Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 4 mei 2023 [1]

Zaak C-454/21 P

Engie Global LNG Holding Sàrl,
Engie Invest International SA,
Engie SA
tegen
Europese Commissie
Zaak C-451/21 P
Groothertogdom Luxemburg
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Regelgeving inzake staatssteun – Steunmaatregel van het Groothertogdom Luxemburg ten gunste van Engie – Selectief voordeel – Vaststelling van het referentiekader – Toetsingsmaatstaf voor een selectief voordeel in het belastingrecht – Fiscale ruling – Onjuiste rechtstoepassing ten gunste van de belastingplichtige als selectief voordeel – Deelnemingsvrijstelling en verborgen winstuitkering – Ongeschreven correspondentiebeginsel – Uitlegging van het nationale recht door de Commissie – Onjuiste toepassing van een algemeen voorschrift ter bestrijding van rechtsmisbruik als selectief voordeel”

I. Inleiding

1. De onderhavige hogere voorzieningen bieden het Hof opnieuw [2] de mogelijkheid om een fiscale ruling te toetsen aan de regels inzake staatssteun. Hoewel fiscale rulings in eerste instantie zijn bedoeld om de rechtszekerheid te waarborgen, bestaat tevens een latent vermoeden dat zij in enkele lidstaten leiden tot potentieel concurrentieverstorende afspraken tussen de belastingautoriteiten en belastingplichtigen.

[1] Oorspronkelijke taal: Duits.

[2] Zie dienaangaande met name laatstelijk arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859), en de conclusie van advocaat-generaal Pikamäe in de zaak Ierland/Commissie e.a. (C-898/19 P, EU:C:2021:1029).

2. Anders dan in de andere procedures inzake staatssteun die de Commissie met betrekking tot fiscale rulings heeft ingeleid [3], gaat het in casu niet om verrekenprijzen die indruisen tegen het zakelijkheidsbeginsel, maar heeft de Luxemburgse belastingdienst zich jegens de Engie-groep in twee reeksen fiscale rulings uitgesproken over de fiscale behandeling van een herstructurering van de ondernemingsgroep in Luxemburg. Kort samengevat heeft de Luxemburgse belastingdienst bevestigd dat een converteerbare kapitaallening tussen meerdere Luxemburgse vennootschappen van de Engie-groep op het niveau van de „leningnemer" als vreemd vermogen en op het niveau van de „leningverstrekker" als eigen vermogen moet worden aangemerkt. De vergoedingen die in verband met de financiering zijn betaald, maakten om die reden op het niveau van de dochtervennootschap geen deel uit van de belastbare grondslag, maar werden bij de moedermaatschappij als inkomsten uit deelnemingen behandeld. Over dergelijke inkomsten is doorgaans binnen een concern geen belasting verschuldigd, ook niet in Luxemburg. De dochtervennootschap werd echter slechts belast op basis van een met de belastingdienst overeengekomen bijzonder belastbaar inkomen („marge").

3. In het litigieuze besluit [4] is de Commissie ervan uitgegaan dat de Luxemburgse belastingdienst de inkomsten uit deelnemingen op het niveau van de moedermaatschappij niet als belastingvrij had mogen aanmerken. Door dit in de fiscale rulings anders te beoordelen, heeft het Groothertogdom Luxemburg aan de betrokken moedermaatschappijen dan wel aan de Engie-groep staatssteun verleend. In plaats daarvan had de belastingdienst het algemene Luxemburgse voorschrift ter bestrijding van rechtsmisbruik (hierna: „bepaling inzake rechtsmisbruik") moeten toepassen. Het Gerecht heeft zich volledig aangesloten bij het standpunt van de Commissie.

4. Bijgevolg rijst in de onderhavige procedures in hogere voorziening in de eerste plaats de vraag of de door het gebruik van de converteerbare kapitaallening verkregen belastingvoordelen als selectief voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU moeten worden gekwalificeerd. In dit verband moet tevens de vraag worden beantwoord of de nationale staatssteunregelgeving een corresponderende belastingheffing vereist (wat betekent dat inkomsten uit deelnemingen niet worden vrijgesteld van belastingheffing wanneer de uitgekeerde winst niet reeds volledig bij de dochteronderneming werd belast).

5. In de tweede plaats is het de vraag of de nationale belastingdienst en de belastingaanslagen ervan middels de staatssteunregelgeving door de Commissie en het Hof op „juistheid" kunnen worden getoetst. In zoverre moet gelet op die twee aspecten onder meer ook de vraag worden beantwoord in hoeverre de Commissie, teneinde een selectief voordeel aan te tonen, haar eigen uitlegging (van het nationale recht) in de plaats kan stellen van de uitlegging die de nationale belastingautoriteiten van het nationale recht (in casu een algemene bepaling inzake rechtsmisbruik) geven.

[3] Zie dienaangaande arresten van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859); 15 juli 2020, Ierland e.a./Commissie (T-778/16 en T-892/16, EU:T:2020:338 – aanhangig onder C-465/20 P), en 24 september 2019, Nederland/Commissie (T-760/15, EU:T:2019:669).

[4] 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 (PB 2019, L 78, blz. 1).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. De toepasselijke bepalingen van Unierecht zijn vervat in de artikelen 107 en volgende VWEU. De procedure betreffende onrechtmatige steun is geregeld in hoofdstuk III van verordening (EU) 2015/1589 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 VWEU[5].

B. Luxemburgs recht

7. Artikel 22, lid 5, van het herziene Luxemburgse wetboek op de inkomstenbelasting (loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, telle que modifiée; wet van 4 december 1967 betreffende de inkomstenbelasting, zoals gewijzigd; hierna: „LIR") bepaalt mutatis mutandis dat de conversie van activa in beginsel als ruil en dus als vervreemding van de overgedragen activa en als verwerving van de ontvangen activa wordt behandeld. Hierbij kan een belastbare kapitaalwinst ontstaan.

8. Artikel 22 bis, lid 2, punt 1, LIR, zoals dat blijkens het arrest van het Gerecht van 12 mei 2021, Luxemburg e.a./Commissie (T-516/18 en T-525/18, EU:T:2021:599; hierna: „bestreden arrest"), van kracht was op de datum van vaststelling van de betrokken fiscale rulings, bepaalt het volgende:

„(2) In afwijking van artikel 22, lid 5, leiden de in de punten 1 tot en met 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."

9. Artikel 164 LIR luidt:

„1. Voor de vaststelling van het belastbare inkomen is het eender of de winst al dan niet aan de rechthebbenden is uitgekeerd.

2. Uitkeringen in de zin van het vorige lid zijn uitkeringen van welke aard dan ook aan houders van aandelen, winstaandelen of oprichtersaandelen, genotsaandelen of om het even welk ander waardepapier, daaronder begrepen obligaties met variabele rente, die recht geven op een deelneming in de jaarlijkse winst of de liquidatiewinst.

3. Verborgen winstuitkeringen moeten in het belastbare inkomen worden opgenomen. Er is sprake van een verborgen winstuitkering, met name wanneer een aandeelhouder, vennoot of belanghebbende direct of indirect voordelen van een vennootschap of vereniging ontvangt die hij normaliter niet zou hebben ontvangen indien hij deze hoedanigheid niet had gehad."

[5] Verordening 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 2015, L 248, blz. 9).

10. Artikel 166, lid 1, LIR bepaalt het volgende:

„De inkomsten uit een deelneming die wordt gehouden door:

1. een onbeperkt belastingplichtige ingezeten collectieve instelling in een van de in de bijlage bij lid 10 genoemde vormen,

2. een onbeperkt belastbare ingezeten kapitaalvennootschap die niet in de bijlage bij lid 10 is opgenomen,

3. een binnenlandse vaste inrichting van een collectieve instelling als bedoeld in artikel 2 van richtlijn [2011/96],

4. een binnenlandse vaste inrichting van een kapitaalvennootschap die ingezetene is van een staat waarmee het Groothertogdom Luxemburg een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten,

5. een binnenlandse vaste inrichting van een kapitaalvennootschap of een coöperatieve vennootschap die ingezetene is van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) en geen lidstaat van de Europese Unie is, worden vrijgesteld wanneer de begunstigde de 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 de 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.”

11. Artikel 6 van het Luxemburgse Steueranpassungsgesetz (belastingaanpassingswet; hierna: „StAnpG”) bepaalt:

„Verschuldigde belasting kan niet worden ontweken of verlaagd door misbruik van rechtsvormen of constructies uit het burgerlijk recht. In geval van misbruik moet de belasting worden geheven op dezelfde wijze als wanneer deze zou worden geheven in een juridische structuur die strookt met de transacties, feiten en omstandigheden van economische aard”.

III. Achtergrond van het geding

12. Aanleiding voor het geding zijn twee reeksen fiscale rulings die het Groothertogdom Luxemburg aan de Engie-groep heeft afgegeven. Zij betreffen elk twee vergelijkbare groepsinterne financiële structuren.

13. Voor een beter begrip zal ik om te beginnen de voor het geding relevante structuur van de Engie-groep weergeven (onder A) waarna ik inga op de transacties die ten grondslag liggen aan de fiscale rulings, met inbegrip van de door Engie gekozen financieringsstructuur (onder B). Vervolgens geef ik enige toelichting bij de door de Luxemburgse belastingautoriteiten afgegeven fiscale rulings (onder C), het besluit van de Commissie (onder D), de procedure bij het Gerecht en het bestreden arrest (onder E).

A. Structuur van de Engie-groep

14. De Engie-groep bestaat uit Engie SA, een in Frankrijk gevestigde vennootschap, en alle vennootschappen waarover Engie SA direct of indirect zeggenschap heeft (punten 4 e.v. van het bestreden arrest). Tot deze vennootschap behoren ook meerdere vennootschappen die in Luxemburg gevestigd zijn.

15. In Luxemburg heeft Engie SA onder meer zeggenschap over Compagnie Européenne de Financement C.E.F. SA (hierna: „CEF"), die in 2015 in Engie Invest International SA is omgedoopt. Het doel van deze vennootschap is om deelnemingen in Luxemburgse en buitenlandse vennootschappen te verwerven en die deelnemingen te beheren, exploiteren en controleren.

16. CEF is houdster van alle aandelen in GDF Suez Treasury Management Sàrl (hierna: „GSTM"), Electrabel Invest Luxembourg SA (hierna: „EIL") en GDF Suez LNG Holding Sàrl (hierna: „LNG Holding"), opgericht in Luxemburg in 2009 en in 2015 omgedoopt in Engie Global LNG Holding Sàrl.

17. Het doel van LNG Holding is eveneens om deelnemingen in Luxemburgse en buitenlandse vennootschappen te verwerven en die deelnemingen te beheren. LNG Holding bezit op haar beurt alle aandelen in GDF Suez LNG Supply SA (hierna: „LNG Supply") en GDF Suez LNG Luxembourg Sàrl (hierna: „LNG Luxembourg"). LNG Supply is actief op het gebied van de aan- en verkoop van en de handel in vloeibaar aardgas, gas en aardgasderivaten.

B. Transacties en financieringsstructuur

18. In de jaren 2009 tot en met 2015 vonden er binnen het Luxemburgse deel van de Engie-groep meerdere herstructureringen plaats, die onder meer door complexe groepsinterne financieringsstructuren zijn uitgevoerd. Deze zijn in de punten 12 en volgende en 36 en volgende van het bestreden arrest als volgt beschreven.

1. Overdracht van activiteiten ten gunste van LNG Supply

19. De eerste herstructurering betrof LNG Holding (moedermaatschappij) alsmede haar dochtervennootschappen LNG Luxembourg (hierna ook: „intermediaire vennootschap") en LNG Supply (dochtervennootschap).

20. Met ingang van 30 oktober 2009 heeft LNG Holding haar activiteiten op het gebied van vloeibaar aardgas en aardgasderivaten aan LNG Supply overgedragen. De koopprijs bedroeg 657 miljoen US-dollar (USD) (ongeveer 553,26 miljoen EUR).

21. Ter financiering van de groepsinterne overdracht verleende LNG Luxembourg aan LNG Supply een verplicht converteerbare nulcouponobligatie (hierna ook: „ZORA"[6]) met een nominale waarde van 646 miljoen USD en een looptijd van 15 jaar. De ZORA leverde geen

[6] De betekenis van dit acroniem is onduidelijk. De Commissie gaat ervan uit dat het staat voor „Zero-intérêts Obligation Remboursable en Actions", zie voetnoot 6 van het litigieuze besluit.

periodieke rente op. In plaats daarvan zou LNG Supply aan LNG Luxembourg als leningverstrekker (schuldeiser) eigen aandelen verstrekken bij de latere conversie van de ZORA in eigen vermogen.

22. De waarde van de alsdan uit te geven aandelen wordt berekend aan de hand van de nominale waarde van de ZORA op het moment van de conversie, vermeerderd of verminderd met een variabel aandeel. Het variabele aandeel komt overeen met de door LNG Supply tijdens de looptijd van de ZORA behaalde winsten na aftrek van een belastbare marge. De concreet belastbare marge en de belastbare grondslag ervan zijn in een fiscale ruling overeengekomen met de belastingdienst (zie onder C). Het variabele aandeel kan echter ook – in jaren waarin verlies is gemaakt – negatief zijn. Het bedrag van het variabele aandeel wordt ook „ZORA-aanwas" genoemd.

23. LNG Luxembourg heeft op haar beurt de ZORA gefinancierd door een termijntransactie met LNG Holding (die op dat tijdstip nog LNG Trading heette). Volgens de voorwaarden van het termijncontract betaalt LNG Holding aan LNG Luxembourg een bedrag dat gelijk is aan de nominale waarde van de ZORA, dus 646 miljoen USD, in ruil voor de verwerving van de rechten op de aandelen die LNG Supply bij conversie van de ZORA zal uitgeven.

24. In 2014 is de ZORA gedeeltelijk geconverteerd. Als een zogenoemd hybride financieringselement wordt de ZORA op het niveau van de dochtervennootschap als een soort vreemd vermogen behandeld, doch op het niveau van de moedermaatschappij bij de conversie als eigen vermogen. Daartoe heeft LNG Supply een kapitaalverhoging doorgevoerd van 699,9 miljoen USD (ongeveer 589,6 miljoen EUR), waarvan 193,8 miljoen USD (ongeveer 163,3 miljoen EUR) uit hoofde van de aflossing van een deel van het nominale bedrag van de betrokken ZORA en het resterende bedrag uit hoofde van de terugbetaling van een deel van de ZORA-aanwas.

25. Voor LNG Luxembourg (intermediaire vennootschap) heeft de gedeeltelijke conversie geleid tot een waardevermindering van de ZORA, geboekt als actiefpost, met 193,8 miljoen USD en, parallel daaraan, tot een waardevermindering van de als passiefpost geboekte termijntransactie, met eenzelfde bedrag. Bijgevolg was de transactie bij LNG Luxembourg fiscaal neutraal. De vervolgens bij LNG Holding (moedermaatschappij) gegenereerde inkomsten uit deelnemingen in de vorm van de aandelen die LNG Supply (dochtervennootschap) bij de conversie van de ZORA heeft uitgegeven, zijn door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling als bedoeld in artikel 166 LIR (dat wil zeggen door de vrijstelling van winstuitkeringen binnen een concern) als belastingvrij aangemerkt. Deze fiscale gevolgen waren in de fiscale rulings vastgelegd (zie onder C).

2. Overdracht van activiteiten ten gunste van GSTM

26. De tweede herstructurering betrof CEF (moedermaatschappij) alsmede haar dochtervennootschappen EIL (hierna ook: „intermediaire vennootschap") en GSTM (dochtervennootschap). CEF heeft, vanaf 2010, haar activiteiten op het gebied van financiering en kasmiddelenbeheer overgedragen aan GSTM. De koopprijs bedroeg ongeveer 1,036 miljard EUR.

27. Ook deze groepsinterne overdracht werd gefinancierd door een ZORA, die door EIL aan GSTM werd verleend, met een looptijd tot 2026. De nominale waarde van de ZORA is gelijk aan de koopprijs. De financieringsstructuur komt voorts overeen met die voor de overdracht van de activiteiten aan LNG Supply. Met name heeft EIL met CEF een identiek termijncontract gesloten, zodat naar de bovenstaande overwegingen kan worden verwezen.

28. Evenwel is de ZORA nog niet geconverteerd, zodat CEF in zoverre nog geen inkomsten uit deelnemingen heeft gegenereerd.

C. Fiscale rulings van de Luxemburgse belastingdienst

29. In verband met deze transacties en de financiering van elk daarvan heeft de Luxemburgse belastingdienst twee reeksen fiscale rulings aan de Engie-groep afgegeven (punten 17 e.v. van het bestreden arrest).

1. Fiscale rulings betreffende de overdracht van activiteiten ten gunste van LNG Supply

30. De eerste fiscale ruling is afgegeven op 9 september 2008. Hierin wordt gewag gemaakt van de oprichting van LNG Supply en LNG Luxembourg, alsook van de geplande overdracht van de activiteiten van LNG Holding aan LNG Supply.

31. Fiscaal gezien blijkt uit de fiscale ruling dat LNG Supply op bijzondere wijze slechts wordt belast voor een met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge. Blijkens het besluit van de Commissie van 20 juni 2018[7] is het belastbare inkomen niet de winst (als verschil tussen twee bedrijfsvermogens aan het begin en aan het eind van een boekjaar) van LNG Supply, maar een bedrag dat „overeenkomt met een totale nettomarge van • % van de brutowaarde van de activa zoals aangegeven op de balans van [LNG Supply]". Daarbij mag „die nettomarge echter niet lager [...] dan • % van de bruto jaaromzet van de vennootschap" zijn. Dit bedrag (deze marge) is onderworpen aan het standaardtarief voor winstbelasting (hierna: „margebelasting")

32. Het resultaat is een op de balans gebaseerde winstbelasting, op z'n minst een op de omzet gebaseerde winstbelasting. Dat betekent dat LNG Supply ook winstbelasting moet betalen wanneer zij verlies maakt. Wegens deze op de balanswaarde dan wel omzet gebaseerde belastingheffing waren de daadwerkelijke inkomsten (ontvangsten verminderd met uitgaven) van LNG Supply niet meer fiscaalrechtelijk relevant voor het belastbare inkomen. Waarom en op welke wettelijke grondslag de Luxemburgse belastingdienst met deze afwijkende belastingheffing heeft ingestemd (dan wel daarmee instemmen mocht) en een dergelijke nettomarge belast, blijkt niet uit de stukken. Het economische resultaat dat na aftrek van deze marge voor LNG Supply overblijft, was in ieder geval, overeenkomstig de afspraak, het bedrag van de ZORA-aanwas.

33. Blijkens het besluit van de Commissie[8] stelt de Luxemburgse belastingdienst LNG Luxembourg als „leningverstrekker" in staat om de ZORA gedurende de looptijd ervan in de financiële verslaglegging te waarderen op de boekwaarde, en LNG Luxembourg heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. Tevens is in de fiscale ruling bepaald dat de latere conversie van de ZORA in vennootschapsaandelen geen belastbare kapitaalwinst oplevert, indien LNG Luxembourg opteert voor de toepassing van artikel 22 bis LIR. De ZORA-aanwas die de waarde van de uitgegeven aandelen heeft, wordt dus niet belast. Deze aanwas wordt in dit verband behandeld als eigen vermogen.

7 Overweging 36 van het besluit.

8 Overweging 38 van het besluit. De weergave van de feiten in het bestreden arrest (punt 22) zijn in zoverre onnauwkeurig dan wel onduidelijk.

34. Tot slot volgt uit de fiscale ruling van 9 september 2008 ook dat LNG Holding de uit hoofde van de termijntransactie aan LNG Luxembourg verrichte betaling onder de financiële vaste activa boekt en dat deze activa altijd op de kostprijs gewaardeerd worden, zodat, voorafgaand aan de conversie van de betrokken ZORA, geen belastbaar inkomen en geen fiscaal aftrekbare lasten in verband met deze ZORA in aanmerking worden genomen. Bovendien bevestigt de Luxemburgse belastingdienst dat de belastingvrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen volgens artikel 166 LIR van toepassing is op de deelneming in LNG Supply die in het kader van de termijntransactie is verworven.

35. De tweede fiscale ruling is op 30 september 2008 afgegeven en betreft de overdracht van de feitelijke leiding van LNG Trading naar Nederland. De derde fiscale ruling is op 3 maart 2009 afgegeven en bekrachtigt de wijzigingen in de financieringsstructuur waarin de fiscale ruling van 9 september 2008 voorzag, met name de vervanging van LNG Trading door LNG Holding en de uitvoering van de ZORA waarop was ingeschreven door LNG Supply bij LNG Luxembourg en LNG Holding. De vierde fiscale ruling is op 9 maart 2012 afgegeven en verduidelijkt bepaalde boekhoudkundige termen die worden gebruikt bij de berekening van de marge waarover LNG Supply wordt belast.

36. De laatste fiscale ruling is op 13 maart 2014 afgegeven en bevestigt het standpunt dat in de rulingsaanvraag van 20 september 2013 is weergegeven. Deze ruling betreft de fiscale behandeling van de gedeeltelijke conversie van de ZORA waarop LNG Supply heeft ingeschreven. Volgens punt 27 van het bestreden arrest volgt hieruit dat LNG Supply, op de dag van de conversie van deze lening, haar kapitaal zal verminderen met een bedrag dat gelijk is aan het bedrag van deze conversie.

37. Fiscaal gezien bevestigt de Luxemburgse belastingdienst dat de betrokken gedeeltelijke conversie geen gevolgen zal hebben voor LNG Luxembourg. LNG Holding boekt een winst die gelijk is aan het verschil tussen het nominale bedrag van de geconverteerde aandelen en het bedrag van deze conversie (dat wil zeggen het bedrag van de ZORA-aanwas). Voorts is bepaald dat deze winst onder de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op grond van artikel 166 LIR valt.

2. Fiscale rulings betreffende de overdracht van activiteiten ten gunste van GSTM

38. De eerste fiscale ruling, die op 9 februari 2010 is afgegeven, bekrachtigt een structuur die vergelijkbaar is met de structuur die LNG Holding heeft opgezet om de overdracht van haar activiteiten in de sector vloeibaar aardgas aan LNG Supply te financieren. De betrokken structuur is namelijk gebaseerd op een ZORA waarop GSTM bij EIL heeft ingeschreven ter bekostiging van de overname van de activiteiten van CEF op het gebied van financiering en kasmiddelenbeheer. Op dezelfde wijze als bij LNG Supply wordt GSTM tijdens de looptijd van de ZORA belast over een met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge.

39. De tweede fiscale ruling, die is afgegeven op 15 juni 2012, bekrachtigt de fiscale behandeling van de financieringstransactie en is gebaseerd op een analyse die identiek is aan die in de fiscale ruling van 9 september 2008 betreffende de overdracht van de activiteiten van LNG Trading aan LNG Supply. Het verschil is dat in deze ruling onder meer rekening wordt gehouden met een mogelijke toekomstige verhoging van het bedrag van de ZORA waarop GSTM heeft ingeschreven.

3. Samenvatting

40. Samenvattend blijkt uit de fiscale rulings dat de operationele vennootschappen LNG Supply en GSTM slechts over een met de belastingdienst overeengekomen belastbaar inkomen (marge) worden belast tegen het standaardtarief in de vennootschapsbelasting. Deze belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting wordt niet vastgesteld als onderdeel van de normale winstbepaling (dat wil zeggen door een vergelijking van het bedrijfskapitaal), maar is gerelateerd aan de balanswaarde, in ieder geval aan de omzet. Bijgevolg worden de operationele dochtervennootschappen ook belast wanneer zij verlies maken.

41. De vermogenswinst die groter is dan de aldus vastgestelde belastbare grondslag (dus de resterende effectieve winst) wordt op grond van de overeengekomen margebelasting niet belast bij de operationele vennootschappen (LNG Supply en GSTM) en alleen toegerekend aan het financieringselement (ZORA).

42. Door de termijntransactie maakt de intermediaire vennootschap geen winst bij de conversie van de ZORA in vennootschapsaandelen. De aanwas bij de conversie van de ZORA wordt alsdan op het niveau van de moedermaatschappij als eigen vermogen behandeld en krachtens de Luxemburgse deelnemingsvrijstelling (artikel 166 LIR) niet belast. Uiteindelijk resteert slechts de omschreven margebelasting van de operationele activiteit.

D. Besluit van de Commissie

43. Op 23 maart 2015 heeft de Europese Commissie het Groothertogdom Luxemburg verzocht om inlichtingen over de fiscale rulings die aan de Engie-groep zijn afgegeven. Nadat de Commissie bij brief van 1 april 2016 het Groothertogdom Luxemburg had meegedeeld dat zij eraan twijfelde of deze fiscale rulings strookten met de staatssteunregelgeving, heeft zij op 19 september 2016 krachtens artikel 108, lid 2, VWEU een formele onderzoeksprocedure ingeleid. Op 20 juni 2018 heeft de Commissie het litigieuze besluit gegeven.

44. Hierin stelt de Commissie zich in wezen op het standpunt dat het Groothertogdom Luxemburg in strijd met artikel 107, lid 1, en artikel 108, lid 3, VWEU een selectief voordeel heeft verleend aan de Engie-groep. De Commissie komt op tegen het concrete gevolg van de gekozen financieringsstructuur voor de algehele belastingschuld van de Engie-groep gelet op het feit dat uiteindelijk nagenoeg de volledige winst die de dochtervennootschappen in Luxemburg hebben gerealiseerd, feitelijk niet wordt belast.

45. Dat een economisch voordeel is verleend, motiveert de Commissie met name met het feit dat volgens de fiscale rulings, afgezien van de met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge, geen van de bij de transacties betrokken vennootschappen belasting betaalt over de ZORA-aanwas, die gelijk is aan de door LNG en GSTM gemaakte winst. Het voordeel dat staatssteunrechtelijk relevant is, betreft concreet de toepassing van de vrijstelling van artikel 166 LIR op de inkomsten uit deelnemingen die de betrokken moedermaatschappijen na conversie hebben gegenereerd, hoewel niet was gewaarborgd dat de dochtervennootschappen (net als de intermediaire vennootschappen) effectief worden belast.

46. Met betrekking tot het bestaan van een selectief voordeel baseert de Commissie zich op in totaal vier verschillende redeneringen.

47. In de eerste plaats gaat de Commissie uit van selectiviteit op het niveau van de moedermaatschappijen, dus bij LNG Holding en CEF, omdat de fiscale rulings hebben bekrachtigd dat op dat niveau geen belasting wordt geheven over de inkomsten uit deelnemingen die vanuit economisch oogpunt gelijk zijn aan het bedrag van de ZORA-aanwas. Hiermee wordt afgeweken van een ruim referentiekader, dat bestaat uit het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel dat tot doel heeft alle in Luxemburg ingezetene belastingplichtige vennootschappen te belasten over hun boekhoudkundige winst.

48. In de tweede plaats gaat de Commissie uit van selectiviteit op het niveau van de moedermaatschappijen, omdat de fiscale rulings de toepassing van de in artikel 166 LIR bedoelde vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op de door de moedermaatschappijen behaalde winst hebben bekrachtigd. Volgens de Commissie wordt hiermee afgeweken van een specifiek referentiekader dat bestaat uit voorschriften inzake de belastingvrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, omdat op grond daarvan een vrijstelling slechts moet worden verleend wanneer de uitgekeerde winsten tevoren op het niveau van de dochtervennootschappen zijn belast (zogenoemd correspondentiebeginsel).

49. In de derde plaats is de Commissie van mening dat de fiscale rulings tot een selectief voordeel voor de Engie-groep hebben geleid, omdat de fiscale aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschappen gecombineerd met de belastingvrijstelling op het niveau van de intermediaire en moedermaatschappijen tezamen hebben geleid tot een verlaging van het totale belastbare inkomen van de groep in Luxemburg. Dit vormt een afwijking van het ruime referentiekader dat bestaat uit het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, dat een dergelijke verlaging van de belastbare grondslag niet toelaat (zogenoemde groepsbenadering).

50. Als alternatieve redenering voert de Commissie in de vierde plaats aan dat de fiscale rulings afwijken van de Luxemburgse belastingrechtelijke bepaling inzake rechtsmisbruik dan wel dat de belastingdienst deze bepaling van artikel 6 StAnpG ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten. Volgens de Commissie was de door de Engie-groep opgezette financieringsstructuur onrechtmatig, zodat de Luxemburgse belastingdienst deze fiscale rulings op grond van de Luxemburgse rechtspraak niet had mogen afgeven (verzuim van misbruikbestrijding).

51. De Commissie ging ervan uit dat ook aan de andere voorwaarden voor staatssteun als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU was voldaan en heeft daarom beslist dat Luxemburg de steun dient terug te vorderen van LNG Holding. Bedragen die LNG Holding niet terugbetaalt, moeten worden teruggevorderd van Engie SA Aangezien er bij de tweede reeks fiscale rulings nog geen conversie van ZORA's in aandelen van GSTM had plaatsgevonden, werd er in zoverre geen terugvordering gelast. Bij toekomstige conversies is het verboden om de daaruit ontstane deelnemingsinkomsten als belastingvrij te beschouwen.

E. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

52. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 augustus 2018, heeft het Groothertogdom Luxemburg in zaak T-516/18 beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit.

53. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 4 september 2018, hebben Engie Global LNG Holding Sàrl, Engie Invest International SA en Engie SA (hierna: „Engie") in zaak T-525/18 beroep ingesteld, eveneens tot nietigverklaring van het litigieuze besluit.

54. Bij beschikking van 15 februari 2019 heeft de president van de Zevende kamer (uitgebreid) van het Gerecht het interventieverzoek van Ierland in zaak T-516/18 toegewezen.

55. Bij beschikking van de president van de Tweede kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 12 juni 2020 zijn de zaken T-516/18 en T-525/18, partijen gehoord, gevoegd voor de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

56. Tot staving van hun beroep hebben Engie en het Groothertogdom Luxemburg zes reeksen middelen aangevoerd die in essentie waren gebaseerd op:

– voor de eerste reeks, schending van de artikelen 4 en 5 VEU alsook van artikel 3 tot en met 5 en 113 tot en met 117 VWEU, voor zover de analyse van de Commissie tot een verkapte belastingharmonisatie leidt (derde middel in zaak T-516/18 en vijfde middel in zaak T-525/18);

– voor de tweede reeks, schending van artikel 107 VWEU, voor zover de Commissie van mening was dat de fiscale rulings een voordeel verleenden, doordat zij niet in overeenstemming waren met de Luxemburgse belastingwetgeving (tweede middel in zaak T-516/18 en tweede middel in zaak T-525/18);

– voor de derde reeks, schending van artikel 107 VWEU, niet-nakoming van de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU en schending van de beginselen van eerbiediging van de rechten van de verdediging, voor zover de Commissie de selectiviteit van dit voordeel heeft vastgesteld (eerste, vierde en zesde middel in zaak T-516/18 en derde, zesde en achtste middel in zaal T-525/18);

– voor de vierde reeks, schending van artikel 107 VWEU, voor zover de Commissie van mening was dat de fiscale rulings aan de Luxemburgse Staat kunnen worden toegerekend en dat sprake is van het gebruik van staatsmiddelen (eerste middel in zaak T-525/18);

– voor de vijfde reeks, schending van 107 VWEU, voor zover de Commissie de fiscale rulings onterecht als individuele steun heeft aangemerkt (vierde middel in zaak T-525/18);

– voor de zesde reeks, schending van de algemene beginselen van het Unierecht, voor zover de Commissie de terugvordering van de steun heeft gelast (vijfde middel in zaak T-516/18 en zevende middel in zaak T-525/18).

57. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht al deze middelen afgewezen en bijgevolg de beroepen in de zaken T-516/18 en T-525/18 in hun geheel verworpen.

58. Ten aanzien van de eerste reeks middelen heeft het Gerecht (punten 134 e.v., met name punt 150) in wezen geoordeeld dat de Commissie door de beoordeling van de fiscale rulings geen belastingharmonisatie tot stand heeft gebracht maar enkel de haar bij artikel 107, lid 1, VWEU verleende bevoegdheid heeft uitgeoefend.

59. Ten aanzien van de tweede en de derde reeks middelen heeft het Gerecht in punt 230 van zijn arrest eraan herinnerd dat wanneer bepaalde overwegingen van een besluit op zich genomen dat besluit rechtens genoegzaam rechtvaardigen, de eventuele gebreken in andere overwegingen van die handeling hoe dan ook geen gevolgen hebben voor het dispositief. Om te beginnen heeft het Gerecht het specifieke referentiekader dat zou bestaan uit de artikelen 164 en 166 LIR, beoordeeld en aan de hand van dit referentiekader vastgesteld dat er sprake is van een afwijking

daarvan die niet kan worden gerechtvaardigd. Net als de Commissie is het Gerecht van oordeel dat de Commissie niet gehouden was om de bepalingen van de moeder-dochterrichtlijn in het referentiekader op te nemen, met name omdat het om een zuiver binnenlandse situatie ging (punten 263 e.v.). De Commissie is daarom terecht ervan uitgegaan dat de fiscale rulings afweken van het uit de artikelen 164 en 166 LIR bestaande referentiekader, en dat dus met de fiscale rulings een verkeerde rechtstoepassing is bekrachtigd (punten 288 e.v.).

60. Ten aanzien van het vermeende ontbreken van een selectief voordeel in het licht van de bepaling inzake rechtsmisbruik heeft het Gerecht uiteengezet dat de Commissie genoegzaam heeft aangetoond dat is voldaan aan alle vereiste criteria om naar Luxemburgs recht te kunnen spreken van rechtsmisbruik, namelijk het gebruik van privaatrechtelijke vormen en instellingen, de verlaging van de belastingdruk, het gebruik van een ongeschikt juridisch middel en het ontbreken van extrafiscale beweegredenen (punten 384 e.v., met name punten 410 e.v.).

61. Wat de vierde reeks middelen betreft, heeft het Gerecht vastgesteld (punten 212 e.v.) dat de fiscale rulings door de Luxemburgse belastingdienst zijn afgegeven en dat daaruit een verlaging van de in beginsel door een vennootschap te betalen belastingen blijkt, zodat zowel sprake is van toerekenbaarheid aan het Groothertogdom Luxemburg als van bekostiging met staatsmiddelen.

62. Ten aanzien van de vijfde reeks middelen heeft het Gerecht uiteengezet (punten 479 e.v.) dat de Commissie een maatregel ter uitvoering van een algemene regeling als individuele steun kan aanmerken zonder eerst te moeten aantonen dat de bepalingen die aan die regeling ten grondslag liggen een steunregeling vormen, zelfs indien dat het geval zou zijn.

63. Tot slot heeft het Gerecht ten aanzien van de zesde reeks middelen (punten 489 e.v.) geoordeeld dat de Commissie de algemene beginselen van rechtszekerheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen niet heeft geschonden door jegens het Groothertogdom Luxemburg de terugvordering van de steun te gelasten. In het bijzonder kunnen ondernemingen die steun genieten in beginsel enkel een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben wanneer deze steun met inachtneming van de procedure van artikel 108 VWEU is toegekend.

IV. Procedure bij het Hof

64. Engie heeft op 22 juli 2021 bij het Hof de onderhavige hogere voorziening (zaak C-454/21 P) ingesteld tegen het arrest van het Gerecht. Engie verzoekt het Hof:

– de onderhavige hogere voorziening ontvankelijk en gegrond te verklaren;

– het bestreden arrest te vernietigen;

– primair, overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie de zaak zelf af te doen en de vorderingen van Engie in eerste aanleg toe te wijzen of, subsidiair, artikel 2 van 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 (PB 2019, L 78, blz. 1) nietig te verklaren, voor zover daarbij de terugvordering van de verleende steun wordt gelast;

– subsidiair, de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;

– de Commissie te verwijzen in alle kosten.

65. Het Groothertogdom Luxemburg heeft op 21 juli 2021 bij het Hof de onderhavige hogere voorziening (zaak C-451/21 P) ingesteld tegen het arrest van het Gerecht. Luxemburg verzoekt het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen;

– primair, overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie de zaak zelf af te doen en de vorderingen van het Groothertogdom Luxemburg in eerste aanleg toe te wijzen en 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, nietig te verklaren;

– subsidiair, de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;

– de Commissie te verwijzen in de kosten van het Groothertogdom Luxemburg.

66. De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorzieningen in beide zaken af te wijzen en rekwiranten te verwijzen in de kosten.

67. Alle partijen hebben schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof en ter terechtzitting op 30 januari 2023 pleidooi gehouden over de hogere voorzieningen.

V. Juridische beoordeling

68. Ter ondersteuning van de hogere voorziening voert Engie drie en Luxemburg vier middelen aan die elkaar inhoudelijk overlappen. Het onderzoek van de middelen van de hogere voorziening zal ik beginnen met die van Engie (onder A, B en C) en afsluiten met de aanvullende middelen van Luxemburg (onder D). Ik zal mij daarbij, als voorbeeld, beperken tot de reeks fiscale rulings die LNG Holding betreffen, aangezien in dat verband de ZORA in ieder geval gedeeltelijk is geconverteerd. De uiteenzettingen gelden eveneens voor de tweede reeks van fiscale rulings die GSTM betreffen.

A. Eerste middel: onjuiste uitlegging van artikel 107, lid 1, VWEU in de context van het specifieke referentiekader

69. Met haar eerste middel stelt Engie (en tevens Luxemburg) dat het Gerecht bij de uitlegging van artikel 107, lid 1, VWEU blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, met name bij de bepaling van het referentiekader. Het Gerecht was ervan uitgegaan dat bij de fiscale rulings ten gunste van Engie is afgeweken van het tot de artikelen 164 en 166 LIR beperkte referentiekader.

70. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist de kwalificatie van een maatregel als „steunmaatregel van de staat” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU ten eerste dat het gaat om een maatregel van de staat of die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. Ten vierde moet de maatregel de

mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. [9]

71. In casu behoeven alleen de overwegingen van het Gerecht betreffende het kenmerk van de selectiviteit te worden onderzocht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet voor fiscaalrechtelijke maatregelen de selectiviteit in meerdere stappen worden vastgesteld. Daarvoor moet ten eerste worden bepaald welke algemene of „normale" belastingregeling in de betrokken lidstaat geldt (het zogenoemde referentiekader). [10] Gelet op deze algemene of „normale" belastingregeling moet in een tweede stap worden beoordeeld of de betreffende belastingmaatregel afwijkt van dat normale stelsel, voor zover deze maatregel een onderscheid maakt tussen deelnemers die zich, wat de doelstelling van de normale regeling betreft, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. [11] Wordt vastgesteld dat wordt afgeweken van de „normale" belastingregeling, dan moet tot slot worden beoordeeld of de afwijking gerechtvaardigd is.

72. Doorslaggevend voor de bepaling van het referentiekader is in dit verband altijd welke belastingregeling de nationale wetgever als „normale" belastingregeling wenst te beschouwen. De wezenlijke fiscale beslissingen, met name die over de wijze van belastingheffing maar ook over de doelstellingen en beginselen ervan, vallen daarom binnen de bevoegdheid van de lidstaat. [12] Om die reden kan noch de Commissie noch het Hof het nationale belastingrecht beoordelen op basis van een ideaal of fictief belastingstelsel. [13]

73. Aangezien de vaststelling van dit referentiekader het vertrekpunt is van het vergelijkende onderzoek dat moet worden uitgevoerd voor de beoordeling van de selectiviteit, tast een fout in deze vaststelling noodzakelijkerwijs de geldigheid van het gehele onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde aan. [14]

1. Vaststellingen van het Gerecht

74. Het Gerecht heeft in de punten 292 en volgende vastgesteld dat artikel 166 LIR de toekenning van de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van de moedermaatschappij niet formeel afhankelijk stelt van de belasting van de winstuitkeringen op het niveau van haar

[9] Arresten van 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 27); 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 82); 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 53), en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 40).

[10] Arresten van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 57), en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punten 53 en 55).

[11] Arresten van 19 december 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, punt 36); 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 57), en 8 september 2011, Paint Graphos e.a. (C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 49).

[12] Conclusie van advocaat-generaal Pikamäe in de zaak Ierland/Commissie (C-898/19 P, EU:C:2021:1029, punten 60 e.v.), zie ook mijn conclusie in de zaak Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:181, punt 57), in de zaak Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2020:834, punt 39) en in de zaak Commissie/Hongarije (C-596/19 P, EU:C:2020:835, punt 43).
Bevestigd door: arresten van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 73); 15 september 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punt 59); 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punten 38 en 39), en 16 maart 2021, Commissie/Hongarije (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punten 44 en 45).

[13] Conclusie van advocaat-generaal Pikamäe in de zaak Ierland/Commissie (C-898/19 P, EU:C:2021:1029, punt 64).
Zie in die zin ook arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 74, waaruit volgt dat alleen het in de betrokken lidstaat toepasselijke nationale recht in aanmerking moet worden genomen bij de vaststelling van het referentiekader op het gebied van directe belastingen).

[14] Arresten van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 71), en 6 oktober 2021, World Duty Free Group en Spanje/Commissie (C-51/19 P en C-64/19 P, EU:C:2021:793, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

dochtervennootschap. Uit de samenhang tussen de artikelen 166 en 164 LIR blijkt echter dat de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen alleen geldt voor inkomsten die niet zijn afgetrokken van het belastbare inkomen van de dochtervennootschap (punt 297).

75. Bovendien is de ZORA-aanwas weliswaar formeel geen winstuitkering als bedoeld in artikel 164 LIR, maar komen de vrijgestelde inkomsten uit deelnemingen op het niveau van de moedermaatschappij in wezen overeen met het bedrag van die aanwas, zodat het in de zeer specifieke omstandigheden van het onderhavige geval in wezen gaat om een winstuitkering (punt 300).

76. Het Gerecht heeft in punt 327 vastgesteld dat de Luxemburgse belastingdienst, door de bekrachtiging van de vrijstelling op het niveau van de moedermaatschappijen voor inkomsten uit deelnemingen die uit economisch oogpunt overeenkomen met het bedrag van de ZORA-aanwas die op het niveau van de dochtervennootschappen als kosten is afgetrokken, is afgeweken van het referentiekader dat wordt gevormd door de artikelen 164 en 166 LIR.

2. Beoordeling

77. Engie en Luxemburg betogen in wezen dat het Gerecht bij deze vaststellingen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en de feiten onjuist heeft opgevat. Het is ten onrechte uitgegaan van een samenhang tussen de artikelen 164 en 166 LIR door, net als de Commissie, de Luxemburgse fiscale rulings als steun te beschouwen. Er moet dus worden nagegaan of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het referentiekader dat de Commissie in het litigieuze besluit heeft vastgesteld, te bevestigen.

78. Voor de correcte vaststelling van het relevante referentiekader is een uitlegging van de Luxemburgse belastingwet (LIR) vereist. De Commissie bestrijdt de ontvankelijkheid van dit onderdeel van het middel van de hogere voorziening met het argument dat dit feitelijke vragen betreft. De beoordeling van de feiten – en daaronder valt in beginsel ook het onderzoek van het nationale recht door het Gerecht [15] – en van de bewijzen levert geen rechtsvraag op die het Hof in hogere voorziening kan toetsen. Het Hof is enkel bevoegd om te onderzoeken of dit nationale recht onjuist is opgevat. [16] Het onderzoek van de juridische kwalificatie die het Gerecht in het licht van een bepaling van Unierecht aan dat nationale recht heeft gegeven, valt daarentegen wel onder de bevoegdheid van het Hof. [17] Dit is binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, VWEU van doorslaggevend belang, omdat het selectieve voordeel dat noodzakelijk is om van steun te kunnen uitgaan, pas blijkt uit een afwijking van het „normale" nationale belastingstelsel, het referentiekader.

79. Op basis daarvan is in het staatssteunrecht erkend dat de vraag of het Gerecht het uit het nationale recht bestaande referentiekader correct heeft onderzocht en afgebakend, een rechtsvraag is, die door het Hof kan worden getoetst in het stadium van de hogere

[15] Zie arresten van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 82); 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 78); 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 79), en 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie (C-82/01 P, EU:C:2002:617, punt 63).

[16] Zie arresten van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 82), en 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[17] Arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 78), zie in deze zin eveneens arresten van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14, EU:C:2016:971, punten 61-63), en 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 83).

voorziening.[18] De argumenten die ertoe strekken de keuze van het referentiekader in de eerste fase van de analyse van het bestaan van een selectief voordeel ter discussie te stellen, zijn dus ook in een procedure in hogere voorziening ontvankelijk.

80. Aangezien het betoog van Engie en Luxemburg ertoe strekt het door het Gerecht aangenomen bestaan van een correspondentiebeginsel overeenkomstig artikel 164 LIR gelezen in samenhang met artikel 166 LIR, als staatssteunrechtelijk referentiekader ter discussie te stellen, is het eerste onderdeel van het tweede middel ontvankelijk. Het Hof is dus in de procedure in hogere voorziening bevoegd om de rechtsvraag te onderzoeken of het Gerecht het correspondentiebeginsel in het Luxemburgse recht als deel van het referentiekader juist heeft vastgesteld en toegepast.

81. Om te beginnen wordt het relevante selectieve voordeel behandeld (onder a). Vervolgens moet de maatstaf voor de toetsing van fiscale rulings worden bepaald (onder b). Op basis daarvan worden de overwegingen van het Gerecht met betrekking tot de vaststelling van het relevante referentiekader onderzocht (onder c en d). Aangezien de Commissie ter terechtzitting de samenhang van het Luxemburgse belastingrecht als zodanig ter discussie heeft gesteld, wordt daarna nog ingegaan op de vraag of het ontbreken van een materiële correspondentiebepaling in het nationale recht eventueel een steunmaatregel vormt (onder e).

a) Relevant selectief voordeel

82. De Commissie gaat in het litigieuze besluit uit van een selectief voordeel omdat er volgens haar een noodzakelijke samenhang bestaat tussen de artikelen 164 en 166 LIR. Dienaangaande hebben de Commissie en vervolgens ook het Gerecht vastgesteld dat de door de Engie-groep gekozen financieringsstructuur, in afwijking van de normale vennootschapsbelasting vooral tot gevolg heeft dat op het niveau van de dochtervennootschappen behaalde winsten niet worden belast wanneer deze dochtervennootschap winst maakt. Beiden zijn evenwel voorbijgegaan aan het feit dat – eveneens in afwijking van de normale vennootschapsbelasting – ook belasting wordt geheven wanneer de dochtervennootschap verlies maakt, zoals dit kennelijk in 2015 en 2016 voor LNG Supply het geval was.

83. In beide gevallen wordt namelijk altijd de met de belastingdienst overeengekomen marge belast, die in ieder geval aan de hand van de omzet en onafhankelijk van eventuele winst wordt bepaald. Daarentegen benadrukken de Commissie en vervolgens ook het Gerecht dat op het niveau van de moedermaatschappijen, waar de winsten uiteindelijk zijn beland na de conversie van de ZORA, gebruik kon worden gemaakt van de vrijstelling voor de inkomsten uit deelnemingen als bedoeld in artikel 166 LIR, hoewel deze inkomsten op het niveau van de dochtervennootschap niet volgens artikel 164 LIR zijn „belast”.

84. De Commissie heeft de overeengekomen marge die volgens de fiscale rulings op het niveau van de dochtervennootschappen de enige belastbare grondslag zou vormen, dus niet onderzocht en is ook niet daartegen opgekomen. Of deze methode die afwijkt van de normale vennootschapsbelasting (geen vergelijking van de boekwaarden, maar een op de balanswaarde dan wel op de omzet gebaseerde belasting) een selectief voordeel vormt, is niet onderzocht. Evenmin heeft de Commissie de vraag of deze bijzondere methode volgens de Luxemburgse

[18] Zie (met betrekking tot een vermeend in het nationale recht bestaand zakelijkheidsbeginsel) recent arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 85), zie dienovereenkomstig arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie [C-203/16 P, EU:C:2018:505, punten 80 en 81, betreffende de onjuiste uitlegging van § 8c KStG (Körperschaftssteuergesetz; wet op de vennootschapsbelasting) door het Gerecht].

belastingwet beschikbaar was voor alle vergelijkbare belastingplichtigen, opgeworpen dan wel onderzocht. Hetzelfde geldt voor de daarbij gehanteerde percentages. Op basis waarvan deze percentages zijn bepaald en hoe de hoogte ervan kan worden onderbouwd, is niet duidelijk.

85. Om die reden is de belastingheffing over de marge, die met name invloed heeft op de hoogte van ZORA-aanwas, geen voorwerp van het litigieuze besluit, noch van het bestreden arrest en kan daarom ook niet door het Hof worden onderzocht. Het staat de Commissie echter vrij om het een en ander te verhelpen in een nieuw staatssteunbesluit voor zover de verjaring nog niet is ingetreden.

b) Toetsing van fiscale rulings aan de staatssteunregels en de toepasselijke toetsingsmaatstaf

86. De Commissie verklaart in haar besluit veeleer uitdrukkelijk dat de steun moet blijken uit de aan de Engie-groep afgegeven fiscale rulings. Niet de deelnemingsvrijstelling van artikel 166 LIR (d.w.z. de belastingvrijstelling voor winstuitkeringen binnen een concern) op zich beschouwd, maar de toepassing ervan is gelet op de staatssteunregels in het specifieke geval problematisch. In dit verband voert de Commissie – zij het niet uitdrukkelijk – aan dat de Luxemburgse autoriteiten blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit vloeit ook voort uit de uiteenzettingen over het specifieke referentiekader dat volgens de Commissie uit de artikelen 164 en 166 LIR bestaat.

87. Het Gerecht sluit zich bij deze redenering aan en gaat ervan uit dat de door de Commissie aangenomen steun voortvloeit uit een onjuiste toepassing van artikel 164 juncto artikel 166 LIR, aangezien uit het Luxemburgse vennootschapsbelastingrecht een zogenoemd correspondentiebeginsel kan worden afgeleid. Hiermee wordt bedoeld dat de belastingvrijstelling op het niveau van de ontvangende moedermaatschappij afhangt van het antwoord op de vraag of de uitkeringen op het niveau van de dochtervennootschap tevoren zijn belast.

88. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat fiscale rulings niet per se ongeoorloofde steunmaatregelen in de zin van 107, lid 1, VWEU vormen. Zij zijn een belangrijk instrument om rechtszekerheid te waarborgen, wat ook de Commissie erkent.[19] Het rechtszekerheidsbeginsel is een algemeen beginsel van Unierecht.[20] Fiscale rulings zijn daarom staatssteunrechtelijk geen probleem, zolang zij voor alle belastingplichtigen (in de regel op verzoek) openstaan en, net als elke andere belastingaanslag, stroken met de betrokken belastingwet. In zoverre lopen zij enkel vooruit op het resultaat van een latere belastingaanslag.

89. Wordt de fiscale ruling getoetst aan de staatssteunregels, dan rijst echter de vraag of elke voor de belastingplichtige gunstige afwijking van de belastingwet (dus elke ten voordele van de belastingplichtige onjuiste fiscale ruling) als steunmaatregel in de zin van de Verdragen kan worden beschouwd. Op zich beschouwd zou een dergelijke uitlegging door de bewoordingen van artikel 107, lid 1, VWEU worden bekrachtigd.

90. Zij is echter in strijd met de toetsingsmaatstaf die het Hof voor steunregelingen in de vorm van algemene belastingwetten heeft ontwikkeld. Het Hof benadrukt dat het de lidstaten bij de huidige stand van harmonisatie van het belastingrecht van de Unie vrijstaat om het

[19] 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 (PB 2016, C 262, blz. 1), punten 169 e.v.

[20] Arresten van 15 februari 1996, Duff e.a. (C-63/93, EU:C:1996:51, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 8 december 2011, France Télécom/Commissie (C-81/10 P, EU:C:2011:811, punt 100).

belastingstelsel in te voeren dat zij het meest geschikt achten [21], wat expliciet ook geldt op het gebied van staatssteun [22]. Deze speelruimte van de lidstaten omvat de vaststelling van de wezenlijke kenmerken van alle belastingen. Dit geldt met name voor de keuze van het belastingtarief, dat evenredig dan wel progressief kan zijn, maar ook voor de vaststelling van zowel de belastinggrondslag als het belastbare feit. [23] Eveneens is de beslissing over welke buitenlandse belastingen kunnen worden verrekend met de binnenlandse belastingschuld en onder welke voorwaarden deze verrekening mogelijk is, een algemene beslissing die valt onder de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaat om de wezenlijke kenmerken van belastingen vast te stellen. [24] Hetzelfde geldt voor de implementatie en uitvoering van het zakelijkheidsbeginsel voor transacties tussen verbonden ondernemingen. [25]

91. De grenzen van deze speelruimte van de lidstaten zijn echter overschreden wanneer de lidstaten misbruik maken van hun belastingrecht om specifieke ondernemingen in weerwil van de staatssteunregels toch voordelen te verschaffen. [26] Van een dergelijk misbruik van de fiscale autonomie kan worden uitgegaan bij een kennelijk inconsistente uitvoering van de belastingwet, zoals het geval was in het arrest Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk [27]. In zijn recente rechtspraak toetst het Hof algemene fiscale beslissingen alleen aan staatssteunregelgeving wanneer deze beslissingen op *kennelijk discriminerende wijze* waren ontworpen om de uit het Unierecht inzake staatssteun voortvloeiende vereisten te omzeilen. [28]

92. Het is niet duidelijk waarom deze rechtspraak niet kan gelden voor gevallen van een onjuiste rechtstoepassing ten gunste van de belastingplichtige. Hieruit volgt dan dat niet elke onjuiste, maar enkel een kennelijk onjuiste fiscale ruling ten gunste van de belastingplichtige een selectief voordeel vormt. Afwijkingen van het toepasselijke nationale referentiekader waarvoor uit het oogpunt van een derde als de Commissie of de Unierechter geen aannemelijke verklaring bestaat, zijn „kennelijk" en bijgevolg ook voor de betrokken belastingplichtige duidelijk. In dergelijke gevallen kan worden aangenomen dat er sprake is van omzeiling van de staatssteunregelgeving doordat *het recht op* een *kennelijk discriminerende wijze wordt toegepast*. De ter terechtzitting opgeworpen vragen of een deel van de Luxemburgse doctrine dan wel de Luxemburgse rechter in eerste aanleg een andere uitlegging van het Luxemburgse belastingrecht geven dan de belastingdienst en een ander deel van de Luxemburgse doctrine, kunnen dan in het midden blijven.

[21] Arrest van 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 45), zie in die zin ook met betrekking tot de fundamentele vrijheden arresten van 3 maart 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, punt 49), en 3 maart 2020, Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[22] Arresten van 15 september 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punt 59), en 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 37), zie in die zin onder meer arrest van 26 april 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[23] Arresten van 15 september 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punten 59 en 60); 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 38), en 16 maart 2021, Commissie/Hongarije (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punt 44).

[24] Zie in die zin uitdrukkelijk arrest van 15 september 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punt 60).

[25] Zie in die zin ook arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punten 95 e.v.).

[26] Arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 72).

[27] Arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punten 101 e.v.). In die zaak was het Verenigd Koninkrijk evenmin in staat om de zin van de daaraan ten grondslag liggende fiscale parameters te verduidelijken (punt 149).

[28] Arresten van 15 september 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punt 61); 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punten 42 e.v., met name punt 44), en 16 maart 2021, Commissie/Hongarije (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punten 48 e.v., met name punt 50). Reeds in het arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 101), spreekt het Hof van de juridische grondslagen die „*in werkelijkheid* tot discriminatie" leiden (cursivering van mij).

93. Evenmin bestaat dan de vrees dat de Commissie en de Unierechter met de juiste en haarfijne uitlegging van 27 verschillende belastingregelingen overbelast worden.

94. Deze overbelasting is reeds voelbaar in de onderhavige procedure. De redenering van de Commissie die het Gerecht als juist heeft beoordeeld, is gebaseerd op een *andere* uitlegging van de artikelen 164 en 166 LIR dan die welke door Engie en vooral door Luxemburg wordt aangevoerd. In dit verband maken de belastingrechtelijke overwegingen van het Gerecht met betrekking tot de gecombineerde lezing van de artikelen 164 en 166 LIR[29] duidelijk dat het Gerecht moeilijkheden had met zijn rol van „tweede Luxemburgse belastingrechter". In punt 294 van het bestreden arrest zet het Gerecht bijvoorbeeld uiteen dat artikel 164 LIR voorziet in belastingheffing over de door een vennootschap gegenereerde inkomsten, „ongeacht of deze inkomsten worden uitgekeerd of niet. Tot deze inkomsten behoren, overeenkomstig artikel 164, lid 3, LIR, ook verborgen winstuitkeringen."

95. Artikel 164 LIR heeft volgens de bewoordingen ervan echter in geen enkel opzicht betrekking op de belastingheffing over inkomsten, maar alleen op de vaststelling van het belastbare inkomen van de *dochtermaatschappij*. Hierin is niet vastgelegd of bepaalde inkomsten worden belast. De belastingheffing over inkomsten vloeit waarschijnlijk veeleer voort uit het betrokken belastbare feit en de toepasselijkheid dan wel niet-toepasselijkheid van vrijstellingsbepalingen die elders zijn geregeld.

96. Bovendien ontstaat bij een ruime uitlegging van artikel 107 VWEU, die inhoudt dat alle ten gunste van de belastingplichtige onjuiste fiscale rulings een selectief voordeel vormen, het volgende probleem: bij de afgifte van een fiscale ruling kan net als bij elke andere belastingaanslag blijk worden gegeven van een onjuiste opvatting. Het onderzoek of een dergelijke belastingaanslag juist of onjuist is, moet eigenlijk door de nationale belastingautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties worden verricht. Indien elke eenvoudige fout bij de vaststelling van de belasting meteen als inbreuk op de staatssteunregelgeving wordt beschouwd, zou dat tot gevolg hebben dat de Commissie de facto de hoogste belastingautoriteit wordt en dat de Unierechters door de toetsing van de besluiten van de Commissie de hoogste belastingrechters worden.

97. Dit zou vervolgens invloed hebben op de fiscale autonomie van de lidstaten, waarop ook in de eerste reeks middelen wordt gewezen. Daarin wordt gesproken van een verkapte belastingharmonisatie. Ook in het derde middel dat door Luxemburg wordt aangevoerd, wordt de toetsing aan de staatssteunregelgeving van fiscale rulings en belastingwetten die geen betrekking hebben op geharmoniseerde belastingen, als een ingreep in de eigen fiscale autonomie opgevat.

98. Met deze bezwaren heeft het Hof reeds elders rekening gehouden. Advocaat-generaal Pikamäe bijvoorbeeld heeft uiteengezet dat ten aanzien van de criteria voor de „normale" belastingheffing de regels van *positief* recht doorslaggevend zijn. Om te voorkomen dat inbreuk wordt gemaakt op de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van directe belastingen, kan het bestaan van een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU slechts worden nagegaan ten aanzien van het regelgevingskader dat de nationale wetgever bij de *daadwerkelijke*

[29] Aldus het opschrift voor de betrokken punten 288 e.v. van het bestreden arrest.

uitoefening van deze bevoegdheid heeft vastgesteld.[30] Bij de toepassing van dit regelgevingskader moet bijvoorbeeld bij de vaststelling van de relevante verrekenprijzen een zekere beoordelingsmarge worden toegekend.[31]

99. Het Hof benadrukt in dit verband[32] dat bij het onderzoek of er sprake is van een selectief belastingvoordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en bij de vaststelling van de belastingdruk die normaliter op een onderneming rust, geen rekening kan worden gehouden met parameters en regels die vreemd zijn aan het betrokken nationale belastingstelsel, tenzij dat belastingstelsel daar uitdrukkelijk naar verwijst. Deze vaststelling is een uitdrukking van het fiscale legaliteitsbeginsel, dat als algemeen rechtsbeginsel deel uitmaakt van de Unierechtsorde. Zij vereist dat iedere verplichting tot het betalen van belasting, alsmede alle wezenlijke elementen die de inhoudelijke kenmerken daarvan definiëren bij wet moeten worden neergelegd. De belastingplichtige moet in staat zijn het bedrag van de verschuldigde belasting te voorzien en te berekenen en het tijdstip te bepalen waarop de belasting moet worden betaald.[33] In dit verband benadrukt het Hof dat de eventuele vaststelling van methoden en criteria aan de hand waarvan een „zakelijke" uitkomst kan worden bepaald, tot de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten behoort.[34]

100. Een dergelijke beperkte beoordeling van het nationale recht is dus ook in het licht van het belang van de belastingplichtige bij rechtszekerheid vereist. Zoals hierboven reeds is aangegeven (punten 88 e.v.), zijn fiscale rulings nog meer dan andere belastingaanslagen[35] belangrijke instrumenten om rechtszekerheid te scheppen.[36] Zowel het rechtszekerheidsbeginsel als het daarmee verbonden instituut van de onherroepelijkheid van een bestuurshandeling zou geen waarde meer hebben wanneer elke onjuiste belastingaanslag (zowel een fiscale ruling als een normale aanslag) als inbreuk op de staatssteunregelgeving zou kunnen worden beschouwd.

101. Gelet op de hierboven aangehaalde rechtspraak (punten 90 e.v.) ben ik derhalve van mening dat ook de beoordeling van afzonderlijke belastingaanslagen (zowel normale aanslagen als fiscale rulings) uitsluitend aan de hand van een beperkte toetsingsmaatstaf mag plaatsvinden die beperkt blijft tot een plausibiliteitscontrole. Op basis daarvan levert niet elke onjuiste toepassing van het nationale belastingrecht een selectief voordeel op. Enkel wanneer in de fiscale ruling (of belastingaanslag) ten gunste van de belastingplichtige kennelijk wordt afgeweken van het referentiekader dat bestaat uit de nationale belastingwet, kan dus een selectief voordeel ontstaan. Is er geen sprake van een kennelijke afwijking, dan is het mogelijk dat de aanslag onrechtmatig is, zonder daarom wegens deze mogelijke afwijking van het referentiekader steun in de zin van artikel 107 VWEU te zijn.

30 Conclusie van advocaat-generaal Pikamäe in de zaak Ierland/Commissie (C-898/19 P, EU:C:2021:1029, punt 106).

31 Conclusie van advocaat-generaal Pikamäe in de zaak Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P, EU:C:2021:1028, punt 118).

32 Arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punten 96 e.v.).

33 Arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 97), en 8 mei 2019, Związek Gmin Zagłębia Miedziowego (C-566/17, EU:C:2019:390, punt 39).

34 Arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 95).

35 Volgens de rechtspraak van het Hof bestaan er vanuit Unierechtelijk oogpunt in beginsel geen twijfels over de onherroepelijkheid van een bestuurshandeling – zie arresten van 10 maart 2022, Grossmania (C-177/20, EU:C:2022:175, punt 52); 12 februari 2008, Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78, punt 37); 19 september 2006, i-21 Germany en Arcor (C-392/04 en C-422/04, EU:C:2006:586, punt 51), en 13 januari 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, punt 24).

36 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 (PB 2016, C 262, blz. 1), punten 169 e.v.

c) Is het referentiekader op de juiste wijze vastgesteld (gecombineerde lezing van de artikelen 164 en 166 LIR)?

102. Het Hof moet bijgevolg niet onderzoeken of uit het Luxemburgse belastingrecht daadwerkelijk het in de fiscale rulings toegezegde en door de Commissie aangevochten rechtsgevolg voortvloeit. Relevant is alleen of dit rechtsgevolg kennelijk niet uit het Luxemburgse belastingrecht voortvloeit.

103. Dit zou het geval zijn wanneer uit de gecombineerde lezing van artikel 164 en 166 LIR kennelijk een coherentiebeginsel voortvloeit dat de Commissie en het Gerecht als toepasselijk referentiekader hebben gehanteerd.

1) Niet-inaanmerkingneming van de moeder-dochterrichtlijn binnen het referentiekader (eerste onderdeel van het eerste middel van Engie)

104. Anders dan Engie en Luxemburg menen, kan om te beginnen niet worden tegengeworpen dat er binnen het referentiekader geen rekening is gehouden met de moeder-dochterrichtlijn. Het is juist dat volgens de moeder-dochterrichtlijn tot aan de wijziging ervan in 2014[37] een voorafgaande belastingheffing van de winsten op het niveau van de dochtervennootschap geen voorwaarde was voor de vrijstelling voor de inkomsten uit kapitaal op het niveau van de moedermaatschappij.

105. Het referentiekader moet evenwel op basis van het toepasselijke nationale recht worden bepaald. Een Europese richtlijn kan echter in beginsel niet rechtstreeks jegens de belastingplichtige (in casu Engie) worden toegepast, aangezien zij zich tot de lidstaten richt. Wegens het ontbreken van grensoverschrijdende feiten (alle betrokken vennootschappen zijn gevestigd in Luxemburg) was de richtlijn ook materieel niet van toepassing. Bijgevolg vormt uitsluitend het Luxemburgse recht (in casu artikelen 164 en 166 LIR) het relevante referentiekader.

106. Dit betekent echter niet dat de moeder-dochterrichtlijn geen betekenis heeft. Met artikel 166 LIR wordt namelijk – zoals ter terechtzitting opnieuw is aangevoerd – de moeder-dochterrichtlijn in het Luxemburgse recht omgezet en zowel het grensoverschrijdende als het interne geval geregeld. Daarmee moet wel degelijk rekening worden gehouden bij de uitlegging van het referentiekader.

2) Samenhang tussen artikel 164 en artikel 166 LIR in het Luxemburgse recht (zogenoemde correspondentiebeginsel)

107. Voorts is de hogere voorziening van Engie en Luxemburg gericht tegen de door de Commissie vastgestelde dwingende samenhang tussen de artikelen 164 en 166 LIR. Zo deze samenhang feitelijk bestaat, kan van de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen volgens Luxemburgs recht enkel gebruik worden gemaakt indien op het niveau van de dochtervennootschap belasting wordt geheven. De toepassing van de deelnemingsvrijstelling (belastingvrijstelling voor de winstuitkeringen binnen het concern) zou in dat geval blijk geven

[37] Zie artikel 1 van richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2014, L 219, blz. 40), met 31 december 2015 als uiterste datum voor de omzetting.

van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschap niet in de als belastbare grondslag overeengekomen margebelasting is opgenomen.

108. Derhalve rijst de vraag of het belastingrecht van het Groothertogdom Luxemburg daadwerkelijk een dergelijke corresponderende belastingheffing vereist. Uitsluitend in dat geval zou het Gerecht, door aan te nemen dat dit het juiste referentiekader is, geen blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (zie uitvoerig de punten 78 e.v. hierboven). Bij toepassing van de hierboven aangedragen beperkte toetsingsmaatstaf kan daarop duidelijk ontkennend worden geantwoord, want een dergelijke samenhang bestaat kennelijk niet.

109. De bewoordingen van het nationale recht (artikelen 164 en 166 LIR) brengen de twee voorschriften niet met elkaar in verband. Veeleer heeft elke bepaling betrekking op andere belastingplichtigen. Hieruit blijkt niet duidelijk dat een verborgen winstuitkering als bedoeld in artikel 164, lid 3, LIR – zoals een hogere rente voor een aandeelhouderlening (die bij de dochtervennootschap wordt opgeteld bij het belastbare inkomen) – als belastingvrije inkomsten uit een deelneming volgens artikel 166 LIR moet worden behandeld. Evenmin geldt omgekeerd dat belastingvrije inkomsten als bedoeld in artikel 166 LIR moeten worden behandeld als een winstbestemming in de zin van artikel 164 LIR.

110. Deze uitlegging van de artikelen 164 en 166 LIR die door de Commissie is „aangedragen” en door het Gerecht is overgenomen, is wellicht mogelijk maar blijkt niet uit de bewoordingen van de nationale wet. Het tegengestelde standpunt (geen correspondentiebeginsel, zoals dat door Luxemburg en Engie wordt verdedigd) is eveneens mogelijk en strookt zelfs meer met de bewoordingen. Gelet op het feit dat met artikel 166 LIR de moeder-dochterrichtlijn wordt omgezet en dat deze richtlijn evenmin voorzag in een correspondentiebepaling bij de afgifte van fiscale rulings, pleit ook een richtlijnconforme uitlegging tegen de uitlegging die het Gerecht van artikel 166 LIR heeft gegeven.

111. Deze conclusie wordt zelfs kracht bijgezet door het besluit van de Commissie en het arrest van het Gerecht. Subsidiair hebben zij allebei een selectief voordeel gemotiveerd en bevestigd door de onjuiste toepassing van de nationale bepaling inzake rechtsmisbruik (artikel 6 StAnpG).[38] Deze motivering en conclusie kunnen logischerwijs echter alleen gelden wanneer is voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor de „dubbele niet-belasting” op het niveau van de dochtervennootschap en van de moedermaatschappij. Blijkbaar heeft zowel de Commissie als het Gerecht om die reden betwijfeld of hun eigen uitlegging van de artikelen 164 en 166 LIR noodzakelijkerwijs (dus kennelijk) juist is.

112. Voorts kan een constructie van de belastingplichtige die misbruik oplevert als bedoeld in artikel 6 StAnpG, nooit worden opgevat als een onjuiste toepassing van de artikelen 164 en 166 LIR door de belastingdienst.

113. De uitlegging van Luxemburg waarop de fiscale rulings zijn gebaseerd, is bijgevolg geen kennelijk onjuiste uitlegging van het nationale recht. De Commissie en het Gerecht zijn derhalve uitgegaan van een onjuist referentiekader, aangezien het door hen toegepaste referentiekader niet duidelijk uit het Luxemburgse recht voortvloeit.

[38] Het Gerecht in de punten 384 e.v. van het bestreden arrest, de Commissie in de overwegingen 289 e.v. van het litigieuze besluit.

114. Volgens vaste rechtspraak tast een fout in de vaststelling van het referentiekader noodzakelijkerwijs de geldigheid van het gehele onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde aan.[39] Alleen al om die reden zijn de hogere voorzieningen van Engie en Luxemburg bijgevolg gegrond.

d) Subsidiair: vloeit uit de gecombineerde lezing van de artikelen 164 en 166 LIR een correspondentiebeginsel voort?

115. Indien de toetsingsmaatstaf daarentegen niet zou worden beperkt tot een kennelijke onjuistheid van de fiscale rulings, zou het Hof in elk individueel geval moeten beslissen hoe de artikelen 164 en 166 LIR correct moeten worden uitgelegd, teneinde te beoordelen of het Gerecht zich op het juiste referentiekader heeft gebaseerd. Dit vergt een grondige kennis van de Luxemburgse belastingwetgeving, die ik niet veronderstel te bezitten. Toch twijfel ik eraan of – zoals de Commissie en het Gerecht in de punten 292 e.v. hebben voorgestaan – uit een gecombineerde lezing van de artikelen 164 en 166 LIR daadwerkelijk een correspondentiebeginsel kan worden afgeleid. Deze twijfels onderbouw ik hieronder met mijn subsidiaire uitlegging van het Luxemburgse belastingrecht.

116. Zoals hierboven reeds is uiteengezet (punt 109), is een correspondentiebeginsel niet in de bewoordingen van die bepalingen terug te vinden. Artikel 166, lid 1, LIR verwijst niet rechtstreeks naar artikel 164 LIR. Aangenomen moet worden dat artikel 166, lid 1, LIR de voorwaarden waaronder de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen wordt verleend, uitputtend regelt. Deze bepaling verwijst echter enkel naar een minimale duur van het bezit van de deelneming en naar een minimaal percentage of bedrag ervan, en niet naar een voorbelasting van de uitgekeerde winsten. Voorts kan uit artikel 166 LIR niet worden afgeleid dat de uitgekeerde winsten op het niveau van de dochtervennootschap moeten worden belast. In het bijzonder heeft artikel 164 LIR uitsluitend betrekking op het belastbaar inkomen van de dochtervennootschap (zie punt 95 hierboven). Belastbaar inkomen en belastingplicht zijn in het belastingrecht twee onderscheiden begrippen.

117. Daarbij komt dat ook doel en strekking van de twee bepalingen niet dwingend een dergelijke correspondentie vereisen. Zulks vloeit reeds voort uit de moeder-dochterrichtlijn die deze voorwaarde tot aan de wijziging ervan in 2014[40] evenmin omvatte. Het is niet uitgesloten dat de moeder-dochterrichtlijn zonder een dergelijke correspondentiebepaling niet perfect was, maar de regelingen ervan hadden zin en waren niet inconsistent. Aangezien artikel 166 LIR ook uitvoering geeft aan de moeder-dochterrichtlijn en daarbij geen verschil maakt tussen grensoverschrijdende en interne winstuitkeringen, is deze vaststelling ten aanzien van de moeder-dochterrichtlijn (dat wil zeggen geen correspondentiebeginsel bij afgifte van de fiscale rulings) van toepassing op de uitlegging van artikel 166 LIR.

118. Helaas is Luxemburg er ter terechtzitting slechts deels in geslaagd het doel van artikel 166 LIR nauwkeurig toe te lichten. Het betoog van de Commissie dat artikel 166 LIR inconsistent is en geen eigen doel heeft, is evenmin overtuigend. Normaal gesproken heeft een deelnemingsvrijstelling (als die van artikel 166 LIR) twee doelen. In de eerste plaats wordt een economische dubbele belasting van reeds belaste inkomsten voorkomen. In de tweede plaats wordt ook gewaarborgd dat een (persoonlijke of zakelijke) vrijstelling op het niveau van de dochtervennootschap behouden blijft, wanneer zij haar (dan belastingvrije) winst verder uitkeert

[39] Arresten van 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 46), en 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 107). Zie ook de conclusie van het arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 105).

[40] Zie artikel 1 van richtlijn 2014/86, met 31 december 2015 als uiterste datum voor de omzetting.

aan de aandeelhouder (moedermaatschappij). Hierdoor kan een zekere gelijke behandeling ontstaan van uit één en meer niveaus bestaande vennootschapsstructuren, dus een zekere neutraliteit wat de rechtsvorm dan wel organisatievorm betreft. Dat lijkt mij ook de zin van de regeling van artikel 166 LIR in het Luxemburgse recht te zijn. Dit pleit dus eveneens tegen een algemeen en ongeschreven correspondentiebeginsel.

119. Hetzelfde geldt indien rekening wordt gehouden met het beginsel van subjectgerichte belasting waarop de winstbelasting in de regel is gebaseerd. De belastingheffing bij een belastingplichtige hangt normaliter niet af van de concrete belastingheffing bij een andere belastingplichtige. De wetgever kan een dergelijke correspondentie tot op zekere hoogte zonder twijfel invoeren. In dat geval vereist echter het voorbehoud van de wet in het belastingrecht (hoe dan ook een klassieke interventiebevoegdheid) dat deze correspondentie tot uitdrukking komt in de bewoordingen ervan.

120. Een ongeschreven correspondentiebeginsel blijkt, anders dan de Commissie en daaropvolgend het Gerecht heeft aangenomen, ook niet noodzakelijkerwijs uit het antwoord van het Groothertogdom Luxemburg van 31 januari 2018, dat in overweging 202 van het besluit van de Commissie wordt weergegeven. Op basis daarvan geldt artikel 164 LIR ook voor alle deelnemingen waarvan de inkomsten onder de vrijstellingsregeling van artikel 166 LIR vallen. Dit zegt niets over een voorbelasting op het niveau van dochtervennootschappen, maar bevestigt enkel dat de winstuitkering zelf niet mag leiden tot een verlaging van het belastbare inkomen.

121. Tot slot kan ook uit het – niet-bindende – advies van de Conseil d'État (raad van state, Luxemburg) van 2 april 1965 inzake het wetsontwerp van artikel 166 LIR geen dwingende samenhang worden afgeleid. Het is juist dat het voorkomen van een meervoudige belastingheffing doel en strekking is van de deelnemingsvrijstelling in het Luxemburgse recht. Dit betekent echter niet, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, dat het Luxemburgse recht een dubbele niet-belasting in individuele gevallen niet zou aanvaarden. Ook de moeder-dochterrichtlijn was bedoeld om een dubbele belasting te voorkomen en nam tot de wijziging ervan in 2014 een dubbele niet-belasting door het ontbreken van een correspondentiebepaling voor lief.

122. Dit alles toont aan dat het ongeschreven correspondentiebeginsel waarop de Commissie en het Gerecht zich hebben gebaseerd, niet in het Luxemburgse recht als het referentiekader kan worden opgevat. Weliswaar zouden daardoor lacunes in de belastingheffing die bijvoorbeeld door hybride financieringsmiddelen ontstaan, kunnen worden weggenomen, maar kan, zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft geoordeeld[41], via de staatssteunregelgeving geen ideaal belastingrecht worden gecreëerd door instellingen van de Unie als de Commissie of het Gerecht. Dit is in het niet-geharmoniseerde belastingrecht uiteindelijk de taak van de nationale wetgever.

123. Uiteindelijk hebben de Commissie en vervolgens ook het Gerecht bij de vaststelling en toepassing van het referentiekader niet ingezien dat de vermoedelijke dubbele niet-belasting helemaal niet uit de toepassing van de artikelen 164 en 166 LIR blijkt. Enerzijds worden de dochtervennootschappen wel degelijk belast, alleen in zeer beperkte mate. Anderzijds zou artikel 164 in casu niet relevant zijn, zelfs niet wanneer de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschap als (open of verborgen) winstuitkering zou moeten worden beschouwd. Dit zou uitsluitend het geval zijn wanneer de ZORA-aanwas het belastbare inkomen zou hebben

[41] Zie, in die zin bijvoorbeeld, arresten van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punten 93 e.v.); 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punten 38 e.v.), en 16 maart 2021, Commissie/Hongarije (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punten 44 e.v.).

verlaagd. Het is niet uitgesloten dat dit bij een normale vennootschapsbelasting het geval zou zijn geweest. In casu vloeit het nogal uitzonderlijke resultaat (zeer lage belastingheffing bij de operationele dochtervennootschappen) echter alleen voort uit de margebelasting die met de Luxemburgse belastingdienst was overeengekomen.

124. De Commissie en het Gerecht hebben zich dus gebaseerd op een onjuist referentiekader (artikelen 164 en 166 LIR in plaats van de wettelijke grondslag voor de overeenkomst over de marge) en dit referentiekader dan ook nog verkeerd vastgesteld (door uit te gaan van een ongeschreven correspondentiebeginsel). Zodoende is het gehele onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde door een gebrek aangetast. Ook in dit opzicht zijn de hogere voorzieningen van Engie en Luxemburg gegrond.

e) Is het Luxemburgse belastingrecht inconsistent door het ontbreken van een materiële correspondentiebepaling?

125. Tot slot heeft de Commissie nog overwogen dat het Luxemburgse belastingrecht zonder een dergelijke correspondentiebepaling inconsistent en dus als zodanig een steunmaatregel is.[42]

126. Dit heeft om twee redenen echter geen invloed op de conclusie hierboven (punt 124). In de eerste plaats hebben het litigieuze besluit van de Commissie en het bestreden arrest van het Gerecht geen betrekking op de Luxemburgse wet als steunregeling, maar uitsluitend op de fiscale rulings als individuele steun (zie ook de punten 86 e.v. hierboven). Het ontbreken van een wettelijke correspondentiebepaling is derhalve geen voorwerp van het geding.

127. In de tweede plaats is een nationale belastingwet die kan leiden tot een niet-belasting bij de toepassing van hybride financieringsinstrumenten, niet per se inconsistent.

128. Het is juist dat het Gerecht in punt 293 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt dat de hierboven toegelichte benadering volgens het Luxemburgse belastingrecht een dubbele niet-belasting van winsten als gevolg kan hebben. Inderdaad, de vrijstelling op het niveau van de vennootschap waaraan de winst wordt uitgekeerd lijkt volgens artikel 166, lid 1, punt 2, LIR niet af te hangen van het fiscale lot van de winstuitkeringen op het niveau van de uitkerende vennootschap. Evenwel wordt de grens waar inconsistentie begint, daarom nog niet overschreden.

129. Ten eerste is een dergelijke deelnemingsvrijstelling internationaal schering en inslag. In een grensoverschrijdende context blijkt dit reeds door het bestaan van de moeder-dochterrichtlijn waaraan een vergelijkbare gedachte ten grondslag ligt en die tot 2014 ook geen materiële correspondentiebepaling omvatte. Ten tweede kunnen de lidstaten in beginsel zelf bepalen hoe aan een dergelijke deelnemingsvrijstelling vorm wordt gegeven. In zoverre is de rechtspraak van het Hof over de nationale verrekeningsbepalingen in een grensoverschrijdende context toepasselijk en ook de precieze vormgeving van die verrekeningsbepalingen is voorbehouden aan de lidstaten.[43]

[42] Zie de overwegingen 184 en 185 van het litigieuze besluit en de pleidooien ter terechtzitting.

[43] Arrest van 15 september 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punt 60).

130. Het is juist dat vanuit beleidsmatig oogpunt en gelet op wereldwijde inspanningen om een rechtvaardig belastingstelsel tot stand te brengen, zogenoemde witte inkomsten zoveel mogelijk moeten worden voorkomen. De neutralisatie van dergelijke – met name grensoverschrijdende – mismatches heeft zowel voor de OESO [44] als voor de Unie [45] prioriteit.

131. In de eerste plaats is het al twijfelachtig of in casu überhaupt sprake is van witte inkomsten, aangezien de winsten van de dochtervennootschap niet geheel onbelast blijven. Veeleer worden zij volgens de fiscale rulings op een andere wijze belast (bijzondere margebelasting). In de tweede plaats zijn de maatregelen van de OESO en de Unie uitsluitend gericht tegen hybridemismatches die voortvloeien uit de (niet op elkaar afgestemde) wisselwerkingen tussen vennootschapsbelastingstelsels van meerdere lidstaten of derde landen. Hieronder vallen echter geen inconsistenties die berusten op louter nationale belastingstelsels. In zoverre is het beleidsmatig wenselijk en intussen ook internationaal wijdverbreid om het ontstaan van witte inkomsten door concrete materiële correspondentiebepalingen te voorkomen.

132. Blijkbaar is in Luxemburg ook een dergelijke bepaling voor de toekomst ingevoerd om te voldoen aan de in 2014 gewijzigde moeder-dochterrichtlijn. Hierdoor wordt het referentiekader echter alleen voor de toekomst gewijzigd.

133. Bijgevolg blijft het een beslissing die aan de nationale wetgever voorbehouden is. De nationale wetgever – en niet de Commissie of de Unierechter – moet beslissen of en in welke situaties een materiële correspondentiebepaling moet worden ingevoerd.

3. Samenvatting met betrekking tot het eerste middel van de hogere voorziening

134. Derhalve staat het uitsluitend aan de Luxemburgse belastingwetgever om bij wet ervoor te zorgen dat een corresponderende belastingheffing tussen uitkerende en ontvangende vennootschap het referentiekader vormt voor de normale belastingheffing binnen Luxemburg. Aangezien dit niet of pas later is gebeurd, heeft de Commissie in plaats van het geldende nationale recht een belastingstelsel als basis genomen dat wellicht de voorkeur verdient, maar uiteindelijk fictief is. Zoals hierboven (punten 72 e.v.) reeds is uiteengezet, staat het staatssteunrecht dit niet toe.

135. Het eerste middel is dus gegrond. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de vaststelling van het referentiekader uit te gaan van een dwingende samenhang tussen de artikelen 164 en 166 LIR, dus van een correspondentiebeginsel. Deze samenhang is noch kennelijk (punten 107 e.v.) noch blijkt die bij een nadere beschouwing uit de bewoordingen, het doel en de strekking van de nationale regelingen of uit de vaste rechtspraak van de Luxemburgse rechters (punten 115 e.v.).

[44] Zie het eindrapport van de OESO, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 (neutralisatie van de effecten van hybridemismatches, actiepunt 2), te vinden op https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report_9789264241138-en#page4.

[45] Zie artikel 9 van richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 193, blz. 1) en overweging 2 van richtlijn 2014/86.

B. Tweede middel: onjuiste uitlegging van artikel 107 VWEU doordat artikel 6 StAnpG als referentiekader is aangemerkt

136. Het Gerecht heeft, als alternatief, echter een ander middel afgewezen op grond dat de Luxemburgse belastingautoriteiten de algemene bepaling inzake rechtsmisbruik van artikel 6 StAnpG niet hebben toegepast hoewel aan de voorwaarden ervan was voldaan.

137. Met het tweede middel van de hogere voorziening voeren Engie en Luxemburg aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door hun eerste middel in de procedure in eerste aanleg af te wijzen, volgens hetwelk er geen sprake was van inbreuk op artikel 107 VWEU. De niet-toepassing van artikel6 StAnpG in het concrete geval is geen afwijking van het referentiekader dat bestaat uit het Luxemburgse recht.

138. Volgens de algemene bepaling inzake rechtsmisbruik van artikel 6 StAnpG kan verschuldigde belasting niet worden ontweken of verlaagd door misbruik van rechtsvormen of constructies uit het burgerlijk recht. In geval van misbruik moet de belasting worden geheven op dezelfde wijze als wanneer deze zou worden geheven in een juridische structuur die strookt met de transacties, feiten en omstandigheden van economische aard.

139. In het geding dat thans moet worden beslecht, moet het Hof zich voor het eerst buigen over de vraag of de onjuiste dan wel de niet-toepassing van een algemene bepaling inzake misbruik van het belastingrecht (in casu artikel 6 StAnpG) steun in de zin van artikel 107 VWEU vormt.

1. Vaststellingen van het Gerecht

140. Het Gerecht gaat in de punten 384 en volgende ervan uit dat de Commissie heeft aangetoond dat is voldaan aan de vier voorwaarden voor rechtsmisbruik als bedoeld in artikel 6 StAnpG die door de Luxemburgse belastingrechtspraak zijn ontwikkeld. De uitlegging van de bepaling inzake rechtsmisbruik van artikel 6 StAnpG leverde geen problemen op, zodat het niet nodig was om de Luxemburgse administratieve praktijk te onderzoeken (punt 409 van het bestreden arrest).

141. De Commissie en in navolging van haar het Gerecht (punt 388) gaan er met name van uit dat andere financieringsmiddelen (zuivere eigenvermogens- of vreemdvermogensinstrumenten) beschikbaar waren, zonder dat dit zou hebben geleid tot niet-belasting van de door de dochtervennootschappen gegenereerde inkomsten. Zo had de ZORA door de betreffende moedermaatschappij rechtstreeks ten gunste van de betrokken dochtervennootschap kunnen worden uitgegeven. Ook bij gebruik van een converteerbare kapitaallening zonder interventie van een intermediaire vennootschap zou een passende belasting zijn geheven.

142. De fiscale rulings hadden bijgevolg niet in deze vorm mogen worden afgegeven. In plaats daarvan had de Luxemburgse belastingdienst de algemene bepaling inzake rechtsmisbruik van artikel 6 StAnpG moeten toepassen. Het Groothertogdom Luxemburg heeft Engie een selectief belastingvoordeel verleend door dit artikel niet toe te passen.

2. Beoordeling

143. Engie en Luxemburg voeren in wezen aan dat het Gerecht bij de vaststelling van het referentiekader ten onrechte ervan is uitgegaan dat de Commissie geen rekening hoefde te houden met de Luxemburgse administratieve praktijk. Voorts hebben de Commissie en het

Gerecht blijk van meerdere kennelijke uitleggings- en toepassingsfouten gegeven bij de uitlegging van de vier cumulatieve voorwaarden voor rechtsmisbruik en bij de kwalificatie van de concrete feiten teneinde na te gaan of was voldaan aan deze voorwaarden.

144. Aangezien de Commissie en in navolging van haar het Gerecht aanvoeren dat het verbod op staatssteun is geschonden doordat een algemene bepaling inzake rechtsmisbruik niet is toegepast, dienen eerst deze benadering en de toepasselijke toetsingsmaatstaf te worden behandeld (onder a) teneinde het juiste referentiekader te kunnen vaststellen (onder b). Vervolgens moet worden onderzocht of het Gerecht zich in het onderhavige geval heeft gebaseerd op het juiste referentiekader.

a) Toetsing van de toepassing van de algemene bepalingen inzake misbruik van het belastingrecht aan de staatssteunregels

145. Enkel ingeval de Luxemburgse belastingdienst de algemene bepaling inzake rechtsmisbruik van artikel 6 StAnpG had moeten toepassen bij het afgeven van de fiscale rulings, kan er sprake zijn van een afwijking van het referentiekader (artikel 6 StAnpG). Ook in dit verband voeren de Commissie en het Gerecht in wezen slechts één eenvoudige fout bij de toepassing van het Luxemburgse recht aan. Dit levert echter nog geen selectief voordeel op (zie de punten 89 e.v. hierboven).

146. Bovendien bestaat in geval van algemene bepalingen inzake rechtsmisbruik (zogenoemde GAAR[46]) bij de toepassing van het recht noodzakelijkerwijs een beoordelingsmarge die te vergelijken is met die voor de belastingdienst bij de vaststelling van de „juiste" verrekenprijs.[47]

147. Niet alleen is het begrip misbruik op bijzondere wijze afhankelijk van de beoordelingen van de rechtsorde van elke lidstaat, maar de vaststelling van rechtsmisbruik hangt als zodanig bovendien sterk af van de omstandigheden van het individuele geval.

148. In dat opzicht kan over de uitspraak van het Gerecht in punt 409 van het bestreden arrest worden gediscussieerd, voor zover daarin is verklaard dat „de bepaling inzake rechtsmisbruik in casu geen uitleggingsproblemen opleverde". Er bestaat vermoedelijk geen algemene bepaling inzake misbruik in het belastingrecht die geen uitleggingsproblemen veroorzaakt.[48] Dit klemt te meer daar het Gerecht reeds moeilijkheden heeft ondervonden bij de uitlegging van bepalingen van Luxemburgse belastingrecht waarvan bij de toepassing, vermoedelijk, misbruik is gemaakt (zie de punten 94 e.v. hierboven).

[46] General Anti-Abuse Rule (algemene antimisbruikregel), zoals deze intussen ook is geregeld in het Unierecht, zie artikel 6 van richtlijn 2016/1164.

[47] Zie in dit verband arrest van 8 november 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P en C-898/19 P, EU:C:2022:859, punt 95), en nog duidelijker is de conclusie van advocaat-generaal Pikamäe in de zaak Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie (C-885/19 P, EU:C:2021:1028, punt 118, volgens welke de nationale belastingautoriteiten over een beoordelingsmarge beschikken wegens het *approximatieve karakter* van de methoden voor de berekening van de verrekenprijzen).

[48] Lidstaten als de Bondsrepubliek Duitsland, die reeds een lange traditie met dergelijke bepalingen heeft, hebben nog steeds moeilijkheden bij het vinden van de juiste uitlegging. Dit blijkt uit het grote aantal rechterlijke beslissingen en de uitvoerigheid van de desbetreffende commentaren: zie bijvoorbeeld Fischer, P., in Hübschmann/Hepp/Spitaler (red.), *AO/FGO-Kommentar*, § 42 AO (stand: november 2022 – 200 bladzijden); Drüen, K.-D., in Tipke/Kruse (red.), *AO/FGO-Kommentar*, § 42 AO (stand: september 2022 – 85 bladzijden).
Tevens worden het Hof steeds weer vragen gesteld over de uitlegging van het algemene verbod van misbruik met betrekking tot constructies op het gebied van het Unierecht, waarvan de beantwoording dermate complex is dat de Grote kamer deze behandelt: zie bijvoorbeeld arresten van 26 februari 2019, T Danmark en Y Denmark (C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135); 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134), en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544).

149. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen moet een bepaling inzake rechtsmisbruik dwingend toepassing vinden. Daarbij kan het enkel gaan om constructies die kennelijk zijn omdat daarover al uitspraak is gedaan door de belastingrechters van de lidstaten (niet door de Commissie of het Gerecht). Dit geldt des te meer gelet op het feit dat volgens de rechtsspraak van het Hof de belastingplichtige in de regel vrij is om binnen de wettelijke grenzen de fiscale constructie te kiezen welke hem het meeste voordeel biedt. [49]

150. Gelet op de bijzonderheden van algemene bepalingen inzake rechtsmisbruik moet bij de toetsing van de toepassing van deze bepalingen aan de staatssteunregels de toetsingsmaatstaf juist worden beperkt tot een loutere aannemelijkheidscontrole. Het moet derhalve gaan om een kennelijk onjuiste toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik. Hiervan kan worden uitgegaan wanneer het voor niemand aannemelijk kan worden gemaakt waarom er in het individuele geval geen sprake van misbruik zou zijn.

b) Toepassing van deze beginselen op de onderhavige zaak

151. De Commissie en in navolging van haar het Gerecht (punten 398 e.v.) gaan in essentie terecht ervan uit dat artikel 6 StAnpG het referentiekader vormt. Ingevolge dit artikel is er sprake van misbruik wanneer is voldaan aan vier cumulatieve criteria, te weten het gebruik van privaatrechtelijke vormen en instellingen, de verlaging van de belastingdruk, het gebruik van een ongeschikt juridisch middel en het ontbreken van extrafiscale beweegredenen.

152. Het referentiekader kan in casu dus concreet worden bepaald wanneer vaststaat hoe het begrip „misbruik” in het Luxemburgse belastingrecht moet worden opgevat. In artikel 6 StAnpG wordt het begrip „misbruik” niet gedefinieerd. Voor de vaststelling van dat begrip in het Luxemburgse belastingrecht en bijgevolg van het referentiekader was een onderzoek van zowel de Luxemburgse rechtspraak als de Luxemburgse administratieve praktijk noodzakelijk geweest. In zoverre heeft het Gerecht in punt 409 reeds blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat geen rekening behoefde te worden gehouden met de Luxemburgse administratieve praktijk, aangezien de bepaling inzake rechtsmisbruik in casu geen uitleggingsproblemen opleverde.

153. Weliswaar heeft het Gerecht in punt 409 van het bestreden arrest opgemerkt dat de Commissie in haar besluit heeft verwezen naar een dienstmededeling van de Luxemburgse administratie en naar de Luxemburgse rechtspraktijk. Maar uit de betreffende passages van het besluit van de Commissie (punten 293-298), waarnaar het Gerecht verwijst, blijkt alleen dat de Commissie de vier voorwaarden voor toepassing van artikel 6 StAnpG algemeen heeft onderzocht doch niet de vraag hoe de Luxemburgse belastingdienst vergelijkbare fiscale constructies behandelt.

154. Voorts heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn eigen uitlegging in de plaats te stellen van de uitlegging van de Luxemburgse belastingdienst. Evenwel was een toetsing van de beslissing van de Luxemburgse belastingdienst op kennelijke fouten geboden (zie punt 150 hierboven).

[49] Zie arresten van 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 42); 22 december 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, Rn. 27); 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 36), en 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 73).

155. In casu is het evenwel niet duidelijk dat de bepaling inzake rechtsmisbruik had moeten worden toegepast. Met name staat niet vast dat de uitlegging van de Commissie en het Gerecht feitelijk zo uit het Luxemburgse recht voortvloeit. Dit kan bijvoorbeeld worden opgemaakt uit de uiteenzettingen over het criterium met betrekking tot het gebruik van een ongeschikt juridisch middel. Volgens de Luxemburgse rechtspraak, waarnaar de Commissie verwijst, moet dit criterium aldus worden uitgelegd dat een fiscale behandeling mogelijk wordt gemaakt die rechtstreeks in strijd is met de kennelijke bedoeling van de wetgever die overeenstemt met het doel of de opzet van de wet. Blijkens de uiteenzettingen van Luxemburg moeten er minstens twee mogelijkheden bestaan om het nagestreefde economische resultaat te behalen, waarvan er een ongeschikt is en leidt tot een fiscaal voordeel dat door een geschikte mogelijkheid niet zou zijn ontstaan.

156. Het Gerecht (punten 445 e.v.) onderzoekt op basis daarvan of door het gebruik van alternatieve financieringsmethoden uiteindelijk een dubbele niet-belasting zou zijn voorkomen. In dit verband neemt het Gerecht een financiering met een eigenvermogensinstrument, een niet-converteerbare lening of het sluiten van een rechtstreekse ZORA tussen de moedermaatschappij en de dochtervennootschap in aanmerking. Volgens de vaststellingen van het Gerecht zou elk geval een eenmalige belastingheffing hebben opgeleverd, wat Luxemburg en Engie ter terechtzitting echter nog steeds hebben betwist.

157. Het Gerecht heeft aldus in tweeërlei opzicht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Om te beginnen heeft het Gerecht de Luxemburgse bepalingen die de Commissie als referentiekader heeft gebruikt, net als zij, kennelijk onjuist toegepast en is het dus uitgegaan van een onjuist referentiekader. Artikel 6 StAnpG vereist dat de gekozen structuur een ongeschikt juridisch middel is. Het Gerecht en de Commissie hebben echter omgekeerd onderzocht of in plaats daarvan *andere* financieringsmethoden geschikt zouden zijn geweest. Evenwel behoort daaruit niet noodzakelijk a contrario te worden geconcludeerd dat de door Engie gekozen constructie alsdan daadwerkelijk ongeschikt is.

158. Voorts bestaat er een verschil van mening over het antwoord op de vraag of ook het gebruik van een rechtstreekse ZORA, dus zonder een intermediaire vennootschap, zou kunnen leiden tot een dubbele niet-belasting, aangezien de Commissie en in navolging van haar het Gerecht (punten 441 e.v.) de ongeschiktheid juist aan de complexiteit van de structuur koppelen. Dat is volgens mij niet duidelijk en sluit daarom kennelijk misbruik uit. Engie en de Commissie verschillen met name van mening over de rol van artikel 22 bis LIR. Op basis daarvan heeft de conversie van een lening onder specifieke voorwaarden niet tot gevolg dat kapitaalwinsten worden gerealiseerd. In zoverre lijkt het omstreden – wat ook ter terechtzitting duidelijk werd – of artikel 22 bis LIR überhaupt toepasselijk is en wat de gevolgen daarvan uiteindelijk zouden zijn. Het Hof kan dit in casu niet beoordelen. Indien zulke problemen bij de uitlegging van het nationale recht optreden, kan niet van kennelijk misbruik worden gesproken.

159. In het onderhavige geval staat juist niet vast dat enkel bij een financiering door een converteerbaar financieringsinstrument met een meerledige deelnemingsstructuur sprake zou zijn van een kennelijke strijdigheid met de bedoeling van de wetgever, temeer daar beide mogelijkheden in ondernemingsstructuren gangbaar zijn. Bovendien blijkt bij nader inzicht dat er geen sprake is van een dubbele niet-belasting bij de dochtervennootschappen op grond van de margebelasting. Veeleer wordt er een zeer lage belasting geheven op grond van de overeengekomen margebelasting, die de Commissie in het litigieuze besluit echter niet in aanmerking heeft genomen (zie de punten 84 en 85 hierboven).

160. Ten slotte kan alleen van verboden staatssteun in samenhang met een algemene bepaling inzake rechtsmisbruik worden uitgegaan wanneer de betroffen constructie niet voor alle ondernemingen in dezelfde mate openstond omdat de belastingdienst van de lidstaat in soortgelijke gevallen de bepaling inzake rechtsmisbruik zou hebben toegepast.

161. De Commissie moet daarom aantonen dat de Luxemburgse belastingdienst in andere juridisch of feitelijk soortgelijke gevallen artikel 6 StAnpG zou hebben toegepast. De vaststelling dat de bepaling inzake rechtsmisbruik jegens andere belastingplichtigen heel in het algemeen zou zijn toegepast, volstaat niet. Zoals Engie terecht heeft betoogd, blijkt hieruit niet dat de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik in het concrete geval discriminerend is.

162. Om die reden levert de niet-toepassing van artikel 6 StAnpG bij de afgifte van de fiscale rulings in casu geen selectief voordeel ten gunste van Engie op.

3. Samenvatting

163. Ook het tweede middel van de hogere voorziening moet derhalve gegrond worden verklaard. De Commissie en het Gerecht, dat de Commissie is gevolgd, hebben een onjuiste toetsingsmaatstaf toegepast door van de algemene bepaling inzake rechtsmisbruik van artikel 6 StAnpG een eigen uitlegging te geven teneinde de vermeende werkingssfeer ervan vast te stellen. In plaats daarvan hadden zij zich moeten baseren op de Luxemburgse administratieve praktijk en de uitlegging in Luxemburg. In zoverre is niet duidelijk en is evenmin door de Commissie aangetoond dat er sprake is van rechtsmisbruik, wat het Gerecht in punt 472 van het bestreden arrest heeft miskend.

C. Subsidiair: derde middel, schending van de algemene beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen

164. Met haar derde middel in hogere voorziening betoogt Engie dat het bevel tot terugvordering van de steun in strijd is met de algemene beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen. Luxemburg voert dit in zijn tweede middel eveneens aan. Dit middel hoeft echter niet diepgaand te worden onderzocht. Uit de gegrondheid van de eerste twee middelen volgt namelijk meteen dat het bestreden arrest moet worden vernietigd.

165. Mocht het Hof in verband met de algemene bepaling inzake rechtsmisbruik de beperkte toetsingsmaatstaf toch niet toepassen en concluderen dat er sprake was van een constructie die rechtsmisbruik in de zin van artikel 6 StAnpG opleverde, dan zou de vraag met betrekking tot de bescherming van het gewettigd vertrouwen wel relevant zijn. Om die reden zijn in dat verband wederom subsidiair enkele uiteenzettingen geboden.

166. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de intrekking van onrechtmatige steun door terugvordering ervan het logische gevolg van de vaststelling dat de steun onrechtmatig is. [50]

167. De verplichting tot terugvordering wordt met name beperkt door het vertrouwensbeginsel, dat een algemeen Unierechtelijk beginsel in de zin van artikel 16 van verordening 2015/1589 is. Uit vaste rechtspraak van het Hof kan echter worden afgeleid dat een terugvordering slechts in

[50] Zie het principearrest van 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, EU:C:1990:125, punt 66).

uitzonderingsgevallen uitgesloten is. Het Hof heeft geoordeeld dat iedere justitiabele bij wie een instelling, orgaan of instantie van de Unie, door hem nauwkeurige toezeggingen te doen, gegronde verwachtingen heeft gewekt, zich op het vertrouwensbeginsel kan beroepen. [51]

168. Daar staat tegenover dat toezeggingen van de lidstaat niet zouden volstaan in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel. [52] Dat zou betekenen dat het enkele feit dat in een fiscale ruling door de nationale autoriteiten een bepaalde fiscale behandeling is toegezegd, vanuit Unierechtelijk oogpunt geen bescherming van het gewettigd vertrouwen zou kunnen opleveren.

169. Fiscale rulings zijn echter een klassiek instrument waarmee de nationale belastingdienst rechtszekerheid kan garanderen, wat ook de Commissie heeft erkend (zie de punten 88 e.v. hierboven). Wanneer elke onjuiste rechtsopvatting door een overheidsinstantie ten gunste van de belastingplichtige een beroep op de bescherming van het gewettigd vertrouwen zou beletten, zouden de betreffende beslissingen sterk aan onherroepelijkheid inboeten, wat op gespannen voet zou komen te staan met het rechtszekerheidsbeginsel.

170. Wanneer het Hof niettemin gebruikmaakt van de beperkte toetsingsmaatstaf die in de onderhavige conclusie is voorgedragen als uitgangspunt voor een onjuiste rechtstoepassing, vervalt deze problematiek. Indien de fout bij de toepassing van het nationale belastingrecht niet kennelijk is, is er al geen sprake van staatssteun. Daarentegen kan er wel sprake zijn van staatssteun wanneer een onjuiste rechtstoepassing kennelijk is en tevens voor een derde niet aannemelijk kan worden gemaakt. Is dat het geval, dan is de „rechtsschending" ook voor de belastingplichtige kenbaar. Hij kan dan niet steunen op beschermwaardig vertrouwen. Daaraan doet in dat geval ook de (dan kennelijk onrechtmatige) toezegging in de vorm van een bestuurshandeling niet meer af.

D. Aanvullende middelen van Luxemburg

171. Met zijn derde middel van de hogere voorziening voert Luxemburg aan dat de artikelen 4 en 5 VEU zijn geschonden doordat het Gerecht zich heeft ingemengd in de fiscale autonomie van de lidstaten. Met zijn vierde middel stelt Luxemburg dat het Gerecht de motiveringsplicht niet is nagekomen. Deze middelen hoeven echter niet diepgaand te worden onderzocht. Uit de gegrondheid van de eerste twee middelen volgt namelijk meteen dat het bestreden arrest moet worden vernietigd.

E. Beroep bij het Gerecht

172. Overeenkomstig artikel 61, lid 1, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, of de zaak voor afdoening terugverwijzen naar het Gerecht.

173. Het is twijfelachtig of de zaak in staat van wijzen is omdat de Commissie in haar besluit aan de hand van vier verschillende redeneringen tot de slotsom is gekomen dat er sprake is van selectiviteit. Engie en Luxemburg komen in hun beroepen tegen alle redeneringen op. Het

[51] Zie arresten van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punt 147); 16 december 2010, Kahla/Thüringen Porzellan/Commissie (C-537/08 P, EU:C:2010:769, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 5 maart 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, punt 97).

[52] Zie arrest van 20 maart 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, EU:C:1997:163, punten 34 e.v.), en zeer vergaand tevens arrest van 26 april 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, punten 75 e.v.).

Gerecht heeft in zijn arrest (punt 382 gelezen in samenhang met de punten 230 en 231) uiteengezet dat wanneer het dispositief van een besluit van de Commissie is gebaseerd op meerdere redeneringen, die elk op zich beschouwd als grondslag voor dat dispositief zouden volstaan, het besluit in beginsel slechts dan nietig dient te worden verklaard indien elk van die redeneringen onwettig is.

174. Het Gerecht heeft in zijn arrest daarom uitsluitend de redeneringen van de Commissie met betrekking tot de artikelen 164 en 166 LIR en de onjuiste toepassing van artikel 6 StAnpG beoordeeld en geconcludeerd dat er volgens beide benaderingen sprake is van selectiviteit. De andere twee redeneringen aan de hand waarvan selectiviteit is afgeleid[53], heeft het Gerecht niet beoordeeld. Nietigverklaring van het besluit van de Commissie kan echter slechts in overweging komen wanneer deze twee redeneringen evenmin uitmonden in de bevinding dat de bij de fiscale rulings toegezegde fiscale behandeling selectief is.

175. Volgens het Hof kan de zaak in een dergelijk geval niettemin in staat van wijzen zijn wanneer over de andere middelen voor het Gerecht de standpunten zijn uitgewisseld en het onderzoek daarvan niet vereist dat enige extra maatregel tot organisatie van de procesgang of van instructie van het dossier wordt vastgesteld.[54]

176. In casu is dat het geval. Over alle door Engie aangevoerde middelen die de selectiviteit van de door de fiscale rulings toegezegde fiscale behandeling betreffen, zijn althans in de loop van de procedure bij het Gerecht de standpunten uitgewisseld, aangezien Engie in haar beroep is opgekomen tegen alle mogelijkheden die tot de bevinding van selectiviteit leiden. Bovendien betwisten partijen weliswaar de wijze waarop het recht van het Groothertogdom Luxemburg moet worden uitgelegd, maar is er geen bewijslevering nodig om het geding te beslechten. Ten slotte zijn voor de twee redeneringen waaruit selectiviteit kan worden afgeleid die niet door het Gerecht zijn beoordeeld, in wezen dezelfde fundamentele overwegingen en feiten relevant, net als voor het specifieke referentiekader dat het Hof hoe dan ook uitvoerig moet onderzoeken. Indien om deze redenen het besluit rechtmatig zou blijken, is de hogere voorziening ongegrond.

177. Ik zal daarom hierna enige toelichting geven bij de selectiviteit van de bij de fiscale rulings toegezegde fiscale behandeling, voor zover deze selectiviteit volgens de Commissie kan worden afgeleid uit een ruim referentiekader dat bestaat uit het algemene vennootschapsbelastingstelsel (onder 1). Tot slot zal ik tevens onderzoeken of door de Commissie op een begrijpelijke wijze is uiteengezet dat er sprake is van selectiviteit in het licht van het ruime referentiekader met betrekking tot de Engie-groep, die met name bestaat uit de betrokken moedermaatschappijen, de intermediaire vennootschappen en de dochtervennootschappen (onder 2).

1. Selectiviteit gerelateerd aan een ruim referentiekader

178. De Commissie gaat in haar besluit (punten 171 e.v.) primair ervan uit dat het referentiekader bestaat uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel en concludeert uiteindelijk eveneens dat er sprake is van selectiviteit bij de niet-belasting van de kapitaalwinsten op het niveau van LNG Holding.

[53] Zie dienaangaande punt 177 en punten 46 e.v.

[54] Arrest van 8 september 2020, Commissie en Raad/Carreras Sequeros e.a. (C-119/19 P en C-126/19 P, EU:C:2020:676, punt 130).

179. De vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen resulteert uit een – volgens de Commissie onjuiste – toepassing van de deelnemingsvrijstelling van artikel 166 LIR. De grief van de Commissie houdt dus wederom in dat de inkomsten uit deelnemingen niet worden belast, hoewel het economische equivalent in de vorm van de ZORA-aanwas fiscaal aftrekbaar was van het belastbare inkomen van LNG Supply.

180. Zoals reeds is toegelicht, kan een dergelijk correspondentiebeginsel niet uit het nationale recht van het Groothertogdom Luxemburg worden afgeleid (zie de punten 102 e.v. alsmede 115 e.v. hierboven). Derhalve heeft ook het gebruik van een referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel geen invloed op het hierboven vastgestelde resultaat.

181. De deelnemingsvrijstelling (belastingvrijstelling voor winstuitkeringen aan de moedermaatschappij) moet ook wanneer het referentiekader uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel bestaat, als inherent onderdeel van het referentiekader zelf worden beschouwd. Zij valt dus onder de fiscale soevereiniteit van Luxemburg. Luxemburg kon bijgevolg beslissen of het al dan niet voorziet in een regeling ter voorkoming van een economische dubbele belasting binnen groepsstructuren en hoe aan deze regeling precies wordt vormgegeven.

182. Wanneer deze bepaling – zoals hierboven is uiteengezet – relevant is, kan ook indien het algemene vennootschapsbelastingstelsel als referentiekader wordt gebruikt, geen sprake zijn van een selectieve, voordelige behandeling door de toepassing van die bepaling.

2. Selectiviteit gerelateerd aan de gevolgen van de fiscale behandeling voor de gehele ondernemingsgroep

183. Tot slot komt de Commissie in het litigieuze besluit (punten 237 e.v.) tot de bevinding dat de fiscale behandeling van Engie selectief is, op basis van een benadering die gerelateerd is aan de gehele groep. Deze redenering berust op hetzelfde uitgangspunt als de benadering waarbij het algemene vennootschapsbelastingstelsel als referentiekader wordt gehanteerd. De Commissie verbreedt haar perspectief in zoverre dat zij zich hier baseert op het totale belastbare inkomen van de Engie-groep.

184. De Commissie stelt dat de steunregelingen niet van toepassing zijn op de afzonderlijke vennootschappen van een onderneming, maar dat het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip geldt. Alle in casu betrokken vennootschappen zijn deel van een onderneming in de zin van het mededingingsrecht. De reeds omschreven, hieruit resulterende fiscale behandeling omvat, anders dan de besluiten van de Commissie inzake de groepsrentebox [55] en Fiat [56], geen grensoverschrijdende componenten, zodat het niet inconsistent is wanneer de Commissie een benadering kiest die uitgaat van de gehele groep.

185. Als referentiekader neemt de Commissie (punten 245 e.v.) wederom het vennootschapsbelastingstelsel van het Groothertogdom Luxemburg. Zij beperkt haar analyse tot de fiscale behandeling van groepsinterne financieringstransacties. Op basis daarvan is niet voorzien in een verlaging van het gezamenlijke belastbare inkomen die onafhankelijk is van de

[55] Beschikking 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 2009, L 288, blz. 26).

[56] 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 2016, L 351, blz. 1).

financieringsmethode volgens Luxemburgs belastingrecht. Zij licht dit toe aan de hand van de reeds omschreven alternatieve mogelijkheden om een financiering te waarborgen, die elk zouden leiden tot een eenmalige belasting. Bovendien kan het doel van de belastingheffing over de winst van ondernemingen worden opgemaakt uit het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel. Hieruit zou direct blijken dat een verlaging van het totale belastbare inkomen van een ondernemingsgroep niet is toegestaan. Alle ondernemingsgroepen die groepsinterne financieringstransacties verrichten, zijn vergelijkbaar. Voorts staat de financieringsstructuur niet open voor alle ondernemingen. Evenmin is een rechtvaardiging mogelijk.

186. De redenering van de Commissie wijkt slechts van haar andere uiteenzettingen af voor zover zij uitgaat van de relevantie van het gezamenlijke belastbare inkomen van de Engie-groep en die groep, met toepassing van het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip, als ontvanger van de steunmaatregel heeft gekwalificeerd. Zelfs de laatste stelling is niet overtuigend wanneer de betrokken nationale belastingwet geen groepsbelasting kent dan wel hiervan geen gebruik is gemaakt. Zij is dus in strijd met het gebruikelijk in het belastingrecht geldende beginsel van subjectgerichte belasting.

187. Uiteindelijk leidt de Commissie het bestaan van een selectief voordeel bovendien wederom uitsluitend af uit het feit dat het doel van de belasting over de winst van ondernemingen kan worden opgemaakt uit het Luxemburgse vennootschapsbelastingrecht. Dit is weliswaar juist, maar in dit verband moet ook worden opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling een inherent onderdeel is van het Luxemburgse belastingrecht (zie de punten 180 e.v. hierboven) en dit doel in zoverre wijzigt. Daarbij komt dat de operationele winsten van de dochtervennootschappen ook worden belast, alleen volgens een andere methode. Deze andere methode heeft de Commissie echter niet nader onderzocht.

188. Uiteindelijk heeft de Commissie dus ook in dit verband niet aangetoond dat de via de ZORA-aanwas aan de Engie-groep toegezegde fiscale behandeling als selectief in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU moet worden beschouwd.

3. Conclusie betreffende het beroep bij het Gerecht

189. Aangezien de Commissie, ook gelet op de in het arrest niet behandelde aanknooppunten voor het bestaan van een selectief voordeel, niet heeft voldaan aan de aan haar opgelegde bewijslast, kan het litigieuze besluit in zijn geheel nietig worden verklaard zonder terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht.

VI. Kosten

190. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet, over de kosten.

191. Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Overeenkomstig de conclusies van Engie en Luxemburg dient de Commissie te worden verwezen in de kosten die Luxemburg en Engie hebben gemaakt in de onderhavige procedure in hogere voorziening.

192. Aangezien de Commissie in beide instanties in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de conclusies van rekwiranten in de kosten van de procedures in beide instanties te worden verwezen.

193. Volgens artikel 184 juncto artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten en de instellingen die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten. Ierland, dat in het geding heeft geïntervenieerd, dient derhalve zijn eigen kosten in het kader van de onderhavige hogere voorziening te dragen.

VII. Conclusie

194. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging in zaak C-454/21 P te beslissen als volgt:

„1) Het arrest van het Gerecht van 12 mei 2021, Luxemburg e.a./Commissie (T-516/18 en T-525/18, EU:T:2021:251), wordt vernietigd.

2) 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 (PB 2019, L 78, blz. 1), wordt nietig verklaard.

3) De Europese Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten alsmede in die van Engie Global LNG Holding Sàrl, Engie Invest International SA en Engie SA die in beide instanties zijn ontstaan. Ierland wordt verwezen in zijn eigen kosten in de procedure in hogere voorziening en in de procedure in eerste aanleg."

195. Voorts geef ik het Hof in overweging in zaak C-451/21 P te beslissen als volgt:

„1) Het arrest van het Gerecht van 12 mei 2021, Luxemburg e.a./Commissie (T-516/18 en T-525/18, EU:T:2021:251), wordt vernietigd.

2) 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 (PB 2019, L 78, blz. 1), wordt nietig verklaard.

3) De Europese Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten alsmede in die van het Groothertogdom Luxemburg die in beide instanties zijn ontstaan. Ierland wordt verwezen in zijn eigen kosten in de procedure in hogere voorziening en in de procedure in eerste aanleg."