er dus geen sprake is van dubbele belasting.
([253]) Zie, per analogiam, arrest Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate/Paint Graphos Soc. coop. arl e.a., reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:550, punt 71, waarin het Hof verwees naar de mogelijkheid om de aard of de algemene opzet van het nationale belastingstelsel in te roepen als rechtvaardiging voor het feit dat coöperatieve vennootschappen die hun gehele winst aan hun leden uitkeren, niet op het niveau van de coöperatie worden belast, vooropgesteld dat de belasting bij haar leden wordt geheven.

(232) Het voordeel dat op basis van de betwiste fiscale rulings is verleend, is echter niet uitsluitend gelegen in de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, maar in de toepassing daarvan, bij de houdstermaatschappijen, op een inkomen dat uit economisch oogpunt overeenkomt met bedragen die als kosten (de ZORA-aanwas) door de dochtervennootschappen zijn afgetrokken, wat ertoe leidt dat over nagenoeg de gehele winst van LNG Supply en GSTM geen belasting wordt betaald door LNG Holding en CEF. In deze omstandigheden kan het aan LNG Holding en CEF op basis van de betwiste fiscale rulings verleende belastingvoordeel niet ten dienste staan van het doel om dubbele economische belasting te vermijden. De cumulatieve toepassing van de vrijstelling en de aftrek is met de betwiste fiscale rulings bekrachtigd en de Luxemburgse belastingdienst wist dus dat er nooit sprake zou kunnen zijn van dubbele economische belasting. Bijgevolg houdt de op basis van de betwiste fiscale rulings toegekende fiscale behandeling geen enkel verband met het doel om (potentiële of werkelijke) dubbele of drievoudige economische belasting te voorkomen, noch met andere redenen met betrekking tot de fiscale billijkheid. Dergelijke redenen kunnen dus niet met recht worden ingeroepen om het uit de betwiste maatregelen voortvloeiende verschil in behandeling te rechtvaardigen.

(233) De Commissie merkt in dit verband op dat, zoals het Hof van Justitie in het verleden heeft benadrukt, wil een belastingvrijstelling door de aard of algemene opzet van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat gerechtvaardigd zijn, die lidstaat erop moet toezien dat deze voldoet aan het evenredigheidsbeginsel en niet verder gaat dan nodig is, in die zin dat het nagestreefde legitieme doel niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt ([254]). In het onderhavige geval kan de toepassing van de vrijstelling van inkomsten uit deelnemingen op een door LNG Holding en CEF ontvangen inkomen dat uit economisch oogpunt overeenkomt met bedragen die als kosten (ZORA-aanwas) bij LNG Supply en GSTM zijn afgetrokken, op geen enkele wijze evenredig geacht worden om dubbele economische belasting te voorkomen en draagt die vrijstelling evenmin bij aan het beginsel van fiscale billijkheid. Het tegendeel is eerder het geval: dankzij de betwiste maatregelen profiteren LNG Holding en CEF, alsook de groep Engie, van een dubbele niet-belasting. De belastingvrijstelling gaat dus in voorliggend geval verder dan nodig en evenredig is om het nagestreefde doel te bereiken.

(234) In dit verband moet er volgens het Hof van Justitie op worden toegezien dat het vereiste wordt geëerbiedigd van coherentie van een gegeven voordeel met niet alleen de inherente kenmerken van het betrokken belastingstelsel, maar ook met de uitvoering die aan dit stelsel wordt gegeven ([255]). In het onderhavige geval is het op basis van de betwiste fiscale rulings verleende belastingvoordeel niet alleen incoherent met een van de doelstellingen van de deelnemingsvrijstelling, maar ook met de opzet van het stelsel waartoe die regeling behoort, namelijk om belasting te heffen over de winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen ([256]).

(235) Kort gezegd valt het aan LNG Holding en CEF verleende belastingvoordeel niet te rechtvaardigen door de aard of de opzet van het stelsel.

6.2.4. CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN HET SELECTIEF VOORDEEL OP HET NIVEAU VAN LNG HOLDING EN CEF

(236) Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat het voordeel dat op basis van de betwiste fiscale rulings aan LNG Holding en CEF is verleend selectief is.

6.3. *VASTSTELLING VAN SELECTIEF VOORDEEL DOOR ANALYSE VAN DE EFFECTEN VAN DE FISCALE BEHANDELING OP GROEPSNIVEAU*

(237) Onverminderd de conclusie van overweging 236, leidt een analyse van de effecten die de betwiste fiscale rulings hebben op de groep, en niet alleen op de afzonderlijke juridische entiteiten, tot dezelfde conclusie: de op de betwiste fiscale rulings berustende fiscale behandeling verleent Engie een selectief voordeel.

(238) In deze context voert Engie aan dat de selectiviteit van belastingmaatregelen niet op het niveau van een groep, maar alleen op het niveau van de individuele belastingplichtigen kan worden beoordeeld en verwijst daarbij naar de besluiten van de Commissie in de zaken *FIAT* ([257]) en *groepsrentebox* ([258]).

([254]) Arrest in de gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 75. Zie ook het arrest in de zaak T-287/11, Heitkamp BauHolding/Commissie, ECLI:EU:T:2016:60, punt 160; en het arrest in de zaak T-620/11, GFKL Financial Services AG, ECLI:EU:T:2016:59, punt 154.

([255]) Arrest in de gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, punt 73. Zie ook het arrest in de zaak T-287/11, Heitkamp BauHolding/Commissie, ECLI:EU:T:2016:60, punt 160; en arrest in de zaak T-620/11, GFKL Financial Services AG, ECLI:EU:T:2016:59, punt 154.

([256]) Volgens de opzet van het systeem kan de winst van een onderneming namelijk *meer dan eens* worden belast (bijvoorbeeld wanneer er winstuitkeringen plaatsvinden die in aanmerking komen voor de vrijstelling als bedoeld in artikel 166 LIR), maar kan die winst in geen geval *niet worden belast*.

([257]) Besluit (EU) 2016/2326 (PB L 351 van 22.12.2016, blz. 1).

([258]) Besluit 2009/809/EG, blz. 26.

(239) In dit verband merkt de Commissie op dat de entiteiten GSTM, EIL, LNG Supply, LNG Luxembourg en LNG Holding vanaf 2015 een fiscale eenheid met CEF vormden in het licht van de Luxemburgse belastingwetgeving en dat CEF fungeerde als moedervennootschap van die eenheid ([259]). Overeenkomstig het Luxemburgse belastingrecht zijn deze vennootschappen vanaf 2015 dus niet als afzonderlijke entiteiten behandeld, maar hebben ze hun belastingen op geconsolideerde basis betaald, alsof ze één belastingplichtige entiteit vormden ([260]). De Commissie is van oordeel dat deze omstandigheid op zichzelf volstaat ter rechtvaardiging van een gecombineerde beoordeling, in ieder geval vanaf 2015.

(240) In ieder geval kan het argument van Engie niet worden aanvaard, ook niet als deze entiteiten geen fiscale eenheid vormden. Zoals opnieuw zal worden uitgelegd in punt 6.6, blijkt uit de formulering van artikel 107 van het Verdrag dat de regels inzake staatssteun betrekking hebben op de economische effecten van overheidsmaatregelen ten opzichte van „ondernemingen" en niet ten opzichte van afzonderlijke juridische entiteiten. Onder het begrip onderneming moet een economische eenheid worden verstaan, ook al bestaat deze eenheid uit verscheidene rechtspersonen ([261]). Om te bepalen of verscheidene entiteiten een economische eenheid vormen, gaat het Hof na of er sprake is van een zeggenschapsdeelneming of van functionele, economische of organieke banden ([262]). In voorliggend geval staan GSTM, EIL, LNG Supply, LNG Luxembourg en LNG Holding onder volledige zeggenschap van CEF, dat zelf onder zeggenschap van Engie SA staat. Er moet dus van uitgegaan worden dat al deze entiteiten tot één onderneming behoren.

(241) Bovendien is het op basis van de betwiste fiscale rulings verleende voordeel gelegen in de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op inkomsten van de houdstermaatschappijen die uit economisch oogpunt overeenkomen met bedragen die door de dochtervennootschappen zijn afgetrokken als kosten (ZORA-aanwas). Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet logischerwijze ook nagegaan worden wat de gecombineerde effecten van belastingmaatregelen op beide niveaus zijn. Het feit dat de Luxemburgse wet inzake inkomstenbelasting betrekking heeft op individuele entiteiten is op deze conclusie niet van invloed. De Commissie merkt namelijk op dat de door de belastingadviseur ingediende rulingaanvragen betrekking hebben op de fiscale behandeling van *alle juridische entiteiten van de groep Engie die bij de transacties betrokken zijn* en dat deze entiteiten alle in Luxemburg belastingplichtig zijn.

(242) Deze omstandigheid heeft tot gevolg dat de onderhavige zaak zich onderscheidt van de zaken *groepsrentebox* en *FIAT*. In de zaak *groepsrentebox* besloot de Commissie de regeling op individueel niveau te beoordelen omdat de maatregel in kwestie op individuele entiteiten van toepassing was ([263]). Ook in de zaak *FIAT* had de maatregel (fiscale ruling) *uitsluitend op de belastbare winst van een individuele juridische entiteit* betrekking, terwijl de partners van de verrichting in een andere lidstaat verbleven. Bijgevolg berustte elke vermindering van belastingopbrengsten, die de basis van het voordeel in deze zaak vormde, noodzakelijkerwijs op de resultaten van de in Luxemburg ingezeten entiteit en hoefde geen rekening gehouden te worden met de mogelijkheid dat de invloed op het niveau van de andere vennootschappen van de groep FIAT neutraal was vanwege de behandeling die ze in de andere lidstaten ondergingen ([264]).

(243) In voorliggend geval was het effect van de maatregel (niet-belasting van een deel van de door bepaalde entiteiten in Luxemburg gerealiseerde winst) in tegendeel het gevolg van de gecombineerde toepassing van een vrijstelling en een aftrek bij verschillende entiteiten van de groep die alle fiscaal in Luxemburg gevestigd zijn. Om het resultaat van de fiscale behandeling volledig te beoordelen is een onderzoek naar het gecombineerde effect van de fiscale rulings op het niveau van de groep Engie in Luxemburg dus op zijn plaats.

(244) In ieder geval brengt de Commissie in herinnering dat zij niet gebonden is door haar besluitvormingspraktijk. Iedere potentiële steunmaatregel moet op zijn eigen merites worden beoordeeld aan de hand van de objectieve criteria van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, zodat zelfs het eventuele bestaan van een daarmee strijdige besluitvormingspraktijk geen invloed kan hebben op de bevindingen van dit besluit ([265]).

([259]) Zie de belastingaangifte van LNG Luxembourg over 2015, bijlage 3.

([260]) In een fiscale eenheid (regeling fiscale consolidatie), kan een moedervennootschap samen met een of meer van naar dochtervennootschappen als groep worden belast. Voor de vennootschapsbelasting betekent dit dat er van uitgegaan wordt dat de dochtervennootschappen in de moedervennootschap zijn opgegaan.

([261]) Arrest in de zaak C-170/83, Hydrotherm, ECLI:EU:C:1984:271, point 11. Zie ook het arrest in de zaak T-137/02, Pollmeier Malchow/Commissie, ECLI:EU:T:2004:304, punt 50.

([262]) Arrest in de zaak C-480/09 P, Acea Electrabel Produzione SpA/Commissie, ECLI:EU:C:2010:787, punten 47 t/m 55; arrest in de zaak C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., ECLI:EU:C:2006:8, punt 112.

([263]) Zie het besluit betreffende de *groepsrentebox*, overweging 80.

([264]) Zie het besluit betreffende *FIAT*, overweging 198. „*Daarnaast kan weliswaar worden aangenomen dat financieringsbeslissingen in het belang van de groep in zijn geheel worden genomen, maar de Luxemburgse vennootschapsbelasting wordt op het niveau van afzonderlijke entiteiten, niet op groepsniveau geheven, en de betwiste fiscale ruling betreft uitsluitend de belastbare winst van FFT, zodat iedere vermindering van belastingopbrengsten berust op alleen de resultaten van deze onderneming.*" (onderstreping toegevoegd door de Commissie). Zie ook overweging 314 in hetzelfde besluit.

([265]) Zie het arrest in de zaak C-138/09, Todaro Nunziatina & C., ECLI:EU:C:2010:291, punt 21.

6.3.1. REFERENTIESTELSEL

(245) Zoals vastgesteld in punt 6.2.1.1 is het referentiestelsel in voorliggend geval het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, dat ten doel heeft belasting te heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn. De belastbare winst wordt berekend op basis van de boekhoudkundige winst die de belastingplichtige heeft gerealiseerd (beginsel dat de fiscale balans op de handelsbalans moet worden afgestemd). Dit doel geldt voor alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn.

(246) De transacties waarop de betwiste fiscale rulings betrekking hebben, zijn groepsinterne transacties die ten eerste bestaan in de overdracht van bepaalde activa aan dochtervennootschappen van Engie die in Luxemburg belastingplichtig zijn, en ten tweede in de financiering van die overdracht door de houdstermaatschappijen, die eveneens in Luxemburg belastingplichtig zijn ([266]).

(247) Daar de fiscale behandeling van deze groepsinterne transacties beoordeeld moet worden in het licht van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, en om vast te stellen of de op basis van de betwiste fiscale rulings aan Engie verleende fiscale behandeling afwijkt van het referentiestelsel, zal de Commissie haar onderzoek beperken tot een vergelijking met andere groepsinterne financieringstransacties van dezelfde soort en bijgevolg de regels van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel die betrekking hebben op groepsinterne financieringstransacties tussen in Luxemburg ingezeten groepsentiteiten beoordelen.

(248) De Commissie zal vaststellen dat de betaling van een vergoeding in het kader van een financieringstransactie ([267]) tussen twee in Luxemburg belastingplichtige groepsentiteiten uit hoofde van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel geen reden kan zijn om het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg te verlagen, ongeacht de aard van de aangewende financieringsmiddelen of de hoogte van de vergoeding. In deze context staat „gecombineerd belastbaar inkomen" voor het totaal van de belastbare inkomens van alle in Luxemburg belastingplichtige groepsentiteiten die bij een groepsinterne financieringstransactie betrokken zijn.

(249) Op grond van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel kunnen financieringsmiddelen worden onderverdeeld in twee categorieën: deelnemingsinstrumenten, zoals aandelen, waarvan de opbrengst krachtens artikel 166 LIR kan worden vrijgesteld (hierna „deelnemingen") en overige instrumenten en contracten waarvan de opbrengst niet kan worden vrijgesteld (hierna „instrumenten anders dan deelnemingen").

(250) In geval van *instrumenten anders dan deelnemingen* wordt de overgeboekte vergoeding in overeenstemming met zowel de Luxemburgse als de internationale ([268]) boekhoudkundige beginselen als kosten (betaling van rente op een lening) in de boekhouding van de leningnemer opgenomen. Hetzelfde bedrag wordt op zeker moment door de leninggever als inkomen verantwoord.

(251) Wat betreft de fiscale behandeling zijn de inkomsten die door de leninggever worden verantwoord in beginsel belastbaar, terwijl de door de leningnemer verantwoorde kosten in beginsel fiscaal aftrekbaar zijn, in overeenstemming met het beginsel dat de fiscale balans op de handelsbalans moet worden afgestemd ([269]). Bijgevolg neemt het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg door de betaling van de vergoeding uit hoofde van een instrument anders dan een deelneming niet af ten opzichte van het gecombineerde belastbare inkomen voorafgaand aan die betaling ([270]).

([266]) De financiering door de houdstermaatschappijen komt tot stand door middel van termijncontracten tussen laatstgenoemden en de leninggevers, en ZORA-contracten tussen de leninggevers en de dochtervennootschappen. Dit punt wordt noch door Luxemburg, noch door Engie betwist (zie de beschrijving van de transacties die door Luxemburg is verstrekt in zijn opmerkingen betreffende het inleidingsbesluit, paragrafen 2.1 en 2.2). In de betwiste fiscale rulings is ook aangegeven dat de houdstermaatschappijen *„als aandeelhouders […] beschouwd moeten worden vanaf het moment waarop [ze] het termijncontract sluiten"* (zie de LNG-rulingaanvraag van 2008, blz. 4; en de GSTM-rulingaanvraag van 2010, blz. 4), waaruit blijkt dat de houdstermaatschappijen als financierders worden beschouwd.

([267]) De betaling van een vergoeding in het kader van een financieringstransactie moet opgevat worden als elke betaling van de leningnemer aan de leninggever, in contanten of in de vorm van een ander financieel actief, daaronder begrepen de eigen middelen van de leningnemer, die niet bedoeld is om de financiering af te lossen/terug te betalen of, in geval van aflossing/terugbetaling, die het aanvankelijke financieringsbedrag overschrijdt.

([268]) Zie de norm IAS 32 en de wet van 19 december 2002 betreffende het handelsregister, alsook de boekhouding en jaarrekeningen van de ondernemingen.

([269]) Artikel 40 LIR Zie overweging 81.

([270]) Het feit dat het moment waarop de leningnemer de uitgave in de boekhouding verwerkt en het moment waarop de leninggever de overeenkomstige inkomsten in de boekhouding verwerkt niet altijd samen hoeven te vallen, doet aan deze conclusie niets af. Vanuit boekhoudkundig oogpunt is dit tijdsverschil te verklaren uit het voorzichtigheidsbeginsel. Volgens dit beginsel worden inkomsten verantwoord op het moment dat ze gerealiseerd worden, dus wanneer ze vaststaan, terwijl uitgaven verantwoord moeten worden wanneer het waarschijnlijk of mogelijk is dat ze gedaan zullen worden.

(252) In geval van *deelnemingen*, zoals aandelen, neemt de betaling van de vergoeding de vorm van een winstuitkering aan. Vanuit boekhoudkundig oogpunt worden de uitgekeerde bedragen als inkomsten verantwoord door de begunstigde (de entiteit die de deelneming onder zich houdt). Niettemin hebben de uitgekeerde bedragen per definitie deel uitgemaakt van de winst van de uitkerende entiteit en zijn ze dus niet als kosten verantwoord ([271]).

(253) Wat betreft de fiscale behandeling kan de uitkerende entiteit de winstuitkeringen op grond van artikel 164, alinea's 1 en 2, LIR, niet van haar belastbaar inkomen aftrekken, zoals uitgelegd in de overwegingen 201 en 202. Volgens het beginsel dat de fiscale balans op de handelsbalans moet worden afgestemd, moet de begunstigde de uitgekeerde winst bovendien in zijn belastbaar inkomen opnemen. Dit betekent dat uitkering van winst leidt tot dubbele economische belasting, tenzij de winstuitkeringen op grond van artikel 166 LIR als inkomsten uit deelnemingen van belasting kunnen worden vrijgesteld ([272]). Bijgevolg neemt het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg door de uit de deelneming voortvloeiende winstuitkering niet af ten opzichte van de situatie voorafgaand aan de winstuitkering.

(254) Kortom, op grond van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel kan de betaling van een vergoeding in het kader van een groepsinterne financieringstransactie tussen fiscaal in Luxemburg gevestigde entiteiten, door middel van een deelneming of door middel van een instrument anders dan een deelneming, geen reden zijn om het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg te verlagen.

(255) Luxemburg beweert dat de Commissie bij de definitie van het referentiestelsel noodzakelijkerwijs moet verwijzen naar de wetstekst. In dat verband beweert Luxemburg dat het beginsel dat de betaling van een vergoeding (of winstuitkering) in samenhang met een groepsinterne financieringstransactie tussen in Luxemburg ingezeten entiteiten niet tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg kan leiden, niet bij wet is vastgelegd.

(256) De Commissie wijst er ten eerste op dat het doel van het Luxemburgse belastingstelsel (belasting heffen over de winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen) in tegenstelling tot wat Luxemburg beweert in de wet is vermeld, zoals uitgelegd in de overwegingen 171 t/m 176. Het beginsel dat de betaling van een vergoeding in samenhang met een groepsinterne financieringstransactie tussen in Luxemburg belastingplichtige entiteiten niet mag leiden tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep, kan rechtstreeks uit dat doel worden afgeleid. Als de betaling van een vergoeding namelijk kon leiden tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg ten opzichte van het belastbare inkomen voorafgaand aan de betaling, zou een deel van de winst van de leninggever en/of de leningnemer belastingvrij blijven, aangezien dat deel niet in een belastbaar inkomen zou worden opgenomen. Deze situatie zou duidelijk tegen het doel van het stelsel ingaan. Bovendien zou een dergelijke mogelijkheid het Luxemburgse belastingstelsel fundamenteel discriminerend maken, daar het tot een groep behorende vennootschappen zou toestaan een deel van hun winst buiten hun belastbaar inkomen te houden, een mogelijkheid die onafhankelijke vennootschappen niet hebben.

(257) Ten tweede geldt dat de LIR, hoewel financieringstransacties of de vergoeding die daaruit voortvloeit niet als zodanig worden benoemd, duidelijk en ondubbelzinnig is over de manier waarop de overgeboekte vergoeding voor elke categorie financiële instrumenten belast moet worden. In de overwegingen 249 t/m 254 heeft de Commissie op basis van het Luxemburgs fiscaal recht aangetoond dat de betaling van een vergoeding in samenhang met een groepsinterne financieringstransactie tussen in Luxemburg belastingplichtige entiteiten niet mag leiden tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen.

6.3.2. VERGELIJKBAARHEID MET CONCERNS DIE GROEPSINTERNE FINANCIERINGSTRANSACTIES TUSSEN IN LUXEMBURG INGEZETEN ENTITEITEN VERRICHTEN

(258) De Commissie is van oordeel dat alle concerns die groepsinterne financieringstransacties tussen in Luxemburg ingezeten entiteiten verrichten zich in een situatie bevinden die feitelijk en juridisch vergelijkbaar is met die van Engie, ongeacht de aard van het gebruikte financieringsinstrument. In punt 6.3.1 is uitgelegd dat het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel erin bestaat belasting te heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn.

(259) Volgens dit beginsel zijn alle concerns die groepsinterne financieringstransacties tussen in Luxemburg ingezeten groepsentiteiten verrichten dus vergelijkbaar, aangezien het gekozen financieringsinstrument en de hoogte van de vergoeding voor de financiering met dit beginsel geen verband houden ([273]).

([271]) Zie de norm IAS 32, punt 35; „Uitkeringen aan houders van een eigenvermogensinstrument moeten door de entiteit rechtstreeks ten laste van het eigen vermogen worden gebracht, na aftrek van een eventueel hiermee verband houdend winstbelastingvoordeel", en punt 36: „de terugbetaling of herfinanciering van eigenvermogensinstrumenten wordt verwerkt als variatie in het eigen vermogen"

([272]) Dit betekent dat de deelnemingsvrijstelling er vanuit het oogpunt van de groep slechts toe leidt dat een door de dubbele economische belasting veroorzaakt *nadeel wordt weggenomen*.

([273]) Het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg mag door de betaling van de vergoeding namelijk niet veranderen. Zoals uitgelegd in punt 6.3.1 kan het gecombineerde belastbare inkomen bij wijze van uitzondering op deze regel in bepaalde uitzonderlijke situaties *toenemen* en tot dubbele belasting leiden, namelijk wanneer er winst wordt uitgekeerd terwijl de deelnemingsvrijstelling krachtens artikel 166 LIR niet op de deelneming kan worden toegepast.

(260) Het soort instrument dat voor de financiering is gekozen kan van invloed zijn op de soort vergoeding, de datums en de wijzen van betaling van de vergoeding, alsook op de rechten die aan de „leninggever" of de „houder" van het instrument worden verleend. Zo neemt de vergoeding bij normale aandelen, wat deelnemingsinstrumenten zijn, de vorm van een winstuitkering aan, waarvan het bedrag en de voorwaarden over het algemeen worden bepaald door de bestuursorganen van de entiteit die de aandelen uitgeeft. Bovendien geldt er geen enkele verplichting om het financieringsbedrag terug te betalen. Gewone aandelen kunnen ook stemrecht tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders geven en het recht te worden vertegenwoordigd in de raad van bestuur, de raad van toezicht of andere bedrijfsorganen. Bij instrumenten anders dan deelnemingen, zoals leningen, worden de voorwaarden en de hoogte van de vergoeding (rente) daarentegen door de beide contractpartijen vastgesteld en heeft de leninggever in beginsel geen recht om aan de bedrijfsvoering van de leningnemer deel te nemen, noch om op enigerlei wijze zeggenschap op hem uit te oefenen. Bovendien geldt een contractuele verplichting om de nominale waarde van de lening terug te betalen.

(261) De Commissie is van oordeel dat geen van deze verschillen op enigerlei wijze het fundamentele beginsel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel aantast dat over de totale winst van vennootschappen belasting moet worden geheven, en dat betaling van de vergoeding voor groepsinterne financieringstransacties tussen in Luxemburg ingezeten vennootschappen niet mag leiden tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg. Op grond van dit beginsel wordt de situatie van een onderneming niet minder vergelijkbaar door de keuze van het financieringsinstrument.

(262) Voor financieringsinstrumenten, zoals aandelen, is namelijk in punt 6.3.1 al uitgelegd dat winstuitkeringen volgens artikel 164, alinea's 1 en 2, LIR, op zijn minst in het belastbaar inkomen van de uitkerende entiteit opgenomen, en dus belast moeten worden. In geval van instrumenten anders dan deelnemingen, zoals leningen, wordt de door de leningnemer betaalde rente van diens belastbaar inkomen afgetrokken, maar als belastbaar inkomen in het totale belastbare inkomen van de leninggever opgenomen. Bijgevolg leidt de betaling van de vergoeding in geen van beide gevallen tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de aan de transactie deelnemende vennootschappen, ondanks de verschillende voorwaarden en wijzen van vergoeding en terugbetaling van de financiering en de verschillende rechten en plichten van de partijen.

(263) De Commissie is van oordeel dat de argumenten die Luxemburg heeft aangevoerd, met de strekking dat de door Engie ingestelde constructie meer flexibiliteit biedt dan een rechtstreekse transactie tussen de houdstermaatschappijen en de dochtervennootschappen en Engie in staat stelt de verworven activiteiten te financieren en tevens het risicoprofiel van de dochtervennootschappen te beperken ([274]), irrelevant zijn, daar geen van deze redenen verband houdt met het beginsel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel dat de betaling van de vergoeding voor groepsinterne financieringstransacties tussen in Luxemburg ingezeten vennootschappen niet mag leiden tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg.

(264) Hieruit kan geconcludeerd worden dat alle concerns die groepsinterne financieringstransacties tussen fiscaal in Luxemburg ingezeten vennootschappen uitvoeren, zich in een situatie bevinden die feitelijk en juridisch vergelijkbaar is met die van Engie. De tussenkomst van de leninggevers in de door Engie ingestelde constructies doet niets aan deze conclusie af, daar de leninggevers eveneens ingezetenen van Luxemburg zijn en het doel van die constructies de financiering van activaoverdracht blijft, zoals Luxemburg en Engie toegeven.

6.3.3. DISCRIMINERENDE AFWIJKING TEN OPZICHTE VAN HET REFERENTIEKADER

(265) De Commissie is van oordeel dat de op basis van de betwiste fiscale rulings verleende fiscale behandeling afwijkt van de in het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel voorziene fiscale behandeling van groepsinterne financieringstransacties tussen in Luxemburg ingezeten groepsentiteiten.

(266) Enerzijds wordt de ZORA-aanwas, wanneer die positief is, elk jaar door de dochtervennootschappen verantwoord als fiscaal aftrekbare last. Anderzijds worden de LNG Supply-aandelen, waarin de ZORA-aanwas is inbegrepen, tijdens de conversie onmiddellijk aan LNG Holding overgedragen, in overeenstemming met het LNG-termijncontract. Bijgevolg ontvangt LNG Holding de vergoeding voor de aan LNG Supply verstrekte financiering (die LNG Supply van haar belastbaar inkomen heeft afgetrokken). LNG Holding neemt de LNG Supply-aandelen echter tegen de nominale waarde van de ZORA in de boeken op, dus zonder de waardeaanwas van de geconverteerde ZORA te verantwoorden.

([274]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017.

(267) Bijgevolg bekrachtigen de betwiste fiscale rulings een situatie waarin de vergoeding die LNG Supply voor de ontvangen financiering betaalt door aandelen ten belope van de ZORA-aanwas uit te geven, leidt tot een verlaging (met de waarde van de ZORA-aanwas) van het belastbaar inkomen van LNG Supply die niet gecompenseerd wordt (en niet gecompenseerd zal worden) door een verhoging van het belastbaar inkomen van LNG Holding (of een effectieve verhoging van het belastbaar inkomen van LNG Luxembourg).

(268) Voormelde redenering kan mutatis mutandis worden doorgetrokken naar GSTM, EIL en CEF ([275]).

(269) Kort gezegd bekrachtigen de betwiste fiscale rulings een fiscale behandeling waarbij de vergoeding die LNG Supply en GSTM voor de financiering door respectievelijk LNG Holding en CEF betalen, een daling van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep Engie in Luxemburg met zich meebrengt.

(270) Gelet op het voorgaande, meent de Commissie dat de fiscale behandeling die op basis van de betwiste fiscale rulings aan Engie is verleend afwijkt van het referentiestelsel en daarom voor de groep Engie een economisch voordeel inhoudt.

(271) Voor het Hof bestaat de selectiviteitsbeoordeling erin „*te onderzoeken of bepaalde marktdeelnemers worden gediscrimineerd doordat zij worden uitgesloten van een belastingvoordeel dat resulteert uit een maatregel die afwijkt van de algemene belastingregeling*" ([276]).

(272) Zoals is vastgesteld in punt 6.3.2, bevinden alle concerns die groepsinterne financieringstransacties tussen in Luxemburg ingezeten vennootschappen uitvoeren, zich in een situatie die ten aanzien van de doelen van het stelsel feitelijk en juridisch vergelijkbaar is met die van Engie. Zoals vastgesteld in punt 6.3.1, zouden deze groepen echter geen toegang hebben tot het aan Engie verleende voordeel, daar de betaling van een vergoeding in het kader van een financieringstransactie tussen twee in Luxemburg belastingplichtige groepsentiteiten volgens het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel niet mag leiden tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg, ongeacht de aard van de aangewende financieringsmiddelen of de hoogte van de vergoeding. De betwiste maatregelen zijn daarom discriminerend ten opzichte van deze marktdeelnemers.

(273) Bijgevolg is het voordeel dat op basis van de betwiste fiscale rulings aan Engie is verleend a priori selectief.

(274) Luxemburg ([277]) en Engie ([278]) beweren dat concerns die als financieringsinstrument een rechtstreekse ZORA tussen twee in Luxemburg ingezeten groepsentiteiten gebruiken, dus zonder intermediaire entiteit en zonder vooraf betaald termijncontract, ook toegang hebben tot het voordeel dat aan Engie is verleend, namelijk een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg, en dat er daarom niet van het referentiekader is afgeweken.

(275) De Commissie wijst er om te beginnen op dat het ter vaststelling van selectiviteit niet nodig is om aan te tonen dat *elke onderneming* die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevindt uitgesloten is van het voordeel dat aan de begunstigde van de maatregel is toegekend. Zoals de Commissie al in overweging 271 heeft gedaan, volstaat het om aan te tonen dat „*bepaalde marktdeelnemers*" die zich ten aanzien van het doel van het stelsel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden zijn uitgesloten van het aan de begunstigde verleende belastingvoordeel ([279]). Hieruit volgt dat zelfs indien een bepaalde categorie ondernemingen — de concerns die een rechtstreekse ZORA gebruiken — dezelfde fiscale behandeling als Engie kon krijgen, die omstandigheid op zichzelf niet zou volstaan om te concluderen dat het aan Engie verleende voordeel niet a priori selectief is.

(276) In ieder geval is de Commissie van oordeel dat een groep die een rechtstreekse ZORA tussen twee in Luxemburg ingezeten entiteiten gebruikt niet dezelfde fiscale behandeling zou krijgen als Engie, in tegenstelling tot wat Luxemburg en Engie beweren.

([275]) Zodra de GSTM-aandelen geconverteerd en ingetrokken worden, daar de betwiste fiscale rulings ook dat toestaan.
([276]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, punt 71.
([277]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 8.
([278]) Zie de opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punten 89, 93 en 94.
([279]) Arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, punt 71.

(277) Dit wordt bevestigd door de belastingaangiften die Luxemburg heeft overgelegd. Daaruit blijkt dat de fiscale behandeling van een ZORA gelijk is aan die van eender welk instrument anders dan een deelneming ([280]): voor de toekomstige betalingen van de ZORA-aanwas hebben de dochtervennootschappen jaarlijks voorzieningen opgenomen als fiscaal aftrekbare kosten ([281]) en tijdens de conversie heeft LNG Luxembourg de ZORA-aanwas verantwoord als belastbaar inkomen ([282]).

(278) Met andere woorden, net als bij eender welk ander instrument anders dan een deelneming, leidt de betaling van de vergoeding uit hoofde van de ZORA (namelijk de conversie van de ZORA-aanwas) niet tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in Luxemburg in verhouding tot het belastbaar inkomen voorafgaand aan die betaling ([283]).

(279) Luxemburg beweert ([284]) dat de winst die de leninggever bij conversie van een rechtstreekse ZORA realiseert, namelijk de geconverteerde ZORA-aanwas, niet wordt belast als de leninggever de bijzondere regeling van artikel 22 bis LIR toepast. Volgens deze bepaling wordt bij de conversie van een lening in aandelen van de vennootschap geen kapitaalwinst gerealiseerd en is er dus op het moment van de conversie geen vennootschapsbelasting verschuldigd, net als bij de constructies die Engie heeft ingesteld.

(280) De Commissie wijst dit argument af. Toepassing van artikel 22 bis LIR zou er niet toe leiden dat er geen belasting werd geheven over de in aandelen geconverteerde ZORA-aanwas. Ten eerste omdat artikel 22 bis LIR niet van toepassing zou zijn op de ZORA-aanwas en ten tweede omdat het, zelfs als dat wel zo was, niet tot gevolg zou hebben dat de ZORA-aanwas bij de begunstigde permanent van belasting vrijgesteld zou worden.

(281) Artikel 22 bis LIR zou niet van toepassing zijn op de ZORA-aanwas. Deze bepaling brengt een duidelijk onderscheid aan tussen de kapitaalwinst die ontstaat door de conversie van het financieringsinstrument in aandelen en de vergoeding voor dat instrument voorafgaand aan de conversie ervan, en bepaalt uitdrukkelijk dat die vergoeding krachtens artikel 22 bis LIR niet vrijgesteld kan worden: „Bij conversie van een converteerbare kapitaallening is de gekapitaliseerde rente over het lopende boekjaar voorafgaand aan de conversie belastbaar op het moment van de ruil" ([285]). De termen „converteerbare kapitaallening" en „gekapitaliseerde rente" worden in de wet niet nader omschreven. Volgens Luxemburg zijn de ZORA's echter converteerbare leningen. Bovendien wordt de ZORA-aanwas niet jaarlijks betaald, maar pas op het moment van de conversie bij de uitgifteprijs van de ZORA opgeteld om te bepalen welk bedrag in aandelen omgezet moet worden. Er is geen enkel verschil tussen „gekapitaliseerde rente" die in aandelen wordt omgezet bij de conversie van een lening en de ZORA-aanwas. Bijgevolg is het deel van de pas uitgegeven aandelen dat overeenkomt met de ZORA-aanwas *belastbaar* en zou het in het belastbaar inkomen van de begunstigde moeten worden opgenomen.

(282) Bijgevolg kan de vrijstelling krachtens artikel 22 bis LIR in het onderhavige geval in theorie slechts worden toegepast op de aandelen die overeenkomen *met het nominale bedrag van de* ZORA, en niet op de aandelen die overeenkomen met de ZORA-aanwas, welke aandelen rechtstreeks in het belastbaar inkomen van de begunstigde opgenomen zouden moeten worden.

(283) Verder is het zo dat zelfs indien artikel 22 bis LIR op de ZORA-aanwas van toepassing was, deze inkomsten daardoor niet permanent van belasting vrijgesteld zouden zijn. Uit de tekst van artikel 22 bis, alinea 4, LIR blijkt namelijk duidelijk dat deze bepaling alleen „*uitstel van belasting*" toestaat ([286]). Dat deze bepaling niet bedoeld is om het vermijden van belastingheffing te vergemakkelijken, zoals Luxemburg en Engie suggereren, wordt door de Luxemburgse belastingdienst uitdrukkelijk bevestigd in haar circulaire van 27 november 2002 aangaande de

([280]) Deze praktijk strookt met het standpunt van Luxemburg dat ZORA's beschouwd moeten worden als instrumenten anders dan deelnemingen (zie de opmerkingen van Luxemburg op de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 1d).
([281]) Zie de paragrafen 2.2.3.7.1. en 2.2.4.6.1.
([282]) Zie punt 2.2.3.7.2.
([283]) Als de waarde van de ZORA door gecumuleerde negatieve ZORA-aanwas daalt, moeten de kosten die door de leninggevers naar aanleiding van de waardedaling van hun schuldvordering worden verantwoord overeenkomen met inkomsten die door de vennootschappen worden verantwoord naar aanleiding van de waardedaling van hun verplichting.
([284]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, blz. 8.
([285]) Artikel 22 bis, alinea 2, punt 1 LIR (onderstreping toegevoegd door de Commissie).
([286]) Artikel 22 bis, alinea 4, LIR: „Voor de vennoot komen de prijs en de verwervingsdatum van de ter ruiling ontvangen waardepapieren overeen met de prijs en de verwervingsdatum van de ter ruiling aangeboden waardepapieren."

toepassing van deze bepaling (hierna de „22 bis-circulaire") ([287]). In deze circulaire wordt uitgelegd dat de kapitaalwinst die voortvloeit uit de conversie slechts overgaat op de ter ruiling ontvangen activa (in voorliggend geval de aandelen), maar in beginsel belastbaar blijft tijdens de latere realisatie van die winst ([288]).

(284) De Commissie heeft aangetoond dat het op basis van de betwiste fiscale rulings aan Engie verleende voordeel niet ter beschikking stond aan andere ondernemingen die zich ten aanzien van het doel van het stelsel feitelijk en juridisch in een met die van Engie vergelijkbare situatie bevonden. Bijgevolg moet dit voordeel als a priori selectief worden beschouwd. Het feit dat de door Engie ingestelde constructie in beginsel aan eender welke groep in Luxemburg openstaat, is op deze conclusie niet van invloed. In deze punt heeft de Commissie vastgesteld dat de maatregel van het algemene referentiekader afwijkt en daardoor discriminatie in de hand werkt. Volgens vaste rechtspraak is dat de doorslaggevende factor om van selectiviteit te kunnen spreken ([289]).

6.3.4. GEEN RECHTVAARDIGING

(285) Noch Luxemburg, noch Engie heeft een mogelijke rechtvaardiging gegeven voor de door de betwiste fiscale rulings bekrachtigde begunstiging van Engie. In dit verband herinnert de Commissie eraan dat het aan de lidstaat staat die rechtvaardiging te verschaffen.

(286) Daar Luxemburg geen steekhoudende argumenten heeft aangevoerd, moet de Commissie concluderen dat het aan Engie verleende belastingvoordeel niet gerechtvaardigd wordt door de aard of de algemene opzet van dit stelsel.

(287) Wat betreft de rechtvaardiging die Luxemburg zou kunnen aanvoeren, maar niet aangevoerd heeft, met betrekking tot het voorkomen van dubbele economische belasting, verwijst de Commissie naar de beoordeling die ze gegeven heeft in punt 6.2.3.

6.3.5. CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN HET SELECTIEF VOORDEEL OP HET NIVEAU VAN DE GROEP

(288) Gelet op het voorgaande en onverminderd de conclusies die ze in punt 6.2.4 heeft getrokken, concludeert de Commissie dat het voordeel dat op basis van de betwiste fiscale rulings aan Engie is verleend selectief is.

6.4. *SELECTIEF VOORDEEL DOOR NIET-TOEPASSING VAN DE LUXEMBURGSE BELASTINGWETGEVING INZAKE RECHTSMISBRUIK (ARTIKEL 6 StAnpG)*

(289) Subsidiair is de Commissie tevens van oordeel dat de twijfels die ze in overweging 158 van het inleidingsbesluit heeft geuit ten aanzien van de vraag of Luxemburg van zijn interne regels inzake rechtsmisbruik is afgeweken door de groep geen belasting op te leggen, evenmin zijn weggenomen.

(290) Zoals vastgesteld in punt 6.2.1.1 is het referentiestelsel het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, dat ten doel heeft belasting te heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn. Het belastbaar inkomen wordt berekend op basis van de in de boekhouding verantwoorde winst. Dit doel geldt voor alle belastingplichtige vennootschappen die ingezetene van Luxemburg zijn.

(291) De belastingwetgeving ter bestrijding van rechtsmisbruik bestaat uit alle regels die bedoeld zijn om te voorkomen dat belastingplichtigen het hoofddoel van het referentiestelsel, namelijk belasting heffen over de winst van ondernemingen, omzeilen. Het is dus passend deze regels als wezenlijk onderdeel van het referentiestelsel te beschouwen, daar ze de interne samenhang van dat stelsel waarborgen en de fundamentele doelstellingen ervan beogen te bereiken.

([287]) Circulaire van de „Directeur des contributions directes LIR" nr. 22 bis/1 van 27 november 2002.

([288]) Zie 22 bis-circulaire: „de kapitaalwinst die inherent is aan de ter ruiling aangeboden waardepapieren gaat over op de zojuist verworven waardepapieren en wordt in beginsel belastbaar tijdens de latere realisatie van die kapitaalwinst" (onderstreping toegevoegd door de Commissie).
Er zou beweerd kunnen worden dat deze inkomsten na realisatie vrijgesteld zouden worden op grond van de deelnemingsvrijstelling van artikel 166 LIR. Ook dit argument is onjuist. De 22 bis-circulaire geeft namelijk aan dat deze regeling niet gebruikt kan worden om de kapitaalwinst die zonder deze maatregel belastbaar zou zijn permanent van belasting vrij te stellen, juist om te voorkomen dat artikel 22 bis LIR wordt ingeroepen om de verplichte belastingheffing over alle inkomsten te omzeilen [zie de 22 bis-circulaire: „Het doel van artikel 22 bis LIR is om vast te leggen welke ruilhandelingen met waardepapieren fiscaal neutraal kunnen worden uitgevoerd. Artikel 22 bis LIR beoogt echter niet de kapitaalwinst die zonder deze maatregel belastbaar zou zijn geweest bij de overdrager permanent van belasting vrij te stellen, maar de belasting ervan uit te stellen" (onderstreping toegevoegd door de Commissie)].
In ieder geval vormt de toepassing van artikel 166 LIR op inkomsten die door toepassing van artikel 22 bis LIR tijdelijk zijn uitgesteld en overeenkomen met bedragen die van het belastbaar inkomen van de leningnemer zijn afgetrokken een selectief voordeel volgens de redenering die de Commissie in punt 6.2 heeft gevolgd.

([289]) Arrest in de gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, punt 80.

6.4.1. VOORWAARDEN VOOR TOEPASSING VAN DE BELASTINGREGELS TER BESTRIJDING VAN MISBRUIK

(292) Artikel 6 StAnpG verbiedt belastingontwijking of verlaging van de belastingdruk door misbruik van rechtsvormen of constructies uit het burgerlijk recht. Als de vorm of de juridische constructie van een transactie niet past bij de aard van die transactie, moet de belasting volgens deze bepaling worden vastgesteld alsof die transactie in de juiste rechtsvorm was verricht ([290]). Luxemburg meent dat deze bepaling de belastingdienst in staat stelt juridische constructies of handelingen af te wijzen die uitsluitend door een fiscaal doel gedreven zijn en niet zijn ingegeven door economische overwegingen, zonder de belastingplichtige echter in zijn keuze te beperken ([291]).

(293) Volgens de dienstmededeling van 21 augustus 1989 (hierna de „dienstmededeling van 1989") ([292]), is artikel 6 StAnpG van toepassing op elke fiscale procedure, daaronder begrepen de door de Luxemburgse belastingdienst uitgegeven rulings. Wanneer de belastingdienst een dergelijke ruling uitgeeft, moet ze zich ervan vergewissen dat de constructie en/of de transacties die de belastingplichtige in de rulingaanvraag heeft aangegeven geen rechtsmisbruik in de zin van artikel 6 StAnpG vormen. Dit betekent dat de Luxemburgse belastingdienst geen dwingende besluiten als rulings mag aannemen wanneer de voornaamste reden dat de belastingplichtige een dergelijk besluit aanvraagt het verkrijgen van een belastingvoordeel is ([293]). De dienstmededeling van 1989 bevestigt tevens dat de Luxemburgse belastingdienst rechtsmisbruik moet uitsluiten alvorens een fiscale ruling uit te geven ([294]).

(294) Volgens Luxemburg moet op basis van de ter zake doende jurisprudentie aan vier criteria worden voldaan om een maatregel als rechtsmisbruik te kunnen aanmerken: i) gebruik van vormen en instellingen van het privaatrecht door de belastingplichtige; ii) gehele of gedeeltelijke ontwijking van belastingen, van eender welke aard, die de belastingplichtige normaliter zou hebben betaald; iii) gebruik van een ongeschikt juridisch middel door de belastingplichtige; en iv) het ontbreken van extrafiscale beweegredenen die het door de belastingplichtige gekozen juridisch middel kunnen rechtvaardigen ([295]).

(295) Het eerste criterium vereist dat voor de constructie van een gegeven transactie, zoals die door de belastingplichtige is bedacht, gebruikgemaakt werd van vormen of instellingen van het privaatrecht („*Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts*"). Noch in artikel 6 StAnpG, noch in de jurisprudentie is het wezen van de vormen en instellingen van het privaatrecht nauwkeurig omschreven, maar de consensus is dat onder deze begrippen elk juridisch middel moet worden verstaan dat geen verband houdt met het publiekrecht. De oprichting van een vennootschap en de uitvoering van groepsinterne financieringscontracten moeten dus beschouwd worden als gebruik van een vorm of instelling van het privaatrecht door de belastingplichtige ([296]).

(296) Het tweede criterium vereist dat de onrechtmatige constructie de belastingplichtige in staat stelt zijn belastinglast te verlagen („*Minderung der Steuerpflicht*") door belastingontwijking, vrijstelling of een verlaging van het belastbaar inkomen ([297]).

(297) Het derde criterium vereist dat de belastingplichtige in het kader van de mogelijk onrechtmatige constructie een „ongeschikt" juridisch middel („*unangemessene rechtliche Gestaltung*") gebruikt. Volgens Luxemburg ([298]) betekent dit dat het gekozen middel de belastingplichtige in staat moet stellen een belastingvoordeel te verkrijgen dat niet met de bedoeling van de wetgever overeenstemt ([299]). Om deze voorwaarde te vervullen, moet het nagestreefde economisch resultaat volgens Luxemburg met ten minste twee middelen kunnen worden bereikt, waarvan er één ongeschikt is. Met het ongeschikte middel moet een belastingbesparing mogelijk zijn die met een van de geschikte manieren niet mogelijk is.

([290]) Zie punt 2.3.4.
([291]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 2.a.
([292]) Dienstmededeling van de Directeur des contributions L.G./N.S. nr. 3 van 21 augustus 1989.
([293]) Zie de dienstmededeling van 1989: „5. Inlichtingen met het oogmerk om de overheid te binden worden niet verstrekt in gevallen waarin de verkrijging van een belastingvoordeel vooropstaat (bv. onderzoek van zogenaamde „Steuersparmodelle" (schema's om belastingen uit te sparen), vaststelling van limieten om de bestanddelen van simulatie of rechtsmisbruik te omzeilen)".
([294]) Aangezien rechtsmisbruik in het Luxemburgs recht alleen in artikel 6 StAnpG is gedefinieerd, dient deze bepaling te worden toegepast in het kader van de dienstmededeling van 1989.
([295]) De opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017 bevatten een beschrijving van deze vier criteria, alsook uitleg over de manier waarop ze moeten worden toegepast.
([296]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 2.a.
([297]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 2.a.
([298]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 2.a.
([299]) In zijn antwoord op de brief van 11 december 2017 citeert Luxemburg het besluit van 1 augustus 2017 van de administratieve rechtbank van het Groothertogdom Luxemburg, rolnummer 39009C: dat wil zeggen een middel dat de belastingplichtige in staat stelt „een economisch doel te bereiken, zodanig dat met dat middel een fiscaal effect kan worden verkregen waarvan aangenomen kan worden dat het niet door de wetgever zou zijn toegekend in het kader van een toepassing van de belastingwet die met de bedoeling van die wet overeenstemt".

(298) Het vierde criterium is het ontbreken van extrafiscale beweegredenen die het door de belastingplichtige gekozen juridisch middel kunnen rechtvaardigen. Volgens Luxemburg ([300]) blijkt uit de jurisprudentie dat extrafiscale beweegredenen, zoals economische beweegredenen, zakelijk moeten zijn en de belastingplichtige voldoende economisch voordeel moeten opleveren ([301]). Het bestaan van dergelijke beweegredenen is voldoende om van toepassing van de antimisbruikbepalingen af te zien.

6.4.2. TOEPASSING VAN DE VOORWAARDEN OP HET ONDERHAVIGE GEVAL

(299) Op basis van de informatie die Luxemburg heeft verstrekt, concludeert de Commissie dat de Luxemburgse belastingdienst de betwiste fiscale rulings niet had mogen uitgeven, aangezien de door Engie ingestelde constructies onrechtmatig zijn in de zin van artikel 6 StAnpG.

(300) De transacties die Engie in de rulingaanvragen heeft uiteengezet, voldoen namelijk aan de in punt 6.4.1 beschreven voorwaarden die voor de toepassing van artikel 6 StAnpG noodzakelijk zijn.

6.4.2.1. ***Gebruik van vormen of instellingen van het privaatrecht***

(301) Het wordt niet betwist dat Engie vormen of instellingen van het privaatrecht heeft gebruikt om de constructies toe te passen die in de betwiste fiscale rulings zijn beschreven: de termijncontracten en converteerbare leningen zoals de ZORA's. Bijgevolg is voldaan aan het eerste criterium voor toepassing van artikel 6 StAnpG.

6.4.2.2. ***Verlaging van de belastinglast***

(302) Zoals vastgesteld in de paragrafen 6.2.1, 6.2.2 en 6.3.3 is het duidelijk dat Engie haar belastinglast op groepsniveau in Luxemburg dankzij de betwiste fiscale rulings aanzienlijk kan verlagen, aangezien de activiteiten die aan de dochtervennootschappen zijn overgedragen (de LNG-activiteit en de activiteit financiering en kasmiddelenbeheer) nagenoeg volledig belastingvrij blijven. Aan het tweede criterium voor de vaststelling van rechtsmisbruik is dus eveneens voldaan.

6.4.2.3. ***Gebruik van een ongeschikt juridisch middel***

(303) Voor het derde criterium moet eerst worden bepaald welk economisch doel met de betrokken transactie wordt nagestreefd. Pas daarna kan worden vastgesteld of dat doel met een ander dan het door de belastingplichtige gekozen middel kan worden bereikt. Vervolgens moet worden nagegaan of het door de belastingplichtige gekozen middel ongeschikt is in die zin dat het een belastingverlaging mogelijk maakt die niet strookt met de bedoeling van de wetgever en niet met een geschikt middel bereikt had kunnen worden.

(304) In voorliggend geval is om te beginnen duidelijk dat het economisch resultaat dat Engie door middel van de in de betwiste fiscale rulings beschreven constructies nastreefde, de verwerving door de dochtervennootschappen van de LNG-activiteit en de activiteit financiering en kasmiddelenbeheer was. Evenmin wordt betwist dat datzelfde economisch resultaat bereikt zou kunnen worden met verschillende andere middelen: eigenvermogensinstrumenten of leningsinstrumenten tussen de dochtervennootschappen en de houdstermaatschappijen ([302]).

(305) Zoals de Commissie heeft uitgelegd in de paragrafen 6.2 en 6.3, hebben de door Engie ingestelde constructies daarnaast tot gevolg dat nagenoeg de volledige winst van de dochtervennootschappen in Luxemburg belastingvrij blijft. Dit resultaat is niet te verenigen met het hoofddoel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, namelijk belasting heffen over de winst van alle vennootschappen die in Luxemburg belastingplichtig zijn. Dit effect strookt dan ook niet met de bedoeling van de wetgever. Bovendien zou het niet mogelijk zijn geweest als de overdracht van activiteiten naar de dochtermaatschappijen met eigenvermogens- of leningsinstrumenten was gefinancierd. De door Engie ingestelde constructies zijn dus geen geschikt middel om de overdracht van activiteiten aan de dochtermaatschappijen te financieren.

([300]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, antwoord op vraag 2.a.

([301]) In zijn brief van 16 februari 2016 citeert Luxemburg het besluit van de administratieve rechtbank van het Groothertogdom Luxemburg, rolnummers 35979C en 35978C: „om economische beweegredenen als geldig te kunnen aanvaarden, volstaat het niet dat de belastingplichtige er slechts opgave van doet, maar moeten die beweegredenen als zakelijk kunnen worden beschouwd en op zichzelf een voldoende economisch voordeel opleveren dat verder strekt dan het verkregen belastingvoordeel".

([302]) De Commissie herinnert eraan dat over de onderliggende winst van een rechtstreekse ZORA belasting betaald moet worden, zoals vastgesteld is in de overwegingen t/m (283).

6.4.2.4. ***Ontbreken van extrafiscale beweegredenen***

(306) Ten slotte heeft de Commissie behalve een aanzienlijke belastingbesparing geen enkele zakelijke beweegreden kunnen ontdekken die voldoende economisch voordeel oplevert om de door Engie bedachte ingewikkelde constructies te rechtvaardigen.

(307) Luxemburg beweert ([303]) dat de constructies die door middel van de termijncontracten en de ZORA's zijn aangewend noodzakelijk zijn om de overname van de activiteiten door de dochtervennootschappen te financieren. Dit argument is onjuist. Zoals blijkt uit de betwiste fiscale rulings, wordt de financiering in werkelijkheid door de houdstermaatschappijen verstrekt aan de leninggevers, die de financiering nog dezelfde dag aan de dochtervennootschappen ter beschikking stellen. Met andere woorden, de activaovername door de dochtermaatschappijen wordt door de houdstermaatschappijen gefinancierd.

(308) De Commissie wijst erop dat het LNG-overdrachtscontract en het GSTM-overdrachtsvoorstel al bepalingen bevatten met betrekking tot de financiering van de overdracht van activiteiten. Het LNG-overdrachtscontract geeft aan dat LNG Supply in ruil voor de ontvangen activa promessen ten gunste van LNG Trading diende uit te geven ter waarde van het nominale bedrag van de ZORA ([304]). Het GSTM-overdrachtsvoorstel geeft aan dat CEF een bedrijfsonderdeel overdraagt in ruil voor een promesse van GSTM ([305]). Uit deze bepalingen blijkt dat de overdracht van activa al door de houdstermaatschappijen was gefinancierd met leningsinstrumenten. Met andere woorden, de termijncontracten en de ZORA's waren volstrekt overbodige constructies die in de plaats traden van bestaande rechtstreekse leningstransacties tussen de houdstermaatschappijen en de dochtervennootschappen ([306]). De rol van de leninggevers als intermediaire entiteiten die geen winst konden maken, bevestigt dat de enige economische beweegreden voor hun tussenkomst het behalen van een belastingbesparing was.

(309) Luxemburg beweert tevens dat de complexe constructies die Engie heeft ingesteld meer flexibiliteit bieden en zowel financiering van de verworven activiteiten als beperking van het risicoprofiel van de dochtermaatschappijen mogelijk maken. Ook dit argument klopt niet. Hetzelfde doel had namelijk bereikt kunnen worden met een rechtstreekse aandelenuitgifte van de dochtervennootschappen aan de houdstermaatschappijen. Een rechtstreekse eigenvermogenstransactie tussen de houdstermaatschappijen en de dochtervennootschappen zou de dochtervennootschappen dezelfde bescherming bieden als de complexe constructie die Engie heeft bedacht. De door Engie bedachte constructies kunnen verliezen opvangen tot het nominale bedrag van de ZORA's. Als de verliezen het nominale bedrag van de ZORA's overschrijden, teren ze in op het aandelenkapitaal van de dochtervennootschappen. Bij een kapitaalinbreng ter hoogte van het nominale ZORA-bedrag, zouden de dochtervennootschappen over precies dezelfde eigenvermogensbuffer beschikken voordat het startkapitaal door de verliezen zou worden aangetast. Daarnaast verwerpt de Commissie het argument dat de toevoeging van een extra schakel (de leninggevers) en het gebruik van complexe financiële producten (de ZORA's en de termijncontracten) in plaats van een directe kapitaalinbreng de flexibiliteit kunnen verbeteren. Dit zou integendeel juist operationele risico's voor de groep met zich kunnen meebrengen: in plaats van voor extra flexibiliteit te zorgen, veroorzaakt het gebruik van intermediaire entiteiten een administratieve last, brengt het een uitvoeringsrisico voor de houdstermaatschappijen met zich mee en verhoogt het de transactiekosten.

(310) Tot besluit kan gesteld worden dat de complexe constructies die Engie heeft ingesteld vanuit economisch perspectief beschouwd kunnen worden als gelijkwaardig aan rechtstreekse financieringstransacties tussen de houdstermaatschappijen en de dochtervennootschappen, of ze nu de vorm van eigenvermogensinstrumenten of leningsinstrumenten aannemen. Welke vorm ook als economisch gelijkwaardig aan de door Engie ingestelde complexe constructies wordt beschouwd, ze zou tot belasting van de onderliggende winst hebben geleid. Dit betekent dat Engie behalve het verwezenlijken van een aanzienlijke belastingbesparing geen andere voldoende economisch voordeel opleverende zakelijke beweegreden had om te kiezen voor de complexe constructies die door middel van de betwiste fiscale rulings zijn ingesteld.

(311) Bijgevolg is aan de criteria van artikel 6 StAnpG voldaan en had de Luxemburgse belastingdienst de door Engie ingestelde complexe constructies als onrechtmatig moeten aanmerken. Volgens de dienstmededeling van 1989 mag de belastingdienst alleen een fiscale ruling uitgeven als het verkrijgen van belastingvoordeel niet de hoofdreden is. Door de rulingaanvragen goed te keuren heeft de Luxemburgse belastingdienst het recht dus verkeerd toegepast en Engie het voordeel verleend om geen belasting te hoeven betalen over nagenoeg de volledige winst van twee van haar dochtervennootschappen (LNG Supply en GSTM) in Luxemburg ([307]).

(312) Daar het voordeel dat op basis van de betwiste fiscale rulings aan Engie is verleend berust op een verkeerde toepassing van het recht en dus per definitie niet aan andere ondernemingen ter beschikking staat, concludeert de Commissie tot slot van deze redenering dat het selectief is.

([303]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, blz. 16.
([304]) Zie overweging 34, punt 1.
([305]) Zie overweging 61, punt 1.
([306]) Ook uit de manier waarop de constructies werden aangewend (zie voetnoten 35 en 90) blijkt dat de activiteiten in beide gevallen overgedragen zijn in ruil voor promessen die door de dochtermaatschappijen aan de houdstermaatschappijen waren gericht. Dientengevolge vervangen de termijncontracten en de ZORA's de reeds door de houdstermaatschappijen verstrekte financiering.
([307]) Zie ook de mededeling betreffende het begrip staatssteun, punt 174, onder c).

6.5. *CONCLUSIES TEN AANZIEN VAN DE VRAAG OF ER SPRAKE IS VAN STEUN*

(313) Aangezien de fiscale behandeling die op basis van de betwiste fiscale rulings is toegekend aan alle voorwaarden van artikel 107, punt 1 van het Verdrag voldoet, kan aangenomen worden dat die behandeling gelijkstaat aan staatssteun in de zin van deze bepaling. Deze steun verlaagt de kosten die Engie normaliter in het kader van haar activiteiten had moeten dragen en dient bijgevolg te worden beschouwd als aan Engie verleende exploitatiesteun.

6.6. *BEGUNSTIGDE VAN DE STEUN*

(314) In punt 6.2 heeft de Commissie geconcludeerd dat de fiscale behandeling die op basis van de betwiste fiscale rulings aan LNG Holding en CEF is verleend een selectief voordeel verschaft in de zin van artikel 107, punt 1 van het Verdrag, aangezien die behandeling een verlaging van de belastbare winst en bijgevolg van de aan Luxemburg verschuldigde vennootschapsbelasting met zich meebrengt. LNG Holding en CEF maken deel uit van de groep Engie.

(315) De regels inzake deelnemingsvrijstelling hebben betrekking op winstuitkeringen van de ene aan de andere groepsvennootschap. In voorliggend geval bekrachtigt de fiscale ruling de belastingvrijstelling van inkomsten van LNG Holding en CEF die uit economisch oogpunt overeenkomen met aftrekposten van respectievelijk LNG Supply en GSTM, waardoor nagenoeg de volledige winst van LNG Supply en GSTM belastingvrij blijft, met uitzondering van een beperkte marge. Zoals aangegeven in overweging 243, heeft deze situatie van aftrek en vrijstelling een positieve invloed op de belastinglast van Engie in Luxemburg.

(316) Afzonderlijke rechtspersonen kunnen voor de toepassing van de staatssteunregels geacht worden één economische entiteit te vormen. Die economische eenheid wordt dan geacht de onderneming te zijn die de begunstigde van de steunmaatregel is. Zoals het Hof van Justitie eerder heeft geoordeeld, *„moet in het kader van het mededingingsrecht onder het begrip onderneming worden verstaan een […] economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen*" ([308]). Om te bepalen of verscheidene entiteiten een economische eenheid vormen, gaat het Hof na of er sprake is van een zeggenschapsdeelneming of van functionele, economische of organieke banden ([309]). In voorliggend geval staan zowel LNG Holding als CEF volledig onder zeggenschap van Engie SA, de moedervennootschap van de groep Engie.

(317) Bijgevolg is elke gunstige fiscale behandeling van LNG Holding en CEF door de Luxemburgse belastingdienst niet alleen profijtelijk voor die entiteiten, maar ook voor Engie in haar geheel, omdat de hele groep door gunstige behandeling over bijkomende financiële middelen kan beschikken. Hoewel de groep uit verschillende rechtspersonen bestaat en de betwiste fiscale rulings betrekking hebben op afzonderlijke entiteiten, moet de groep worden beschouwd als economische eenheid die baat heeft bij de betwiste steunmaatregel ([310]).

(318) Daarnaast wordt de conclusie van overweging 317 bevestigd door de bevindingen van de paragrafen 6.3 en 6.4, waarin de Commissie heeft vastgesteld dat de op basis van de betwiste rulings toegekende fiscale behandeling de groep Engie in Luxemburg een selectief voordeel verschaft in de zin van artikel 107, punt 1 van het Verdrag, aangezien die behandeling leidt tot een verlaging van het gecombineerde belastbare inkomen van de groep in die lidstaat.

6.7. *VERENIGBAARHEID VAN DE STEUN MET DE INTERNE MARKT*

(319) Staatssteun wordt als verenigbaar met de interne markt beschouwd voor zover hij onder een van de in artikel 107, lid 2, van het Verdrag genoemde categorieën valt en kan als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd indien de Commissie vaststelt dat hij onder een van de in artikel 107, lid 3, van het Verdrag genoemde categorieën valt. Het is echter aan de lidstaat die de steun verleent om te bewijzen dat de door hem verleende staatssteun verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 107, lid 2 of lid 3, van het Verdrag.

([308]) Arrest in de zaak C-170/83, Hydrotherm, ECLI:EU:C:1984:271, point 11. Zie ook het arrest in de zaak T-137/02, Pollmeier Malchow/Commissie, ECLI:EU:T:2004:304, punt 50.

([309]) Arrest in de zaak C-480/09 P, Acea Electrabel Produzione SpA/Commissie, ECLI:EU:C:2010:787, punten 47 t/m 55; arrest in de zaak C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., ECLI:EU:C:2006:8, punt 112.

([310]) Zie, bij analogie, het arrest in de zaak 323/82, Intermills, ECLI:EU:C:1984:345, punt 11. zie ook het arrest in de gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, België en Forum 187/Commissie, ECLI:EU:C:2005:266, punt 102: *„heeft de Commissie derhalve terecht vastgesteld dat de regels inzake de vaststelling van de belastbare inkomsten een voordeel vormden voor de coördinatiecentra en de groepen waartoe zij behoren*".

(320) Luxemburg heeft geen beweegredenen aangevoerd waaruit geconcludeerd kan worden dat de op basis van de betwiste fiscale rulings verleende staatssteun krachtens een van deze bepalingen verenigbaar is met de interne markt. Ook Engie heeft daarvoor geen beweegreden aangevoerd.

(321) Bovendien staat de op basis van de betwiste fiscale rulings verleende steun gelijk aan exploitatiesteun, daar de op die rulings berustende fiscale behandeling Engie ontdoet van een belastingdruk die het normaal gesproken in het kader van de normale bedrijfsvoering had moeten dragen. In de regel kan dergelijke steun op grond van artikel 107, lid 3 van het Verdrag niet als verenigbaar met de interne markt worden aangemerkt, voor zover die steun de ontwikkeling van bepaalde activiteiten of bepaalde economische regio's niet bevordert. Voorts geldt voor de betrokken belastingvoordelen geen tijdslimiet, nemen ze niet af en zijn ze niet evenredig met wat er nodig is om een specifiek marktfalen te verhelpen of een doelstelling van gemeenschappelijk belang te bereiken in de betrokken regio's Ze kunnen dus niet als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd.

(322) Bijgevolg is de staatssteun die Luxemburg aan Engie heeft verleend niet verenigbaar met de interne markt.

6.8. *ONWETTIGHEID VAN DE STEUN*

(323) Krachtens artikel 108, lid 3, van het Verdrag zijn de lidstaten verplicht de Commissie op de hoogte te brengen van elk voornemen tot invoering van steunmaatregelen (meldingsplicht) en kunnen de lidstaten de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat de Commissie een definitief besluit heeft genomen over de betrokken steunmaatregelen (opschortingsverplichting).

(324) De Commissie stelt vast dat Luxemburg bij de Commissie geen voornemen tot verlening van de betwiste steunmaatregel heeft aangemeld, en evenmin de in artikel 108, lid 3, van het Verdrag vastgestelde opschortingsverplichting heeft nageleefd. Daarom vormt de op basis van de betwiste fiscale rulings toegekende fiscale behandeling overeenkomstig artikel 1, onder f), van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad ([311]) onrechtmatige steun die in strijd met artikel 108, lid 3, van het Verdrag ten uitvoer is gelegd.

7. **VERMEENDE PROCEDUREFOUTEN**

(325) Luxemburg beweert ([312]) dat de Commissie zijn recht om te worden gehoord heeft geschonden, aangezien het hoofdvoorwerp van het onderzoek van de Commissie sinds de vaststelling van het inleidingsbesluit zou zijn veranderd, zoals blijkt uit de brief van 11 december 2017. Volgens Luxemburg had de Commissie de lopende procedure moeten sluiten en een nieuwe procedure moeten openen, dan wel een besluit moeten aannemen om het openingsbesluit uit te breiden zodat Luxemburg de gelegenheid had gekregen zijn mening over het vermeende nieuwe hoofdvoorwerp van het onderzoek van de Commissie naar behoren kenbaar te maken.

(326) Daarnaast beweert Engie ([313]) dat haar recht op verweer is geschonden, daar Engie geen gelegenheid heeft gekregen opmerkingen te maken over het door de Commissie uitgevoerde onderzoek naar andere fiscale rulings die Luxemburg tussen 2009 en 2016 heeft getroffen met betrekking tot ZORA's of „verplicht converteerbare nulcouponobligaties" en de respectieve fiscale en boekhoudkundige behandeling daarvan.

(327) De Commissie is van oordeel dat de procedurele rechten van Luxemburg en Engie in het onderhavige geval volledig zijn nageleefd.

(328) In de eerste plaats merkt de Commissie op dat de draagwijdte van haar onderzoek naar staatssteun niet is veranderd tussen het moment waarop het inleidingsbesluit is genomen en het moment waarop het voorliggende besluit is vastgesteld. Beide besluiten hebben betrekking op dezelfde betwiste fiscale rulings, dezelfde begunstigden (LNG Holding, CEF en de groep Engie) en dezelfde zorgen ten aanzien van staatssteun (namelijk de vraag of de fiscale behandeling die aan LNG Holding, CEF en de groep Engie is toegekend voldoet aan de staatssteunregels als bedoeld in artikel 107, lid 1 van het Verdrag).

(329) In het inleidingsbesluit gaf de Commissie uiting aan haar aanvankelijke twijfel over de vraag of de op de betwiste fiscale rulings berustende fiscale behandeling die aan verschillende entiteiten van de groep Engie in Luxemburg was verleend, verenigbaar was met de staatssteunregels. Het doel van een fase van diepgaand onderzoek naar aanleiding van een inleidingsbesluit is om de Commissie te wijzen op bijkomende feitelijke en juridische

([311]) Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 248 van 24.9.2015, blz. 9).
([312]) Zie de opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot de brief van 11 december 2017, bladzijde 3.
([313]) Zie de opmerkingen van Engie op de brief van 11 december 2017, punten 98 t/m 102.

elementen. Die elementen kunnen vervolgens de door de Commissie in haar inleidingsbesluit geformuleerde aanvankelijke twijfels versterken of wegnemen. Hieruit volgt dat de Commissie na afloop van die procedure tot een ander oordeel kan komen en dat het definitieve besluit dus op bepaalde punten kan afwijken van het inleidingsbesluit, zonder dat de rechtmatigheid van het definitieve besluit daardoor in het gedrang komt ([314]).

(330) In voorliggend geval is de Commissie tot een ander oordeel gekomen naar aanleiding van de schriftelijke opmerkingen die Luxemburg en Engie hebben ingediend ter zake van de zorgen omtrent staatssteun die de Commissie in haar inleidingsbesluit had geuit. Zo heeft Luxemburg in de loop van de administratieve procedure ([315]) aangegeven dat LNG Luxembourg na de gedeeltelijke aflossing van de LNG-ZORA, in 2014, geen beroep heeft gedaan op de facultatieve regeling van artikel 22 bis, alinea 2, LIR, maar alle belastbare winst uit de ZORA-conversie heeft verwerkt als overeenkomstig fiscaal aftrekbaar verlies op het LNG-termijncontract. De tekst van de termijncontracten is door Luxemburg verstrekt na het inleidingsbesluit, op 21 november 2016, en de rol van LNG Luxembourg en EIL als intermediaire entiteiten, alsook de werking van artikel 22 bis, alinea 2, zijn door Luxemburg en Engie op de bijeenkomst van 1 juni 2017 uitgebreid aan de Commissie uitgelegd.

(331) Het voorwerp van het onderzoek van de Commissie naar staatssteun, te weten de uit de betwiste fiscale rulings voortvloeiende fiscale behandeling van verschillende entiteiten van de groep Engie in Luxemburg, is echter sinds de vaststelling van het inleidingsbesluit niet veranderd. Dat geldt ook voor de voornaamste twijfels van de Commissie over de verenigbaarheid van de betwiste maatregel met de regels inzake staatssteun ([316]). Dat de diensten van de Commissie de brief van 11 december 2017 hebben verstuurd aan Luxemburg, dat deze brief op zijn beurt weer aan Engie heeft doorgezonden, berust op niets anders dan de wens tot transparantie.

(332) De Commissie herinnert eraan dat Engie als belanghebbende alleen opmerkingen mag maken over het inleidingsbesluit, dus niet over de informatie die Luxemburg in antwoord op het inleidingsbesluit heeft verstrekt. Niettemin heeft Engie verschillende keren de gelegenheid gekregen en benut om opmerkingen bij de Commissie in te dienen, zowel schriftelijk als mondeling.

(333) De Commissie is dan ook van oordeel dat de procedurele rechten van Luxemburg en Engie in het onderhavige geval zijn nageleefd.

8. **TERUGVORDERING**

(334) In artikel 16, lid 1, van Verordening (EU) 2015/1589 is voor de Commissie de verplichting vastgelegd om onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun terug te vorderen. Deze bepaling schrijft ook voor dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen moet nemen om onrechtmatige steun die onverenigbaar is verklaard, terug te vorderen. In artikel 16, lid 2, van Verordening (EU) 2015/1589 is bepaald dat de terug te vorderen steun rente omvat vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun aan de begunstigde beschikbaar is gesteld tot aan de datum waarop de steun daadwerkelijk is terugbetaald. In Verordening (EG) nr. 794/2004 ([317]) zet de Commissie gedetailleerd uiteen welke methoden voor berekening van de terugvorderingsrente moeten worden gebruikt. Ten slotte is in artikel 16, lid 3, van Verordening (EU) 2015/1589 bepaald dat „*terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat [dient] te geschieden, voor zover die procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van het besluit van de Commissie toelaten*".

8.1. *NIEUWE STEUN*

(335) Volgens artikel 1, onder c), van Verordening (EU) 2015/1589 wordt met „nieuwe steun" alle steun bedoeld, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun, die geen bestaande steun is, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun.

(336) Artikel 17 van Verordening (EU) 2015/1589 bepaalt dat de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen, verjaren na een termijn van tien jaar. Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend. Door elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat ten aanzien van de onrechtmatige steun wordt de verjaring gestuit. Na elke stuiting begint de termijn van voren af aan te lopen. De verjaring wordt geschorst, zolang over het besluit van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof van Justitie. Ten slotte wordt steun ten aanzien waarvan de verjaringstermijn is verstreken als bestaande steun beschouwd.

([314]) Arresten in de zaak T-424/05, Italië/Commissie, ECLI:EU:T:2009:49, punt 69; en in de gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, Nederland en NOS/Commissie, ECLI:EU:T:2010:525, punt 50. Zie ook het arrest in de zaak T-242/12, SNCF/Commissie, ECLI:EU:T:2015:1003, punten 345 t/m 367.

([315]) Zie overweging 113.

([316]) Zie het inleidingsbesluit, overwegingen 152, 156, 158 en 160.

([317]) Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1).

(337) In het onderhavige geval zijn de betwiste fiscale rulings door de Luxemburgse belastingdienst uitgegeven en is de steun minder dan tien jaar voorafgaand aan de datum waarop de Commissie haar eerste verzoek om inlichtingen over de betwiste fiscale rulings aan Luxemburg heeft voorgelegd (23 mei 2015), toegekend ([318]). Bijgevolg is elke steun die op basis van de betwiste fiscale rulings aan Engie is verleend nieuwe steun.

8.2. *TERUGVORDERING WORDT NIET VERHINDERD DOOR EEN ALGEMEEN RECHTSBEGINSEL*

(338) In artikel 16, lid 1, van Verordening (EU) 2015/1589 is bepaald dat de Commissie geen terugvordering van de steun verlangt als dat in strijd is met een algemeen beginsel van het Unierecht.

8.2.1. RECHTSZEKERHEID EN GERECHTVAARDIGD VERTROUWEN

8.2.1.1. ***Argumenten van Luxemburg en Engie***

(339) Luxemburg en Engie beroepen zich op de beginselen van rechtszekerheid en gerechtvaardigd vertrouwen om terugvordering van de onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun te verhinderen en voeren daarbij gelijksoortige argumenten aan.

(340) Wat betreft de *rechtszekerheid* voert Luxemburg aan dat dit beginsel terugvordering in het onderhavige geval verhindert wegens de „*complexiteit van de beoordeling van belastingmaatregelen ten opzichte van de staatssteunregels*" en het feit dat de Commissie haar eigen interpretatie van het Luxemburgs recht zou laten prevaleren ([319]). Luxemburg beroept zich op zijn goede trouw in die zin dat het de betwiste fiscale rulings strikt in overeenstemming met de consequente toepassing ervan door het land heeft toegepast ([320]). Luxemburg verwijst vervolgens ([321]) naar het besluit van de Commissie van 17 juli 2013 betreffende de Spaanse belasting-leaseregeling ([322]) en de Commissiebesluiten Holdings 1929 ([323]) en Belgische coördinatiecentra ([324]), en beweert dat een eventueel negatief besluit pas in de toekomst zou mogen ingaan, na een overgangsperiode.

(341) Engie beweert ook dat de Commissie een vernieuwende benadering ([325]) toepast en met terugwerkende kracht haar eigen interpretatie van het Luxemburgse belastingrecht oplegt, waarmee ze afwijkt van bepaalde beginselen van dat recht (het beginsel dat de fiscale balans op de handelsbalans moet worden afgestemd) en blijk geeft van een gebrek aan samenhang met het referentiekader zoals gedefinieerd in het besluit van de Commissie in de zaak Fiat ([326]). Engie verwijst tevens naar het besluit van de Commissie met betrekking tot de belastingregeling die van toepassing is op economische belangengroeperingen ([327]), waarin de Commissie de terugvordering heeft beperkt omdat haar zogenaamde slechte afhandeling van het dossier rechtsonzekerheid had doen ontstaan ([328]).

(342) Ten slotte beweren Luxemburg ([329]) en Engie ([330]) dat de terugvordering zowel voor Luxemburg als voor Engie ernstige economische gevolgen of ernstige problemen zou kunnen veroorzaken.

(343) Wat betreft het *beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen*, beroept Engie zich op argumenten en vergelijkbare precedenten als die welke door Luxemburg zijn aangevoerd met betrekking tot de rechtszekerheid (de goede trouw van Luxemburg tijdens de toepassing van de fiscale rulings en de verwijzing naar de besluiten *Holdings 1929* en *Belgische coördinatiecentra*) ([331]). Engie beweert ook dat het arrest *Unicredito* ([332]), waarin erkend zou zijn dat een onderneming voor een verrichting de minst belaste weg mag kiezen, terugvordering in de weg staat ([333]).

([318]) Zie deel 1 voor de procedure en deel 2 voor de datums van de rulings en de verlening van de steun.
([319]) Opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, bladzijde 20.
([320]) Opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, bladzijde 21.
([321]) Opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, bladzijde 20.
([322]) Besluit 2014/200/EU van de Commissie van 17 juli 2013 betreffende de door Spanje ten uitvoer gelegde staatssteunmaatregel SA.21233 C/11 (ex NN/11, ex CP 137/06)— Belastingregeling voor bepaalde leaseovereenkomsten met het oog op financiering, ook „Spaanse belasting-leaseregeling" genoemd (PB L 114 van 16.4.2014, blz. 1).
([323]) Beschikking nr. 2006/940/EG, overwegingen 102 t/m 113.
([324]) Beschikking 2003/755/EG van 17 februari 2003 betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra (PB L 282 van 30.10.2003, blz. 25), overwegingen 117 t/m 120.
([325]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punten 336 t/m 339.
([326]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punten 346 en 349.
([327]) Beschikking 2007/256/EG van de Commissie van 20 december 2006 betreffende de door Frankrijk uit hoofde van artikel 39 CA van de Code général des impôts ten uitvoer gelegde steunmaatregel — Steunmaatregel C 46/2004 (ex NN 65/2004) (PB L 112 van 30.4.2007, blz. 41).
([328]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punt 354.
([329]) Opmerkingen van Luxemburg met betrekking tot het inleidingsbesluit, bladzijde 21.
([330]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punt 356.
([331]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punten 323 t/m 333.
([332]) Zie het arrest in de zaak C-148/04, Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, ECLI:EU:C:2005:774, punt 119.
([333]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punt 334.

8.2.1.2. ***Beoordeling***

(344) Hoewel de algemene beginselen van het Unierecht ten grondslag liggen aan het algehele rechtskader van de Unie, heeft het Hof van Justitie tegen de achtergrond van de terugvordering een zeer restrictieve uitleg van die principes gehanteerd. Het beginsel van rechtszekerheid is een algemeen beginsel van het Unierecht. Het houdt in dat regels en hun juridische effecten voorspelbaar moeten zijn. Zoals blijkt uit de jurisprudentie, mag de Commissie de uitoefening van haar rechten niet onbeperkt uitstellen ([334]). Het Hof heeft ook verklaard dat dit beginsel alleen mag worden ingeroepen in bijzondere gevallen waarin de Commissie tekortgeschoten is en haar verplichting tot zorgvuldigheid bij de uitoefening van haar controlebevoegdheid duidelijk heeft geschonden ([335]).

(345) Daar de betwiste fiscale rulings nooit door Luxemburg aan de Commissie ter kennis zijn gebracht, noch op andere wijze openbaar zijn gemaakt, zijn ze de Commissie in voorliggend geval pas ter ore gekomen op 25 juni 2015, toen Luxemburg haar verzoek om inlichtingen van 25 maart 2015 beantwoordde. Bijgevolg is er geen onnodige vertraging geweest, heeft de Commissie haar verplichting tot zorgvuldigheid bij de uitoefening van haar bevoegdheden niet geschonden en is er dus geen grond om dit beginsel toe te passen teneinde terugvordering te verhinderen.

(346) Het feit dat Luxemburg zijn eigen recht te goeder trouw en naar zijn eigen oordeel correct en overeenkomstig zijn eerdere praktijk heeft toegepast, of het feit dat Luxemburg niet instemt met de interpretatie van het referentiestelsel door de Commissie, is niet relevant in het licht van zijn terugbetalingsverplichting. Indien het argument van Luxemburg werd aanvaard, zou dat de onaanvaardbare consequentie hebben dat een lidstaat die constant illegale en met de interne markt onverenigbare steun verleent, daarvan niets hoeft terug betalen. Het zou tevens betekenen dat het enkele feit dat een steunmaatregel ten uitvoer is gelegd overeenkomstig de interpretatie door een lidstaat van zijn eigen nationaal recht, ingeroepen kon worden om terugvordering te verhinderen. Een dergelijke conclusie zou de toepassing van de staatssteunregels in gevaar brengen in geval van staatssteunmaatregelen die onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt zijn verklaard, daar de verplichting tot terugbetaling niet mag berusten op de bedoeling van de lidstaat op het moment dat de steun werd verleend, maar gebaseerd moet zijn op de concurrentievervalsing die door die steun is ontstaan. Bovendien is de vermeende „complexiteit" van de door de Commissie uitgevoerde beoordeling van de belastingmaatregelen geen aanvaardbaar argument met betrekking tot de bij Verordening (EU) 2015/1589 vastgestelde terugbetalingsverplichting.

(347) De bewering dat het onderhavige besluit gebaseerd zou zijn op een „nieuwe benadering" wijst de Commissie van de hand. De beoordeling die de Commissie heeft uitgevoerd strookt met haar eerdere besluiten en de jurisprudentie: het selectieve voordeel is geconstateerd ten opzichte van het algemene vennootschapsbelastingstelsel van Luxemburg. In dit verband geldt dat de lidstaten weliswaar fiscale autonomie genieten op het gebied van directe belastingen, maar dat elke belastingmaatregel die in een lidstaat wordt aangenomen moet voldoen aan de staatssteunregels van de Unie, die voor de lidstaten bindend zijn en voorrang genieten boven hun nationale wetgeving ([336]). Het feit dat Luxemburg of Engie het oneens kan zijn met de interpretatie van zekere bepalingen of de omstandigheid dat de feiten waarop voorliggend besluit berust verschillen van de feiten die aan eerdere besluiten ten grondslag liggen, wil nog niet zeggen dat de benadering van de Commissie „vernieuwend" is. Zoals al is aangetoond, strookt het referentiekader dat de Commissie in voorliggend besluit heeft gedefinieerd bovendien volledig met haar eerdere besluiten, niet alleen in de zaak Fiat, maar ook in de zaak Amazon, en met de jurisprudentie van het Hof ([337]).

(348) Het beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ingeroepen door iedere persoon bij wie een instelling van de Unie *„gegronde verwachtingen heeft gewekt*" ([338]). Op de inroeping van dit beginsel zijn echter aanzienlijke beperkingen van toepassing. Ten eerste heeft het Hof verklaard dat niemand een schending van dit beginsel kan aanvoeren wanneer *„de administratie geen precieze toezeggingen heeft gedaan*"„ ([339]). Deze toezeggingen moeten door de instellingen van de Unie zijn gedaan ([340]). Ten tweede kunnen de lidstaten zich niet op dit beginsel beroepen

([334]) Arrest in de zaak C-74/00, Falck en A. di Bolzano/Commission, ECLI:EU:C:2002:524, punt 140.
([335]) Arrest in de zaak C-408/04 P, Commissie/Salzgitter, ECLI:EU:C:2008:236, punten 100 t/m 107.
([336]) Zie de arresten in de gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, België en Forum 187 ASBL/Commissie, ECLI:EU:C:2006:416, punt 81; in de gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, Commissie/regering van Gibraltar en het Verenigd Koninkrijk, ECLI:EU:C:2011:732; en in de zaak C-417/10, 3M Italia, ECLI:EU:C:2012:184, punt 25; en de beschikking in de zaak C-529/10, Safilo, ECLI:EU:C:2012:188, punt 18. Zie ook het arrest in de zaak T-538/11, België/Commissie, ECLI:EU:T:2015:188, punt 66.
([337]) Zie overweging 174.
([338]) Zie de arresten in de gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, België en Forum 187/Commissie, ECLI:EU:C:2005:266, punt 147. en in de zaak 265/85 Van den Bergh en Jurgens en Van Dijk Food Products (Lopik)/Commissie, Jurispr. 1987, blz. 1155, punt 44.
([339]) Ibidem.
([340]) Zie bijvoorbeeld het arrest in de zaak T-243/09, FEDECOM/Commissie, ECLI:EU:T:2012:497, punt 91 en de aangehaalde jurisprudentie.

wanneer ze de steunmaatregel niet aan de Commissie kenbaar hebben gemaakt ([341]). Ten derde ontbeert de vermeende inactiviteit van de Commissie betekenis wanneer een steunmaatregel haar niet ter kennis is gebracht ([342]) en kan het stilzwijgen van de Commissie dus niet geïnterpreteerd worden als impliciete goedkeuring van de maatregel die gerechtvaardigd vertrouwen kan wekken ([343]). In het onderhavige geval heeft Luxemburg de betwiste fiscale rulings niet aan de Commissie gemeld en heeft de Commissie Luxemburg geen precieze toezeggingen gedaan dat de betwiste fiscale rulings geen steun vormden. Bijgevolg kan Luxemburg zich niet op het beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen beroepen.

(349) Wat betreft het feit dat Luxemburg en Engie verwijzen naar de eerdere besluitvormingspraktijk van de Commissie in de context van zowel de rechtszekerheid als het gerechtvaardigd vertrouwen, wijst de Commissie er om te beginnen op dat ze niet gebonden is door haar besluitvormingspraktijk ([344]). Bovendien ondersteunen de genoemde zaken niet de argumenten van Luxemburg en Engie.

(350) De reden waarom de Commissie in het besluit betreffende de *Belgische coördinatiecentra* geen terugvordering van de steun heeft gelast, is dat ze in een eerder besluit geen bezwaar had gemaakt tegen een Belgische regeling met gelijksoortige kenmerken. De Commissie heeft dus meegewogen dat de begunstigden van de nieuwe regeling die ze destijds onderzocht een gerechtvaardigd vertrouwen hadden op basis van haar eerdere besluit ten aanzien van de Belgische maatregel. In haar besluit ten aanzien van de voor economische belangengroeperingen geldende belastingregeling, heeft de Commissie twee bijzondere omstandigheden genoemd waarin de verleende steun niet teruggevorderd hoeft te worden: ten eerste had de Commissie vertraging bij de uitoefening van haar bevoegdheden opgelopen tijdens het onderzoek naar de regeling, omdat ze geen gevolg had gegeven aan verschillende brieven van de Franse autoriteiten en ten tweede verkeerden de begunstigden van die regeling in de waan dat deze rechtmatig was vanwege een eerder besluit van de Commissie dat een gelijksoortige maatregel geen steun vormde. Juist die onzekerheid die door het eerdere besluit was ontstaan rechtvaardigde het besluit van de Commissie in de zaak betreffende de Spaanse belasting-leaseregeling om de steun die voorafgaand aan de publicatie van het besluit inzake de op economische belangengroeperingen van toepassing zijnde belastingregeling was verleend, niet terug te vorderen. Geen van deze omstandigheden doet zich in het onderhavige geval voor. De Commissie heeft geen buitengewone vertraging opgelopen en Luxemburg en Engie zijn niet misleid door een eerdere beslissing van de Commissie betreffende een gelijksoortige belastingregeling.

(351) De verwijzing naar de zaak *Holdings 1929* snijdt evenmin hout. In die zaak heeft de Commissie geoordeeld dat er geen steun zou worden teruggevorderd omdat de regeling, die vóór 1929, dus vóór de inwerkingtreding van het Verdrag, was ingevoerd, bestaande steun was. Vervolgens heeft de Commissie besloten voor de beëindiging van deze regeling een overgangstermijn toe te kennen vanwege bepaalde bijzondere omstandigheden die deze zaak kenmerkten, namelijk de uitzonderlijk lange tenuitvoerleggingsduur van de regeling (76 jaar) en het feit dat een onmiddellijke opheffing van de regeling verhoudingsgewijs ernstige gevolgen zou kunnen hebben voor de werkgelegenheid en de economische groei in Luxemburg, een land met 13 000 vrijgestelde houdstermaatschappijen en een beroepsbevolking van hooguit 110 000 werknemers. Ook wat dit punt betreft deed geen van deze bijzondere omstandigheden zich in de onderhavige zaak voor: de in voorliggende zaak toegekende steun kan niet als bestaande steun worden beschouwd en de terugvordering van de steun bij Engie kan geen ernstige economische gevolgen hebben voor Luxemburg. De Commissie verwerpt ook de argumenten met betrekking tot de ernstige economische gevolgen voor Engie. Zoals het Hof al heeft verklaard, kan de terugvordering niet worden beïnvloed door omstandigheden die verband houden met de economische situatie van de begunstigde ([345]).

(352) Ook de jurisprudentie *Unicredito* van het Hof staat terugvordering niet in de weg. Alles wat er in dat arrest wordt verklaard, is dat de nationale autoriteiten in het stadium van terugvordering rekening mogen houden met een gunstiger fiscale behandeling dan die van de algemene regeling, die, *„wanneer er geen sprake was van onwettige steun*

([341]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-471/09 P t/m C-473/09 P, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya e. a./Commissie, ECLI:EU:C:2011:521, punt 64: *„In dit verband moet erop worden gewezen dat een lidstaat waarvan de overheid in strijd met de in artikel 88 EG bedoelde voorschriften steun heeft verleend, zich in beginsel niet op het gerechtvaardigde vertrouwen van de begunstigden kan beroepen om zich te onttrekken aan de plicht om de nodige maatregelen te nemen teneinde een besluit van de Commissie tot terugvordering van de steun ten uitvoer te leggen. Zou men dit toelaten, dan zouden de artikelen 87 EG en 88 EG elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onwettige gedrag zouden kunnen beroepen om elke werking te ontnemen aan door de Commissie op grond van deze artikelen van het EG-verdrag gegeven beschikkingen.*" Zie voor een soortgelijke redenering ook de arresten in de gevoegde zaken C-465/09 t/m C-470/09, Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2011:372, punt 150; en in de zaak C-372/97, Italië/Commissie, ECLI:EU:C:2003:275, punt 112.

([342]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-471/09 P t/m C-473/09 P, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya e. a./Commissie, ECLI:EU:C:2011:521, punt 68. Zie ook het arrest in de zaak C-183/02 P, Demesa en Territorio Histórico de Álava/Commissie, ECLI:EU:C:2004:701, punt 52.

([343]) Zie het arrest in de gevoegde zaken C-471/09 P t/m C-473/09 P, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya e. a./Commissie, ECLI:EU:C:2011:521, punt 76.

([344]) Zie het arrest in de zaak C-138/09, Todaro Nunziatina & C., ECLI:EU:C:2010:291, punt 21.

([345]) Arrest in de zaak 52/84, Commissie/België, ECLI:EU:C:1986:3, punt 14. De jurisprudentie die Engie ter ondersteuning van dit argument noemt in haar opmerkingen (voetnoten 168 t/m 170) is niet relevant. Niet alleen houden die arresten geen enkel verband met de besluiten tot terugvordering van staatssteun (ze hebben betrekking op een beperking van de werking van arresten van het Hof in verzoeken om een prejudiciële beslissing), als ze al iets bevestigen, dan is dat het standpunt van de Commissie dat de werking van een handeling van de Unie slechts *„bij absolute uitzondering*" kan worden beperkt (zie het arrest in de gevoegde zaken C-367/93 t/m C-377/93, Roders BV, ECLI:EU:C:1995:261, punt 43).

en krachtens nationale regels die verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht", aan de begunstigde zou zijn toegekend ([346]). Bijgevolg wordt terugvordering geenszins verhinderd door het feit dat een onderneming voor een verrichting de „minst belaste weg" of „een gunstiger fiscale behandeling dan die van de algemene regeling" kan kiezen, wanneer die weg of die behandeling juist de onrechtmatige staatssteunmaatregel vormt waarop het besluit van de Commissie betrekking heeft.

8.2.2. HET BEGINSEL VAN BEHOORLIJK BESTUUR

(353) Engie beweert dat het inleidingsbesluit onvoldoende onderbouwd is. Meer in het bijzonder beweert Engie dat de Commissie er slechts één punt aan wijdt om het op individuele maatregelen van toepassing zijnde vermoeden van selectiviteit op de betwiste fiscale rulings toe te passen of te beweren dat er van de regels inzake rechtsmisbruik in het Luxemburgse fiscaal recht zou zijn afgeweken. Dit gebrek aan onderbouwing zou een schending van het beginsel van behoorlijk bestuur inhouden, en daarmee terugvordering verhinderen ([347]).

(354) De Commissie ontkent dat het beginsel van behoorlijk bestuur is geschonden. Ze heeft pas van de steunmaatregelen vernomen op 25 juni 2015, toen Luxemburg haar verzoek om inlichtingen van 25 maart 2015 beantwoordde. Bijgevolg heeft de procedure geen onnodige vertraging opgelopen.

(355) Wat betreft het gebrek aan onderbouwing, herinnert de Commissie eraan dat ze in het inleidingsbesluit „*kan volstaan met een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten, met een eerste beoordeling van het steunkarakter van de betrokken overheidsmaatregel en met een uiteenzetting van de redenen waarom zij twijfelt aan de verenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt*" ([348]). Gezien de voorlopige aard van de beoordeling, kan de terugvordering niet worden gestuit door een gepercipieerd gebrek aan onderbouwing van het inleidingsbesluit. De Commissie roept in herinnering dat het vermeende gebrek aan onderbouwing van het vermoeden van selectiviteit van de individuele maatregelen hoe dan ook een loos argument is, daar de Commissie het voorliggende besluit niet op dat vermoeden baseert.

8.2.3. BEGINSEL VAN GELIJKE BEHANDELING

(356) Ten slotte beweert Engie dat het beginsel van gelijke behandeling geschonden zou zijn, omdat een besluit tot terugvordering slechts gevolgen voor Engie zou hebben en andere belastingplichtigen die dezelfde fiscale behandeling hebben genoten ongemoeid zou laten ([349]). Het Hof heeft echter al bepaald dat de omstandigheid dat andere ondernemingen dezelfde staatssteun genieten, ook al zijn het concurrenten, niet kan verhinderen dat een bepaalde maatregel als staatssteun wordt aangemerkt ([350]). Daar onrechtmatige steun logischerwijze moet worden teruggevorderd, is dat des te meer het geval wanneer het gaat om onrechtmatige staatssteun.

(357) Kortom, in het onderhavige geval wordt terugvordering niet verhinderd door een algemeen rechtsbeginsel.

8.3. *METHODOLOGIE VOOR DE TERUGVORDERING*

(358) De verplichting van een lidstaat om de steun die door de Commissie als onverenigbaar met de interne markt wordt beschouwd op te heffen, is bedoeld om de eerdere concurrentieverhoudingen op de markt te herstellen. In dat verband heeft het Hof van Justitie verklaard dat dit doel wordt bereikt als de begunstigde de door middel van onrechtmatige steun ontvangen bedragen heeft terugbetaald en daardoor het marktvoordeel verliest dat hij ten opzichte van zijn concurrenten genoot, en de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld.

(359) Er is geen bepaling van Unierecht op grond waarvan de Commissie, wanneer zij de terugvordering gelast van steun die onverenigbaar is verklaard met de interne markt, het precieze bedrag moet berekenen van de terug te vorderen steun ([351]). Het volstaat daarentegen dat het besluit van de Commissie aanwijzingen bevat aan de hand waarvan de geadresseerde van dat besluit het bedrag gemakkelijk kan vaststellen ([352]). Het Unierecht bepaalt alleen dat met de terugvordering een eerdere situatie moet worden hersteld en dat de terugvordering moet plaatsvinden in overeenstemming met de daartoe voorziene bepalingen van het nationaal recht ([353]). De Commissie kon er dus mee volstaan vast te stellen dat de betrokken steun moet worden terugbetaald en de berekening van het precieze bedrag van de terug te betalen steun aan de nationale autoriteiten over te laten ([354]).

([346]) Zie het arrest in de zaak C-148/04, Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, ECLI:EU:C:2005:774, punt 119.
([347]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punten 358 t/m 367.
([348]) Arrest in de zaak C-194/09 P, Alcoa Trasformazioni/Commissie, ECLI:EU:C:2011:497, punt 102.
([349]) Opmerkingen van Engie op het inleidingsbesluit, punten 368 t/m 372.
([350]) Arrest in de zaak T-214/95, Het Vlaamse Gewest/Commissie, ECLI:EU:T:1998:77, punt 54.
([351]) Zelfs als de context is dat „terugvordering onmogelijk is" en niet dat „het bedrag moeilijk is vast te stellen".
([352]) Zie het arrest in de zaak C-441/06, Commissie/Frankrijk, ECLI:EU:C:2007:616, punt 29 en de aangehaalde jurisprudentie.
([353]) Zie het arrest in de gevoegde zaken T-427/04 en T-17/05, Frankrijk en France Télécom/Commissie, ECLI:EU:T:2009:474, punt 297.
([354]) Zie het arrest in de gevoegde zaken T-427/04 en T-17/05, Frankrijk en France Télécom/Commissie, ECLI:EU:T:2009:474, punt 299.

(360) Bij onrechtmatige staatssteun in de vorm van een belastingmaatregel wordt het terug te vorderen bedrag berekend door de daadwerkelijk betaalde belasting af te zetten tegen het bedrag dat zonder de betwiste fiscale rulings betaald had moeten worden. Het verschil tussen beide waarden is de aan de begunstigde verleende staatssteun, die in zijn geheel moet worden teruggevorderd.

(361) Zoals uitgelegd in hoofdstuk 6, is het op basis van de betwiste fiscale rulings verleende voordeel voornamelijk gelegen in de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op inkomsten van LNG Holding en CEF die uit economisch oogpunt overeenkomen met bedragen die door respectievelijk LNG Supply en GSTM zijn afgetrokken als kosten ([355]). Deze gecombineerde toepassing van vrijstelling en aftrek op dezelfde bedragen heeft tot gevolg gehad dat nagenoeg de volledige winst van LNG Supply en GSTM belastingvrij is gebleven. Bijgevolg wordt het voordeel daadwerkelijk verzilverd wanneer de deelnemingsvrijstelling bij LNG Holding en CEF wordt toegepast op de inkomsten die overeenkomen met de ZORA-aanwas die eerder bij respectievelijk LNG Supply en GSTM als aftrekpost is opgevoerd. In dat verband merkt de Commissie op dat de GSTM-ZORA op 31 december 2016 ([356]) nog niet in GSTM-aandelen was geconverteerd, hetgeen betekent dat de deelnemingsvrijstelling nog niet op deze transactie was toegepast. Bijgevolg is de steun die op basis van de GSTM-rulings is toegekend nog niet verwezenlijkt en valt er derhalve niets terug te vorderen (behalve als de GSTM-ZORA tussen 31 december 2016 en de datum van het onderhavige besluit is geconverteerd in GSTM-aandelen, die aandelen zijn ingetrokken of verkocht en de deelnemingsvrijstelling op de overeenkomstige inkomsten is toegepast).

(362) Daar staat tegenover dat de LNG-ZORA in 2014 gedeeltelijk geconverteerd is en dat de LNG Supply-aandelen die LNG Holding tijdens de conversie heeft ontvangen in hetzelfde jaar zijn ingetrokken, wat LNG Holding inkomsten van 506,2 miljoen USD heeft opgeleverd. Vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is over deze inkomsten geen belasting geheven. Dit bedrag komt overeen met de als ZORA-aanwas bij LNG Supply afgetrokken kosten.

(363) Gezien het voorgaande moet het terug te vorderen bedrag als volgt worden bepaald. Ten eerste moet rekening worden gehouden met alle inkomsten in de belastingaangiften van LNG Holding die overeenkomen met de eerder bij LNG Holding afgetrokken aanwas van de geconverteerde ZORA ([357]). Ten tweede moet op het aldus verkregen bedrag het toepasselijke algemene stelsel voor winstbelasting van vennootschappen in Luxemburg worden toegepast, daaronder begrepen de normale vennootschapsbelasting, de gemeentelijke belasting, de opslagen en de vermogensbelasting. De aldus berekende som is het steunbedrag dat moet worden teruggevorderd om het door Luxemburg op basis van de betwiste fiscale rulings verleende selectieve voordeel op te heffen. De Commissie neemt nota van het feit dat de in de belastingaangiften van LNG Holding tot en met het boekjaar 2016 opgegeven inkomsten die met de in het boekjaar 2014 bij LNG Supply afgetrokken aanwas van de geconverteerde ZORA overeenkomen, 506,2 miljoen dollar belopen ([358]).

(364) De methode als beschreven in overweging 363 moet op CEF worden toegepast indien op de vaststellingsdatum van het onderhavige besluit een steunbedrag verzilverd is door intrekking of verkoop van GSTM-aandelen die uit de (gehele of gedeeltelijke) conversie van de GSTM-ZORA in GSTM-aandelen zijn verkregen en door de daaropvolgende toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de belastingaangiften van CEF. Dat geldt ook voor aanvullende steun die op de vaststellingsdatum van het onderhavige besluit aan LNG Holding is verleend ten gevolge van eventuele latere conversies van de LNG-ZORA, intrekking of verkoop van de overeenkomstige LNG Supply-aandelen en toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de belastingaangiften van LNG Holding.

8.4. *ENTITEIT WAARVAN DE STEUN MOET WORDEN TERUGGEVORDERD*

(365) Gezien de in de paragrafen 6.6 en 8.3 uiteengezette overwegingen, is de Commissie van oordeel dat Luxemburg in de eerste plaats de reeds verzilverde onverenigbare en onrechtmatige steun dient terug te vorderen bij LNG Holding ([359]). Als LNG Holding niet in staat is het volledige steunbedrag dat middels de betwiste fiscale rulings is verkregen terug te betalen, dient Luxemburg het resterende bedrag terug te vorderen bij Engie SA en/of een van haar opvolgers, of bij de groepsvennootschappen, aangezien deze entiteit zeggenschap heeft over de groep Engie en Engie de enige economische entiteit is aan wie de steun ten goede komt. Door de terugvordering wordt het op basis van de betwiste fiscale rulings verleende onrechtmatige voordeel opgeheven en wordt de eerdere marktsituatie hersteld.

([355]) Zie met name de overwegingen 157, 192 en 241.
([356]) De datum van de meest recente financiële staten van GSTM die Luxemburg heeft ingediend.
([357]) In dat opzicht zijn deze inkomsten in de enkelvoudige jaarrekening of de belastingaangifte van LNG Holding onterecht als „kapitaalwinst", „dividenden" of anders aangemerkt.
([358]) Zie overweging 57.
([359]) Ook bij GSTM als er op de publicatiedatum van het onderhavige besluit een steunbedrag is verzilverd.

9. **TOEZICHT OP DE TENUITVOERLEGGING VAN HET BESLUIT**

(366) Zoals uitgelegd in punt 6.2, ontstaat uit de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op inkomsten van LNG Holding en CEF die uit economisch oogpunt overeenkomen met aftrekposten van LNG Supply en GSTM (de ZORA-aanwas) een onrechtmatig voordeel dat materieel gezien gelijkstaat aan de steun die door Luxemburg op basis van de betwiste fiscale rulings is verleend. De Commissie trekt niet in twijfel dat de totale constructie die Engie voor de overdracht van twee activiteiten heeft opgetuigd als zodanig rechtmatig is op grond van het Luxemburgs fiscaal recht. Ze verzet zich alleen tegen de concrete uitwerking van die constructie op de in totaal door de groep Engie verschuldigde belastingen, namelijk tegen het feit dat nagenoeg de volledige winst die LNG Supply en GSTM in Luxemburg hebben gerealiseerd, in werkelijkheid niet wordt belast. Meer in het bijzonder verlangt de Commissie met name dat Luxemburg de deelnemingsvrijstelling niet bij de houdstermaatschappijen toepast op inkomsten die overeenkomen met eerder van het belastbaar inkomen van de dochtervennootschappen afgetrokken bedragen.

(367) Aangezien de ZORA-contracten aflopen in 2024 en 2026 ([360]), wordt een groot deel van het middels de betwiste fiscale rulings aan Engie verleende voordeel pas in de toekomst verzilverd, al naargelang het moment waarop Engie verkiest de ZORA's in LNG Supply-aandelen en GSTM-aandelen te converteren en de daaropvolgende intrekking of verkoop van die aandelen. Daarom is de Commissie van oordeel dat Luxemburg niet alleen verplicht is tot terugvordering van de steun die *reeds verzilverd is*, zoals beschreven in hoofdstuk 8, maar ook niet langer mag instemmen met het toepassen van de deelnemingsvrijstelling op inkomsten van LNG Holding en CEF die overeenkomen met de ZORA-aanwas die al bij respectievelijk LNG Supply en CEF is afgetrokken, of die toepassing nu plaatsvindt op de vervaldatum van de ZORA-contracten in 2024 en 2026, eerder, of zelfs na 2026 ([361]).

(368) Daar een groot deel van de aan Engie verleende steun nog niet is verzilverd, en om te controleren dat dat ook in de toekomst niet gebeurt, moet Luxemburg de Commissie met name de belastingaangiften, de enkelvoudige jaarrekeningen en de definitieve belastingaanslagen van de volgende entiteiten van de groep Engie verstrekken: Engie LNG Supply, SA, Engie Treasury Management S.à.r.l., Engie LNG Holding S.à.r.l., Engie Invest International SA (inclusief de belastingaangiften en belastingaangiften in het kader van de regeling inzake fiscale consolidatie) ([362]), Engie LNG (Luxembourg) S.à.r.l. en Electrabel Invest Luxembourg SA De Commissie dient ook op de hoogte te worden gebracht van nieuwe fiscale rulings die Luxemburg ten gunste van de voormelde entiteiten of andere entiteiten van de groep Engie vaststelt, betreffende de fiscale behandeling volgens de constructies die Engie in de betwiste fiscale rulings heeft ingesteld. Deze informatie is noodzakelijk om te waarborgen dat het onderhavige besluit in de loop der tijd consequent wordt toegepast. De Commissie verifieert namelijk voor elk boekjaar dat er bij Engie LNG Holding S.à.r.l. en Engie Invest International S.A geen deelnemingsvrijstelling wordt toegepast op de inkomsten die overeenkomen met de bij respectievelijk Engie LNG Supply, SA en Engie Treasury Management S.à.r.l. afgetrokken ZORA-aanwas. Deze toezichtverplichting geldt los van het feit of de voorgenomen transactie die in overweging 22 is beschreven volvoerd wordt of niet, dus of de moedervennootschap van Engie LNG Supply SA tot de groep Engie of tot de groep Total behoort. Mocht Engie besluiten de in de betwiste fiscale rulings ingestelde constructies te wijzigen, dan moet Luxemburg de Commissie bovendien op de hoogte brengen van die wijzigingen en het effect ervan op het totaal aan belastingen dat de groep Engie aan Luxemburg verschuldigd is. De in de onderhavige overweging genoemde verplichtingen blijven van kracht zolang de LNG Supply- en GSTM-aandelen niet volledig geconverteerd en vervolgens ingetrokken of verkocht zijn.

10. **CONCLUSIE**

(369) Resumerend stelt de Commissie vast dat Luxemburg, in strijd met artikel 107, lid 1 en artikel 108, lid 3 van het Verdrag onrechtmatige staatssteun aan Engie heeft verleend op basis van de betwiste fiscale rulings. Op grond van artikel 16 van Verordening (EU) 2015/1589 moet Luxemburg deze staatssteun terugvorderen bij LNG Holding of, indien laatstgenoemde niet het volledige steunbedrag terugbetaalt, bij Engie SA of een van haar opvolgers of groepsvennootschappen voor wat betreft het resterende steunbedrag. Luxemburg moet er tevens op toezien dat er in de toekomst geen aanvullende steun aan Engie of een van de vennootschappen van de groep Engie wordt verleend als gevolg van de in de betwiste fiscale rulings uiteengezette fiscale behandeling. Dienovereenkomstig heeft de Commissie

HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De staatssteun die op basis van de door de Luxemburgse belastingdienst op 9 september 2008 uitgegeven fiscale ruling, zoals gewijzigd en aangevuld door de fiscale rulings van 30 september 2008, van 3 maart 2009, van 9 maart 2012 en

([360]) Zie de overwegingen 34 en 61.
([361]) In de praktijk betekent dit dat Luxemburg aan LNG Holding en CEF geen belastingaanslag meer mag opleggen waarin het de deelnemingsvrijstelling in deze omstandigheden aanvaardt.
([362]) Dit zijn de nieuwe namen van de betrokken vennootschappen, zie de voetnoten 4, 5, 16 en 20.

van 13 maart 2014, alsook op basis van de door de Luxemburgse belastingdienst op 9 februari 2010 uitgegeven fiscale ruling, aangevuld door de fiscale ruling van 15 juni 2012, is verleend ten gunste van Engie SA en alle vennootschappen die direct of indirect onder zeggenschap staan van Engie SA, en die door Luxemburg in strijd met artikel 108, lid 3 van het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie ten uitvoer is gelegd, is onverenigbaar met de interne markt.

Artikel 2

1. Luxemburg vordert de in artikel 1 bedoelde onverenigbare en onrechtmatige steun terug van Engie LNG Holding S. à.r.l.

2. Bedragen die na de in lid 1 genoemde terugvordering niet bij Engie LNG Holding S.à.r.l. kunnen worden teruggevorderd, worden teruggevorderd bij Engie SA en/of een van haar opvolgers of een van de vennootschappen van de groep.

3. De terug te vorderen bedragen dragen rente vanaf de datum waarop ze ter beschikking van de begunstigden zijn gesteld tot aan de datum waarop ze daadwerkelijk zijn terugbetaald.

4. De rente wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004.

5. Vanaf de datum van vaststelling van dit besluit kent Luxemburg niet langer de in artikel 1 genoemde steunmaatregel toe.

Artikel 3

1. De terugvordering van steun die op grond van de in artikel 1 genoemde maatregelen is verleend, geschiedt onverwijld en daadwerkelijk.

2. Luxemburg zorgt ervoor dat dit besluit binnen vier maanden na kennisgeving ervan ten uitvoer wordt gelegd.

Artikel 4

1. Binnen twee maanden na kennisgeving van dit besluit verstrekt Luxemburg informatie over de methode die wordt gebruikt om het precieze bedrag van de steun te berekenen.

2. Luxemburg houdt de Commissie op de hoogte van de stand van uitvoering van de nationale maatregelen die het heeft genomen om dit besluit ten uitvoer te leggen, totdat de steun die krachtens de in artikel 1 bedoelde maatregelen is verleend, volledig is terugbetaald. Op verzoek van de Commissie verstrekt Luxemburg onverwijld informatie over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen.

Artikel 5

Dit besluit is gericht tot het Groothertogdom Luxemburg.

Gedaan te Brussel, 20 juni 2018.

Voor de Commissie
Margrethe VESTAGER
Lid van de Commissie