



# Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

5. december 2023\*

»Appel – statsstøtte – artikel 107, stk. 1, TEUF – forhåndstilsagn på skatteområdet fra en medlemsstat – støtte, der er erklæret uforenelig med det indre marked – forpligtelse til at tilbagesøge denne støtte – begrebet »fordel« – fastlæggelse af referencerammen – »normal« beskatning i henhold til national ret – Domstolens efterprøvelse af Den Europæiske Unions Rets fortolkning og anvendelse af national ret – direkte beskatning – indskrænkende fortolkning – Europa-Kommissionens beføjelser – begrundelsespligt – retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder – begrebet »misbrug af rettigheder« – skatteforvaltningen i den pågældende medlemsstats ex ante-vurdering – retssikkerhedsprincippet«

I de forenede sager C-451/21 P og C-454/21 P,

angående to appeller i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat henholdsvis den 21. og den 22. juli 2021,

**Storhertugdømmet Luxembourg** ved A. Germeaux, T. Schell og T. Uri, som befuldmægtigede, bistået af avocats J. Bracker og D. Waelbroeck samt rådgiver A. Pesch (sag C-451/21 P),

**Engie Global LNG Holding Sàrl**, Luxembourg (Luxembourg),

**Engie Invest International SA**, Luxembourg,

**Engie SA**, Courbevoie (Frankrig),

først ved avocats B. Le Bret, F. Pili, C. Rydzynski og M. Struys, derefter ved avocats M. Gouraud, B. Le Bret, F. Pili, J. Schaffner og M. Struys (sag C-454/21 P),

appellanter,

de øvrige parter i appelsagen:

**Europa-Kommissionen** ved J. Carpi Badía og B. Stromsky, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

**Irland**,

intervenient i første instans (sag C-451/21 P),

\* Processprog: fransk.

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, L. Bay Larsen, afdelingsformændene A. Arabadjiev, C. Lycourgos, E. Regan, T. von Danwitz, F. Biltgen og Z. Csehi, samt dommerne, M. Safjan, S. Rodin, N. Wahl (refererende dommer), J. Passer, D. Gratsias, M.L. Arastey Sahún, og M. Gavalec,

generaladvokat: J. Kokott,

justitssekretær: fuldmægtig C. Di Bella,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 30. januar 2023,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 4. maj 2023,

afsagt følgende

**Dom**

- 1 Med deres respektive appeller har dels Storhertugdømmet Luxembourg (sag C-451/21 P), dels Engie Global LNG Holding Sàrl, Engie Invest International SA og Engie SA (sag C-454/21 P) (herefter samlet »Engie m.fl.«) nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 12. maj 2021, Luxembourg m.fl. mod Kommissionen (T-516/18 og T-525/18, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2021:251), hvorved Retten frifandt Kommissionen i de søgsmål, som appellanterne havde anlagt med påstand om annullation af Kommissionens afgørelse (EU) 2019/421 af 20. juni 2018 om statsstøtte SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) iværksat af Luxembourg til fordel for Engie (EUT 2019, L 78, s. 1, herefter »den omtvistede afgørelse«).

**I. Sagens baggrund**

- 2 Sagens baggrund, således som den er gengivet i den appellerede doms præmis 1-98, kan sammenfattes på den følgende måde.

**A. De omhandlede selskaber**

- 3 Engie-koncernen består af Engie, et selskab med hjemsted i Frankrig, og samtlige de selskaber, som af dette selskab kontrolleres direkte eller indirekte. Koncernen er et resultat af en fusion mellem de franske koncerner Suez og Gaz de France. I Luxembourg ejer Engie-koncernen bl.a. Compagnie européenne de financement C.E.F. SA (herefter »CEF«), der blev stiftet i Luxembourg i 1933, nu Engie Invest International i 2015.
- 4 CEF, hvis selskabsformål var at erhverve kapitalandele i Luxembourg og i udenlandske enheder samt at forvalte, udnytte og kontrollere disse andele, ejede hele kapitalen i flere luxembourgske selskaber, herunder for det første GDF Suez Treasury Management Sàrl (herefter »GSTM«), nu

Engie Treasury Management Sàrl, for det andet Electrabel Invest Luxembourg SA (herefter »EIL«) og for det tredje GDF Suez LNG Holding Sàrl (herefter »LNG Holding«), der blev stiftet i 2009, nu Engie Global LNG Holding.

- 5 I 2009 oprettede Engie-koncernen to datterselskaber i Luxembourg, GDF Suez LNG Luxembourg Sàrl (herefter »LNG Luxembourg«) og GDF Suez LNG Supply SA (herefter »LNG Supply«). I slutningen af 2009 overtog LNG Holding kontrollen med disse to datterselskaber, som tidligere blev udøvet af et andet selskab i denne koncern, Suez LNG Trading SA (herefter »LNG Trading«). LNG Holding ejede hele kapitalen i LNG Luxembourg og LNG Supply.

## **B. Forhåndstilsagnene fra skattemyndighederne**

- 6 En række interne transaktioner i Engie-koncernen har været genstand for forhåndstilsagn fra den luxembourgiske skatteforvaltnings side. Disse vedrører to grupper af transaktioner, der har en lignende økonomisk og retlig struktur, hvilken kan beskrives på følgende måde.
- 7 Et selskab i Engie-koncernen afstår de aktiver, der udgør dets erhvervmæssige virksomhed, til et datterselskab (herefter »datterselskabet«). Med henblik på at finansiere dette køb udsteder datterselskabet hos et mellemliggende selskab (herefter »mæglersekskabet«) et lån med en løbetid på 15 år, der obligatorisk konverteres til aktier ved forfaldstidspunktet. Dette lån giver ikke anledning til betaling af renter til mæglersekskabet, men konverteres til aktier på forfaldstidspunktet. Denne konvertering tager hensyn til långiverens – dvs. datterselskabets – enten negative eller positive resultater i lånets løbetid. Denne type kontrakt om et rentefrit, obligatorisk konvertibelt lån benævnes »ZORA-lån« (zéro-intérêts obligation remboursable en actions).
- 8 Vederlaget til mæglersekskabet, der har optaget lånet, indekseres således efter datterselskabets resultater. Når lånet indfries, skal sidstnævnte således ved at udstede aktier tilbagebetale det nominelle lånebeløb, forhøjet med en præmie bestående af hele det overskud, som datterselskabet har genereret i lånets løbetid, og hvilken kvalificeres som »ZORA-tilvæksten«. Fra dette præmiebeløb trækkes det beløb, der fremkommer ved anvendelsen af en procentsats svarende til den beskatning, der er aftalt med de luxembourgiske skattemyndigheder. I tilfælde af et datterselskabs underskud i et eller flere regnskabsår tages der hensyn til dette underskud på samme måde, således at overskuddet reduceres med henblik på beregningen af det endelige præmiebeløb. Der er i så fald tale om »ZORA-nedskrivninger«.
- 9 For at finansiere dets optagelse af lånet anvender mæglersekskabet en forudbetalt terminskontrakt (herefter »den forudbetalte terminskontrakt«), der er indgået med et holdingselskab (herefter »holdingselskabet«), som er eneaktionær i både datterselskabet og mæglersekskabet. Ved indgåelsen af denne kontrakt betaler holdingselskabet mæglersekskabet et beløb, der svarer til det nominelle ZORA-beløb, til gengæld for hvilket mæglersekskabet overdrager rettighederne til de aktier, der vil blive udstedt ved udløbet af ZORA-lånet, til holdingselskabet, herunder dem, der i givet fald svarer til den samlede værdi af ZORA-tilvæksten.
- 10 Det første sæt forhåndstilsagn fra den luxembourgiske skatteforvaltning vedrører finansieringen af overdragelsen af LNG Tradings aktiviteter i sektoren for flydende naturgas og heraf afledte produkter til LNG Supply. Fem anmodninger om forhåndstilsagn blev indgivet af de selskaber, der var berørt af denne overdragelse, fra den 9. september 2008 til den 20. september 2013, som de luxembourgiske skattemyndigheder besvarede ved fem forhåndstilsagn, der blev vedtaget mellem den 9. september 2008 og den 13. marts 2014.

- 11 I overensstemmelse med de mekanismer, der er beskrevet i denne doms præmis 7-9, fremgår det af dette første sæt forhåndstilsagn, at datterselskabet LNG Supply skulle erhverve aktiviteterne køb, salg, transaktioner på finansmarkederne og transport af flydende naturgas og heraf afledte produkter fra LNG Trading til en anslået pris på 750 mio. amerikanske dollar (USD) (ca. 507 mio. EUR i medfør af den vekselkurs, der er fastsat i den omtvistede afgørelse, og som også er anvendt for de øvrige beløb i nærværende præmis samt i denne doms præmis 12 og 16). Selskabet skulle finansiere denne erhvervelse ved hjælp af et ZORA-lån, der var optaget af LNG Luxembourg, som var mægglerselskabet, ved hvis udløb LNG Supply skulle konvertere det nominelle ZORA-beløb til aktier i LNG Luxembourg, i givet fald forhøjet med ZORA-tilvæksten. LNG Luxembourg skulle betale det nødvendige beløb til tegningen af det nominelle ZORA-beløb ved at indgå en forudbetalt terminskontrakt med LNG Holding, holdingselskabet, svarende til dette beløb. I denne kontrakt var det fastsat, at de aktier, som LNG Supply oprindeligt havde overført til LNG Luxembourg, skulle overdrages til LNG Holding i forbindelse med konverteringen af ZORA-lånet til en værdi, der, afhængigt af LNG Supplys resultater, omfattede ZORA-tilvæksten.
- 12 Det fremgår af de kontrakter, som disse forskellige selskaber underskrev, at kontrakten om LNG Tradings overdragelse af aktiver svarende til dets kommercielle virksomhed til LNG Supply i forbindelse med gennemførelsen af de mekanismer, der blev godkendt inden for rammerne af det første sæt forhåndstilsagn, blev undertegnet den 30. oktober 2009 og vedrørte et beløb på 657 mio. USD (ca. 444 mio. EUR). Dette beløb blev betalt af LNG Supply med to egenveksler på 11 mio. USD (ca. 7 mio. EUR) og 646 mio. USD (ca. 437 mio. EUR). Samme dag indgik LNG Supply og LNG Luxembourg et ZORA-lån til et nominelt beløb på 646 mio. USD (ca. 437 mio. EUR), som skulle udløbe den 30. oktober 2024, men som delvist blev konverteret før tiden i 2014. Den 30. oktober 2009 indgik LNG Luxembourg og LNG Holding en forudbetalt terminskontrakt svarende til ZORA-lånets nominelle beløb.
- 13 Ud fra et skattemæssigt synspunkt svarer beskatningsgrundlaget for LNG Supplys skat for et givet regnskabsår i henhold til det første sæt forhåndstilsagn til en margin, der er aftalt med de luxembourgiske skattemyndigheder, svarende til en andel af værdien af de bruttoaktiver, der er opført i dette selskabs regnskab. Forskellen mellem det overskud, der faktisk er opnået for dette regnskabsår, og denne skattepligtige margin udgør ZORA-tilvæksten i det pågældende regnskabsår, som anses for fradragsberettigede omkostninger forbundet med ZORA-lånet.
- 14 LNG Luxembourg har i henhold til det første sæt forhåndstilsagn en option, der består i enten at beholde ZORA-lånet til dets nominelle værdi i regnskabet eller, hvis dette ikke er muligt, at forhøje eller nedsætte denne værdi som følge af ZORA-tilvækst eller ZORA-nedskrivninger mellem tidspunktet for indgåelsen af ZORA-lånet og tidspunktet for dets konvertering eller førtidig indfrielse. Ved konverteringen af lånet til aktier kan LNG Luxembourg vælge at anvende artikel 22a i loi du 4 décembre 1967, concernant l'impôt sur le revenu (lov af 4.12.1967 om indkomstskat) (*Mémorial A 1967*, s. 1228), som ændret (herefter »indkomstskatteloven«), som giver mulighed for ikke at beskatte den værditilvækst, der svarer til ZORA-tilvæksten som følge af denne konvertering.
- 15 Det første sæt forhåndstilsagn fastsætter desuden, at LNG Holding skal bogføre den betaling, der er modtaget i henhold til den forudbetalte terminskontrakt for selskabets finansielle aktiver, til kostprisen. Selskabet bogfører således indtil konverteringen af ZORA-lånet ikke nogen indkomst og kan derfor ikke fradrage nogen omkostninger i forbindelse med denne aftale. For så vidt som betingelserne i indkomstskattelovens artikel 166 er opfyldt, er alle indtægter, navnlig udbytte og

kapitalgevinster, der er knyttet til LNG Holdings kapitalandele i dets luxembourgske datterselskaber, herunder de LNG Supply-aktier, som LNG Luxembourg overførte efter konverteringen af ZORA-lånet til aktier, imidlertid fritaget for indkomstskat.

- 16 I praksis bogførte LNG Supply det nominelle ZORA-lån fra 2009 til 2013 som et passiv i regnskabet. I 2014 nedsatte LNG Supply dette beløb med 193,8 mio. USD (ca. 163,3 mio. EUR) for at tage hensyn til den førtidige delvise konvertering af ZORA-lånet til aktier. Den værditilvækst på 506,2 mio. USD (ca. 425,2 mio. EUR), som LNG Holding realiserede som følge af denne delvise konvertering, blev fritaget for indkomstskat i henhold til indkomstskattelovens artikel 166. LNG Supply ajourførte det resterende nominelle ZORA-beløb, der var opført i regnskabet som et passiv, under hensyntagen til ZORA-nedskrivningerne.
- 17 Det andet sæt forhåndstilsagn vedrører overførslen til GSTM af CEF's forvaltnings- og likviditetsstyringsforretning samt dettes finansieringsforretning. To anmodninger om forhåndstilsagn blev indgivet af de selskaber, der var berørt af denne overførsel, den 9. februar 2010 og den 15. juni 2012, som de luxembourgske skattemyndigheder besvarede ved to forhåndstilsagn, der blev vedtaget på disse datoer.
- 18 Ifølge disse forhåndstilsagn skulle GSTM, datterselskabet, overtage CEF's forretning som beskrevet i denne doms præmis 17 for et beløb på 1 036 912 506,84 EUR. Selskabet skulle finansiere denne erhvervelse ved hjælp af et ZORA-lån, der var optaget af EIL, som var mægler-selskabet, ved hvis udløb GSTM skulle konvertere det nominelle ZORA-beløb til aktier i EIL, i givet fald forhøjet med ZORA-tilvæksten. EIL skulle betale det nødvendige beløb til tegning af ZORA-lånets nominelle beløb ved at indgå en forudbetalt terminskontrakt svarende til dette beløb med CEF – som inden for rammerne af det andet sæt forhåndstilsagn både var det selskab, der overdrog sine aktiviteter, og det holdingselskab, der indskød midlerne til mægler-selskabet. Denne kontrakt skulle indeholde bestemmelser om overdragelse til CEF af de aktier, der oprindeligt blev overført til EIL, i forbindelse med konverteringen af ZORA-lånet til en værdi, der afhænger af GSTM's resultater omfattede ZORA-tilvæksten.
- 19 I henhold til dette andet sæt forhåndstilsagn indgik GSTM to ZORA-kontrakter med EIL den 17. juni 2011 og den 30. juni 2014, til udløb den 17. juni 2026, og som vedrørte et beløb på 1 036 912 506,84 EUR. EIL og CEF indgik den 17. juni 2011 en forudbetalt terminskontrakt svarende til udstedelseskursen for ZORA-lånet.
- 20 Hvad angår den skattemæssige behandling af det andet sæt forhåndstilsagn finder bemærkningerne vedrørende det første sæt af disse tilsagn, der er gengivet i denne doms præmis 13-15, tilsvarende anvendelse. Det skal blot bemærkes, at det fremgår af den omtvistede afgørelses punkt 64 og af Storhertugdømmet Luxembourgs erklæringer, der er gengivet heri, at den margin, der var aftalt med skatteforvaltningen i denne medlemsstat, og som udgjorde beskatningsgrundlaget for GSTM, ikke blev ændret på trods af Engie-koncernens anmodning herom.
- 21 Det fremgår af GSTM's regnskabsindberetninger og selvangivelser, at GSTM har opført ZORA-tilvæksten som et passiv i sine årlige balancer som modydelse for den tilsvarende udgift i resultatopgørelsen, eftersom der er tale om et beløb, som GSTM ved ZORA-lånets udløb skal konvertere til aktier, der vil blive overført til EIL og dernæst til CEF. Dette beløb fremgår for årene 2011 til 2016 af tabel 2, der følger efter 73. betragtning til den omtvistede afgørelse. Europa-Kommissionen har i 74. og 75. betragtning til denne afgørelse og i de tabeller, der er indsat

heri, redegjort for konsekvenserne af det andet sæt forhåndstilsagn for beskatningen af GSTM. Ligesom LNG Holding bogførte CEF sine kapitalandele i sine datterselskaber som berettigede til skattefritagelse i henhold til indkomstskattelovens artikel 166.

### C. Den administrative procedure

- 22 Den 23. marts 2015 sendte Europa-Kommissionen en anmodning til Storhertugdømmet Luxembourg om oplysninger vedrørende landets praksis for forhåndstilsagn fra skattemyndighederne til selskaber i Engie-koncernen. Den pågældende medlemsstat besvarede denne anmodning den 25. juni 2015. På grundlag af de fremlagte dokumenter meddelte Kommissionen ved skrivelse af 1. april 2016 Storhertugdømmet Luxembourg, at den ikke kunne udelukke muligheden for, at de omhandlede forhåndstilsagn indeholdt et statsstøtteelement, der var uforeneligt med det indre marked.
- 23 Den 19. september 2016 indledte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure efter artikel 108, stk. 2, TEUF. Beslutningen om at indlede denne procedure blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 3. februar 2017.
- 24 Der fandt forskellige skriftvekslinger sted, og der blev afholdt et møde den 1. juni 2017 inden for rammerne af den nævnte procedure, hvis nærmere indhold fremgår af den appellerede doms præmis 55-62.

### D. Den omtvistede afgørelse

- 25 Den 20. juni 2018 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse, hvorved den i det væsentlige fastslog, at Storhertugdømmet Luxembourg gennem sin skatteforvaltning i strid med artikel 107, stk. 1, TEUF og artikel 108, stk. 3, TEUF havde indrømmet Engie-koncernen – der blev anset for at være én og samme økonomiske enhed – en selektiv fordel.
- 26 Kommissionen betvivlede ikke lovligheden ifølge luxembourgsk skatteret af den samlede finansieringsstruktur, som Engie-koncernen havde skabt til overførsel af LNG Tradings aktiviteter på den ene side og CEF på den anden side, men anfægtede denne konstruktions virkninger for denne concerns samlede skyldige skat, idet den i det væsentlige indebar, at stort set hele det overskud, som Engies datterselskaber realiserede i Luxembourg, reelt ikke blev beskattet, bl.a. på grund af skattefritagelsen i indkomstskattelovens artikel 166.
- 27 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt de omhandlede forhåndstilsagn kan tilregnes medlemsstaten, følger dette ifølge Kommissionen af, at disse afgørelser blev truffet af den luxembourgiske skatteforvaltning og medførte et tab af skatteindtægter.
- 28 Hvad angår tildelingen af en økonomisk fordel fandt Kommissionen, at fordelene bestod i den manglende beskatning af indtægter fra dels LNG Holdings, dels CEF's kapitalandele. Disse indtægter svarer ud fra et økonomisk synspunkt til ZORA-tilvæksten, som henholdsvis LNG Supply og GSTM trak fra i deres skattepligtige indkomst som omkostninger.
- 29 Ifølge Kommissionen beskattes ZORA-tilvæksten hverken hos datterselskaberne, mæglerelskaberne eller holdingselskaberne, idet datterselskaberne kun betaler en skat, hvis beskatningsgrundlag svarer til en begrænset margin, der er aftalt med de luxembourgiske skattemyndigheder.

- 30 Kommissionen anførte således, at datterselskaberne hvert år på grund af den fremtidige konvertering af det omhandlede ZORA-lån foretog regnskabsmæssige henlæggelser svarende til ZORA-tilvæksten, der blev betragtet som fradragsberettigede omkostninger. Mæglersekskaberne blev ikke beskattet af ZORA-tilvæksten, eftersom mæglersekskaberne ved konverteringen af ZORA-lånene i henhold til de forudbetalte terminskontrakter, der var indgået med de pågældende holdingselskaber, ville lide et tab af samme størrelse som denne tilvækst. Endelig beskattedes de pågældende holdingselskaber, der er indehavere af aktierne i datterselskaberne ved udløbet af ZORA-lånene i henhold til de forudbetalte terminskontrakter, heller ikke, for så vidt som de indtægter fra kapitalandele, som de opnår ved konverteringen af ZORA-lånene, ifølge de omhandlede forhåndstilsagn er fritaget for skat i henhold til indkomstskattelovens artikel 166.
- 31 Kommissionen støttede sig, som det bl.a. fremgår af 163.-170. og 237. betragtning til den omtvistede afgørelse, principalt på tre begrundelser for at fastslå, at de omhandlede forhåndstilsagn var selektive. De to første begrundelser vedrører eksistensen af en selektiv fordel for holdingselskaberne baseret på først en referenceramme, der omfatter det luxembourgse selskabsskattesystem, og dernæst en referenceramme, der er begrænset til bestemmelserne i luxembourgsk ret om beskatning af udloddet overskud og skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele. Den tredje begrundelse vedrører eksistensen af en fordel i Engie-koncernen i lyset af en referenceramme, der omfatter det luxembourgse selskabsskattesystem. Det fremgår endvidere af 289. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen ved en fjerde og subsidær begrundelse fandt, at der forelå en selektiv fordel som følge af de luxembourgse skattemyndigheders manglende anvendelse af artikel 6 i Steueranpassungsgesetz (lov om skattetilpasning) af 16. oktober 1934 (*Mémorial* A 1934, s. 9001) (herefter »skattetilpasningsloven«) vedrørende misbrug af rettigheder. Kommissionen fandt i øvrigt, at denne selektive fordel ikke var berettiget.
- 32 Hvad angår den første begrundelse anførte Kommissionen, at de omhandlede forhåndstilsagn gav Engie-koncernen en selektiv fordel på holdingselskabsniveau, idet de afveg fra det luxembourgse selskabsskattesystem, der fulgte af indkomstskattelovens artikel 18, 23, 40, 159 og 163, hvorefter selskaber, der har hjemsted i Luxembourg, og som er selskabsskattepligtige i nævnte stat, beskattes af deres overskud, således som det fremgår af deres regnskaber. Den fandt, at identificeringen med henblik på fastlæggelsen af en referenceramme af et formål, der kan udledes af disse bestemmelser, var i overensstemmelse med Domstolens praksis, og at dette formål, nemlig at beskatte overskuddet hos alle selskaber, der er skattepligtige i Luxembourg, klart fremgik af de nævnte bestemmelser. Kommissionen tilføjede, at en hensyntagen til en referenceramme, der omfatter det luxembourgse selskabsskattesystem, ligeledes var i overensstemmelse med denne retspraksis, idet Domstolen gentagne gange har fastslået, at referencerammen, når der er tale om foranstaltninger vedrørende selskabsbeskatning, kan defineres i lyset af skattesystemet for disse selskaber og ikke på grundlag af de særlige bestemmelser, der finder anvendelse på visse skatteydere eller på visse transaktioner.
- 33 De luxembourgse skattemyndigheder afveg imidlertid ved de omhandlede forhåndstilsagn fra denne ramme ved at tillade, at de berørte holdingselskabers indtægter fra kapitalandele, der i økonomisk henseende svarer til ZORA-tilvæksten, ikke blev beskattet. Disse afgørelser gav ligeledes anledning til forskelsbehandling til fordel for disse holdingselskaber, eftersom selskaber, der er selskabsskattepligtige i Luxembourg, til forskel fra de nævnte holdingselskaber blev beskattet af deres overskud, således som det blev opført i deres regnskab.

- 34 Hvad angår den anden begrundelse fandt Kommissionen, at de omhandlede forhåndstilsagn gav Engie-koncernen en selektiv fordel på holdingselskabsniveau, idet de afveg fra den referenceramme, der var begrænset til bestemmelserne om skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele og beskatning af udloddet overskud i henhold til indkomstskattelovens artikel 164 og 166. Et moderselskab kan nemlig kun fritages for beskatning af indtægter fra kapitalandele, hvis det udloddede overskud forinden er blevet beskattet hos datterselskabet. De indtægter fra kapitalandele, der er fritaget for beskatning hos holdingselskaberne, svarer imidlertid i økonomisk henseende til den ZORA-tilvækst, som datterselskaberne fratrækker som omkostninger i deres skattepligtige indkomst.
- 35 Kommissionen fandt i 212. betragtning til den omtvistede afgørelse, at denne tilvækst økonomisk set, henset til den direkte og åbenbare forbindelse mellem de fritagne indtægter hos holdingselskaberne og den ZORA-tilvækst, der blev fratrukket hos datterselskaberne, svarede til udlodning af overskud. Afvigelsen fra den begrænsede referenceramme gav anledning til en forskelsbehandling til fordel for de pågældende holdingselskaber, eftersom moderselskaber, der befinder sig i en faktisk og retlig situation, der kan sammenlignes med disse holdingselskaber, ikke kan opnå en skattefritagelse af deres indtægter fra kapitalandele, når det udloddede overskud ikke forinden er blevet beskattet hos deres datterselskaber.
- 36 Den manglende udtrykkelige forbindelse mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri kan ikke rejse tvivl om denne konstatering, eftersom den samme indkomst, hvis den kunne fritages for beskatning hos et moderselskab og fratrækkes som omkostning hos et datterselskab, ville undgå enhver beskatning i Luxembourg, hvilket ville være i strid med såvel formålet med det luxembourgske selskabsskattesystem som formålet om at undgå dobbeltbeskatning.
- 37 Hvad angår den tredje begrundelse anførte Kommissionen, at de omhandlede forhåndstilsagns selektivitet ligeledes fremgik af en analyse på niveau for koncernen bestående af de pågældende holdingselskaber, mæglerelskaber og datterselskaber, eftersom disse selskaber fra 2015 havde udgjort en samlet skattemæssig enhed ved at betale deres skat på et konsolideret grundlag. Da analysen af de statslige foranstaltningers økonomiske virkninger ifølge Kommissionen skulle foretages i forhold til virksomhederne, skulle holdingselskaberne, mæglerelskaberne og datterselskaberne under alle omstændigheder anses for at indgå i én og samme virksomhed som omhandlet i statsstøttere reglerne. Kommissionen tilføjede dels, at anmodningerne om forhåndstilsagn vedrørte den skattemæssige behandling af samtlige enheder i Engie-koncernen, der var involveret i de omhandlede transaktioner, dels at den økonomiske fordel, som denne koncern ifølge Kommissionen opnåede via de berørte holdingselskaber, bestod i en skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele hos de nævnte selskaber kombineret med et fradrag af ZORA-tilvæksten som omkostninger hos datterselskaberne. Den selektive fordel, som Engie-koncernen blev indrømmet, følger af, at forhåndstilsagnene afviger fra en referenceramme, der svarede til det luxembourgske selskabsskattesystem, som har til formål at beskatte selskaber, der er skattepligtige i Luxembourg, af det overskud, der er opført i deres regnskab.
- 38 Nedsættelsen af datterselskabernes skattebyrde, der fulgte af fratækningen af ZORA-tilvæksten som omkostninger i disse datterselskabers skattepligtige indkomst blev nemlig ikke kompensert af en forøgelse af skattebyrden for holdingselskaberne eller af en stigning i mæglerelskabernes skattepligtige indkomst, hvilket reelt medførte en nedsættelse af Engie-koncernens kombinerede skattepligtige indkomst i Luxembourg. Andre selskabskoncerner, der befandt sig i en retligt og faktisk sammenlignelig situation, kunne imidlertid ikke opnå en sådan nedsættelse af deres kombinerede skattepligtige indkomst.



- 39 Hvad angår Kommissionens subsidiære analyse er denne baseret på den omstændighed, at de luxembourgiske skattemyndigheder ved de omhandlede forhåndstilsagn udelukkede anvendelsen af skattetilpasningslovens artikel 6, selv om de fire kriterier, der er identificeret i luxembourgsk retspraksis for, at der foreligger misbrug af rettigheder, nemlig at der er brugt privatretlige former og institutioner, at skattebyrden er blevet nedbragt, at der er brugt en uegnet juridisk metode, og at der ikke foreligger andre begrundelser end skattetekniske begrundelser, var opfyldt.
- 40 Hvad nærmere bestemt angår de to sidstnævnte kriterier fandt Kommissionen, at den næsten fuldstændige mangel på beskatning af de overskud, som datterselskaberne opnåede i Luxembourg, ikke ville have været mulig, hvis overførslen af forretningsområder til datterselskaberne var blevet finansieret ved hjælp af et egenkapitalinstrument eller et lån mellem datterselskaberne og de pågældende holdingselskaber. Engie-koncernen ville desuden ikke have haft et reelt økonomisk motiv, ud over opnåelsen af en betydelig skattebesparelse, som var tilstrækkelig til, at Engie-koncernen valgte at indføre de komplekse finansieringsstrukturer, der blev indført, og som blev godkendt ved de omhandlede forhåndstilsagn.
- 41 Kommissionen fandt endvidere, at den pågældende medlemsstat ikke havde givet nogen begrundelse for den gunstige behandling af holdingselskaberne. Den konkluderede på denne baggrund, at denne behandling ikke kunne begrundes i det luxembourgiske skattesystems karakter eller almindelige opbygning. Det var under alle omstændigheder dens opfattelse, at en hypotetisk begrundelse om forebyggelse af økonomisk dobbeltbeskatning reelt ikke kunne godtages.
- 42 Kommissionen præciserede, at med hensyn til de mange sektorer, hvor Engie-koncernen drev virksomhed i flere medlemsstater, havde den skattemæssige behandling, som den var blevet tildelt i henhold til de omhandlede forhåndstilsagn, fritaget koncernen for en del af den skattebyrde, som den normalt skulle have båret i forbindelse med den daglige drift af sin virksomhed. Disse forhåndstilsagn havde derfor fordrejet eller truet med at fordreje konkurrencevilkårene.
- 43 Idet Kommissionen var af den opfattelse, at den tildelte støtte var uforenelig med det indre marked og ulovlig, pålagde den Storhertugdømmet Luxembourg for så vidt angår de transaktioner, der var omfattet af det første sæt forhåndstilsagn, straks hos LNG Holding og – hvis dette ikke var muligt – hos Engie-koncernen eller et af dets fortsættende selskaber at tilbagesøge den støtte, der allerede havde materialiseret sig på grund af den delvise konvertering i 2014 af det ZORA-lån, der var blevet optaget til fordel for LNG Supply. Hvad angår de transaktioner, der er omfattet af det andet sæt omhandlede forhåndstilsagn, pålagde Kommissionen denne medlemsstat at undlade at anvende disse tilsagn for så vidt angår skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele, som LNG Holding og CEF eventuelt måtte opnå ved den fulde konvertering af de ZORA-lån, der var blevet optaget til fordel for LNG Supply og GSTM.
- 44 Kommissionen anførte, at en sådan tilbagesøgning ikke var i strid med retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik, og forkastede de klagepunkter, som Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. fremsatte under den administrative procedure, og som vedrørte procedurefejle, som den formelle undersøgelsesprocedure angiveligt var behæftet med.

## II. Sagsbehandlingen for Retten og den appellerede dom

- 45 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 30. august og den 4. september 2018 anlagde Storhertugdømmet Luxembourg (sag T-516/18) og Engie m.fl. (sag T-525/18) søgsmål med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.
- 46 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 28. januar 2019 anmodede Storhertugdømmet Luxembourg i medfør af artikel 28, stk. 5, i Rettens procesreglement, der var gældende dengang, om, at sag T-516/18 blev pådømt af et udvidet dommerkollegium. Retten imødekom denne ansøgning.
- 47 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Syvende Udvidede Afdeling den 15. februar 2019 fik Irland tilladelse til at intervenere til støtte for Storhertugdømmet Luxembourgs påstande i sag T-516/18.
- 48 Ved Rettens afgørelse af 16. oktober 2019 blev sag T-516/18 i medfør af artikel 27, stk. 5, i Rettens procesreglement fordelt til Rettens Anden Udvidede Afdeling.
- 49 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Anden Udvidede Afdeling den 12. juni 2020 blev sagerne T-516/18 og T-525/18 efter høring af parterne forenet med henblik på retsforhandlingernes mundtlige del i overensstemmelse med artikel 68, stk. 1, i Rettens procesreglement. Ved samme kendelse blev det besluttet at udelukke fortrolige oplysninger fra de sagsakter, som Irland havde adgang til, i overensstemmelse med de anmodninger om fortrolig behandling, som Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. havde fremsat.
- 50 Til støtte for søgsmålet fremsatte Storhertugdømmet Luxembourg seks anbringender vedrørende for det første Kommissionens urigtige vurdering af de omhandlede skatteafgørelses selektivitet, for det andet en tilsidesættelse af begrebet »fordel«, for det tredje en skjult skattemæssig harmonisering foretaget af denne institution i strid med artikel 4 TEU og 5 TEU, for det fjerde en tilsidesættelse af proceduremæssige rettigheder, for det femte en tilsidesættelse af almindelige EU-retlige principper i forbindelse med tilbagesøgningen af den støtte, der angiveligt er tildelt, og for det sjette en tilsidesættelse af begrundelsespligten.
- 51 Engie m.fl. fremsatte for deres vedkommende otte anbringender til støtte for deres søgsmål, hvoraf seks var sammenfaldende med Storhertugdømmet Luxembourgs anbringender. Engie m.fl. gjorde endvidere gældende, at de omhandlede forhåndstilsagn ikke kunne tilregnes staten, og at Kommissionen under alle omstændigheder med urette havde kvalificeret dem som individuel støtte.
- 52 Ved den appellerede dom forkastede Retten, efter at have forenet sagerne T-516/18 og T-525/18 med henblik på denne, alle de anbringender, der var fremsat i disse søgsmål, og frifandt Kommissionen i det hele.
- 53 Indledningsvis forkastede Retten anbringenderne om, at Kommissionen med vedtagelsen af den omtvistede afgørelse havde foretaget en skjult skattemæssig harmonisering, idet den bemærkede, at selv om direkte beskatning på EU-rettens nuværende udviklingstrin henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de dog udøve kompetencen under overholdelse af EU-retten.

- 54 Retten bemærkede, at det følger af retspraksis, at hvis skatteforanstaltninger rent faktisk indebærer forskelsbehandling mellem selskaber, der befinder sig i en sammenlignelig situation med hensyn til det formål, der forfølges med disse foranstaltninger, og tildeler modtagerne af foranstaltningerne selektive fordele, der begunstiger »visse« virksomheder eller »visse« produktioner, kan de anses for statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. Retten fastslog følgelig, at da Kommissionen havde kompetence til at sikre overholdelsen af artikel 107 TEUF, kunne den ikke foreholdes at have overskredet sine beføjelser ved at undersøge de omhandlede forhåndstilsagn med henblik på at kontrollere, om de udgjorde statsstøtte, og hvorvidt de i bekræftende fald var forenelige med det indre marked som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 55 Retten fastslog i denne forbindelse, at Kommissionen ikke havde anlagt sin egen fortolkning af den luxembourgiske skatteret, da den godtgjorde, at disse forhåndstilsagn var selektive, men havde holdt sig til gennemgangen af bestemmelserne i denne lovgivning, idet den ikke støttede sig på sin egen fortolkning af nævnte lovgivning, men på de luxembourgiske skattemyndigheders fortolkning.
- 56 Som det fremgår af den appellerede doms præmis 138-153, fastslog Retten, at Kommissionen, når den kontrollerer skattemæssige foranstaltninger på statsstøtteområdet, kan foretage sin egen vurdering af de nationale skattebestemmelser, og at denne vurdering i givet fald kan anfægtes af den berørte medlemsstat eller af eventuelle berørte parter i forbindelse med et annullationssøgsmål ved Retten. Ifølge sidstnævnte kunne Kommissionen i det foreliggende tilfælde kun foretage en vurdering af den beskatning, der blev betegnet som »normal« som omhandlet i den luxembourgiske skatteret, og således som den blev anvendt af de luxembourgiske skattemyndigheder. Kommissionen foretog således ikke nogen »skattemæssig harmonisering«, men udøvede blot sin beføjelse i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 57 Dernæst tog Retten ikke anbringenderne om, at der forelå retlige fejl og urigtige skøn ved påvisningen af en selektiv fordel for Engie-koncernen, til følge. Retten forkastede bl.a. det af Engie m.fl. fremsatte anbringende om, at Kommissionen havde blandet kriterierne om selektivitet og fordel sammen og heraf udledt, at der forelå en fordel som følge af en angivelig undtagelse fra formålet om under alle omstændigheder at beskatte overskuddet i selskaber, der er underlagt selskabsskat, og ikke fra de almindelige bestemmelser om fastsættelse af den skattepligtige indkomst. Retten fastslog i denne henseende, at selv om selektivitet og fordel principielt udgjorde to særskilte kriterier på skatteområdet, var undersøgelsen af fordel og undersøgelsen af selektiviteten sammenfaldende, eftersom disse to kriterier kræver, at det godtgøres, at den omtvistede skatteforanstaltning fører til en nedsættelse af det skattebeløb, som dens modtager normalt skulle have betalt i medfør af den almindelige skatteordning, der finder anvendelse på andre skatteydere, som befinder sig i samme situation. Retspraksis gør det i øvrigt muligt at undersøge disse to kriterier samlet som led i den »tredje betingelse«, der er fastsat i artikel 107, stk. 1, TEUF, og hvorefter der skal foreligge en »selektiv fordel«.
- 58 I den foreliggende sag bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 239-253, at Kommissionen havde bestræbt sig på, uanset om alle de begrundelser, der var anført i den omtvistede afgørelse, var korrekte, at godtgøre, at de omhandlede forhåndstilsagn førte til en nedsættelse af det skattebeløb, der normalt skulle være betalt, bl.a. af de pågældende holdingselskaber, i medfør af de almindelige skatteordninger, og at disse foranstaltninger følgelig udgjorde en undtagelse fra de skatteregler, der gjaldt for andre skatteydere, som befandt sig i en faktisk og retligt sammenlignelig situation. Henset til de nævnte foranstaltningers skattemæssige

karakter fastslog Retten, at det var i overensstemmelse med retspraksis, at Kommissionen foretog en samtidig vurdering af betingelserne for, om der gennem disse foranstaltninger var blevet tildelt fordele af selektiv karakter.

- 59 Retten forkastede i øvrigt anbringenderne fra Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. om, at Kommissionen fejlagtigt havde begrænset referencerammen til bestemmelser, der finder anvendelse på rent nationale forhold. Retten fremhævede i denne forbindelse, at den omhandlede situation var rent national, eftersom såvel holdingselskaberne som de pågældende datterselskaber og mæglerselskaber havde hjemsted i Luxembourg. Følgelig var disse selskabers skattemæssige forhold underlagt én og samme skattemyndighed, hvilket udelukkede den risiko for dobbeltbeskatning, der opstår i forbindelse med grænseoverskridende udlodninger, hvor der anvendes forskellige skatteordninger og medvirker forskellige skattemyndigheder, som kan foreligge i tilfælde af grænseoverskridende udlodninger.
- 60 Hvad angår selve referencerammen tog Retten i den appellerede doms præmis 288-301 heller ikke argumentationen fra Storhertugdømmet Luxembourg og Engies m.fl. til følge, hvorefter definitionen af en referenceramme, der var begrænset til alene at omfatte indkomstskattelovens artikel 164 og 166, skyldtes en fejlagtig samlet fortolkning af disse to bestemmelser. Appellanterne gjorde navnlig gældende, dels at et ZORA-lån ikke kan anses for en udlodning af overskud som omhandlet i den første af disse artikler, dels at den anden af disse artikler ikke kan fortolkes således, at et moderselskabs skattefritagelse er betinget af, at de indtægter, der genereres i ZORA-lånets løbetid, ikke udløser et skattefradrag for datterselskabet. Retten fastslog for det første, idet den anerkendte, at indkomstskattelovens artikel 166 formelt betinger skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele hos et moderselskab af, at det udloddede overskud forinden er blevet beskattet hos dets datterselskab, ikke desto mindre, at det kun var muligt at indrømme skattefritagelse for indtægter fra kapitalandele, hvis de indtægter, som et datterselskab har udloddet, allerede var blevet beskattet, da der ellers kunne opstå dobbelt ikke-beskatning af overskud i en rent national situation. For det andet fandt Retten i den appellerede doms præmis 300, idet den ligeledes anerkendte, at ZORA-tilvæksten formelt ikke udgør udlodning af overskud, at de indtægter fra kapitalandele, der var fritaget for beskatning hos LNG Holding, i det væsentlige svarede til størrelsen af denne tilvækst, således at denne tilvækst »under de særlige omstændigheder i den foreliggende sag og i betragtning af den selskabsmæssige konstruktion med et holdingselskab, et mæglerselskab og et datterselskab« materielt set svarede til udlodning af overskud.
- 61 Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. gjorde for det første gældende, at indkomstskattelovens artikel 164 i luxembourgsk ret kun regulerer udlodning af overskud og ikke ZORA-lån, der successivt er gæld og derefter kapital, og at der i den foreliggende sag ikke var nogen direkte og klar forbindelse mellem retten til at fradrage ZORA-tilvæksten hos datterselskaberne og skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele hos de pågældende holdingselskaber, for det andet, at det var usikkert, om ZORA-lånene ville stige i værdi, da de blev udstedt, for det tredje, at indkomstskattelovens artikel 164 og 166 hver især var blevet anvendt korrekt af de luxembourgske skattemyndigheder, for det fjerde, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at de omhandlede forhåndstilsagn tilsidesatte disse to bestemmelser hver især, og for det femte, at Kommissionen ikke havde påvist nogen særbehandling af Engie-koncernen via de pågældende holdingselskaber.
- 62 Retten anførte i denne forbindelse for det første, at den indtægt, som LNG Holding havde opnået ved anvendelsen af den forudbetalte terminskontrakt, i den foreliggende sag reelt økonomisk set svarede til beløbet for den ZORA-tilvækst, der fandt sted forud for den delvise konvertering af

dette ZORA-lån. Retten bemærkede, at selv om retten til at fradrage ZORA-tilvæksten hos datterselskaberne formelt set er en transaktion, der adskiller sig fra skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele hos holdingselskaberne, er der faktisk en direkte forbindelse mellem disse to transaktioner, således at Kommissionen med rette kunne antage, at de luxembourgske skattemyndigheder havde afvejet den referenceramme, der omfatter bestemmelserne i indkomstskattelovens artikel 164 og 166.

- 63 For det andet fastslog Retten med hensyn til et ZORA-låns usikre værdi på tidspunktet for dets udstedelse og på tidspunktet for vedtagelsen af de omhandlede forhåndstilsagn, at en foranstaltning kan udgøre statsstøtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, selv om der ikke foreligger en selektiv fordel på tidspunktet for vedtagelsen af denne foranstaltning. Retten fandt, at den manglende materialisering af en sådan fordel ikke var til hinder for, at den nævnte foranstaltning kunne kvalificeres som statsstøtte, men alene for tilbagesøgningen af denne støtte. I det foreliggende tilfælde gjorde den omstændighed, at det var usikkert, om de pågældende datterselskaber ville realisere en gevinst, da de omhandlede ZORA-lån blev optaget, det ikke muligt at udelukke, at der forelå en selektiv fordel, som blev indrømmet holdingselskaberne, eller at de luxembourgske skattemyndigheder havde afvejet fra denne afgrænsede referenceramme.
- 64 For det tredje fastslog Retten, at der i luxembourgsk ret er en forbindelse mellem skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele hos et moderselskab og fradragsretten for udloddede indtægter hos datterselskabet. Retten fandt, at en sådan fritagelse ikke kunne anvendes, uden at det forinden var blevet kontrolleret, om de tilsvarende indtægter var blevet beskattet hos datterselskabet. I den foreliggende sag kunne indtægter fra kapitalandele oppebåret af moderselskabet LNG Holding, der ud fra et økonomisk synspunkt svarede til ZORA-tilvæksten, normalt ikke være fritaget, for så vidt som denne tilvækst var blevet fratrukket som omkostninger af LNG Supply, dets datterselskab. Retten udledte heraf, at det var med rette, at Kommissionen fandt, at retten til at fradrage en indtægt hos et datterselskab og den efterfølgende skattefritagelse for denne indtægt hos dets moderselskab afveg fra den referenceramme, der var begrænset til indkomstskattelovens artikel 164 og 166.
- 65 For det fjerde fandt Retten i modsætning til, hvad Storhertugdømmet Luxembourg i det foreliggende tilfælde havde gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en afvigelse fra denne referenceramme, ikke skulle vurderes i lyset af indkomstskattelovens artikel 164 og 166 hver især, men i lyset af en samlet læsning af disse bestemmelser.
- 66 For det femte tog Retten stilling til argumentet om, at Kommissionen ikke havde påvist nogen særbehandling af Engie-koncernen via de berørte holdingselskaber, idet den burde have identificeret de egenskaber, der var særlige og specifikke for de virksomheder, som var omfattet af forhåndstilsagn, for at gøre det muligt at holde dem adskilt fra de virksomheder, der ikke var omfattet af dem. Retten bemærkede i denne forbindelse, at betingelsen om selektivitet er opfyldt, når Kommissionen kan godtgøre, at en national foranstaltning, der giver en skattemæssig fordel, udgør en afvigelse fra den almindelige eller »normale« skatteordning i den pågældende medlemsstat, idet den ved sin konkrete virkning indfører en differentieret behandling mellem erhvervsdrivende, der befinder sig i en sammenlignelig faktisk og retlig situation, i forhold til det formål, der forfølges med skatteordningen. Det følger endvidere af retspraksis, at en skatteforanstaltning kan være selektiv, selv om enhver virksomhed frit kan vælge at gennemføre den transaktion, der er en forudsætning for tildelingen af den fordel, som denne foranstaltning fastsætter. I det foreliggende tilfælde havde Kommissionen ifølge Rettens ræsonnement i den appellerede doms præmis 381-304 ført tilstrækkeligt bevis for, at de pågældende holdingselskaber fik en særlig skattemæssig behandling i forhold til moderselskaber, som kunne

modtage indtægter fra kapitalandele, der ikke var blevet beskattet i forbindelse med udlodningen. Den omstændighed, at andre holdingselskaber end CEF og LNG Holding nød godt af identiske forhåndstilsagn, ville kun udgøre et indicium for en eventuel støtteordning og ikke for manglende forskelsbehandling.

- 67 For fuldstændighedens skyld fandt Retten i den appellerede doms præmis 383, at det var hensigtsmæssigt at undersøge de omhandlede forhåndstilsagns selektivitet i forhold til den referenceramme, der omfatter skattetilpasningslovens artikel 6 om misbrug af rettigheder, henset til, at Kommissionens begrundelse i denne henseende ikke var blevet behandlet før. Retten fastslog for det første, at Kommissionen i modsætning til, hvad Storhertugdømmet Luxembourg gjorde gældende, allerede fra afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure havde påpeget, at denne bestemmelse ikke var blevet anvendt af de luxembourgske myndigheder, og derpå opfordrede Storhertugdømmet Luxembourg og Engie-koncernen til at fremsætte supplerende bemærkninger om dette spørgsmål. Retten bemærkede for det andet, at selv om skattetilpasningslovens artikel 6 ikke gav anledning til nogen fortolkningsvanskeligheder i den foreliggende sag, havde Kommissionen henvist til såvel den luxembourgske administrative praksis som retspraksis. Retten fandt for det tredje, at de kriterier, der skal være opfyldt, for at der efter luxembourgsk ret kan fastslås et misbrug af rettigheder, var opfyldt i den foreliggende sag. Retten udledte heraf, at Kommissionen i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, at de luxembourgske skattemyndigheder havde fraveget den referenceramme, der omfattede skattetilpasningslovens artikel 6.
- 68 Retten forkastede ligeledes de øvrige anbringender.

### **III. Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande i appelsagerne**

#### **A. Sag C-451/21 P**

- 69 Storhertugdømmet Luxembourg har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves.
  - Principalt træffes der endelig afgørelse vedrørende realiteten, og der gives medhold i Storhertugdømmet Luxembourgs påstande i første instans, således at den omtvistede afgørelse annulleres.
  - Subsidiært hjemvises sagen til Retten til fornyet prøvelse.
  - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 70 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Appellen forkastes.
  - Storhertugdømmet Luxembourg tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

71 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11. oktober 2021, Luxembourg mod Kommissionen (C-451/21 P, EU:C:2021:858), blev det besluttet at behandle de udeladte oplysninger i den ikke-fortrolige version af appelskriftet og bilag 2, 3 og 11, som Storhertugdømmet Luxembourg indgav til Domstolens Justitskontor den 2. august 2021, fortroligt i forhold til Irland, idet kun denne ikke-fortrolige udgave blev forkyndt for Irland.

## **B. Sag C-454/21 P**

72 Engie m.fl. har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Principalt gives appellanterne medhold i deres påstande i første instans, eller subsidiært annulleres artikel 2 i den omtvistede afgørelse, for så vidt som den pålægger tilbagesøgning af støtten.
- Mere subsidiært hjemvises sagen til Retten.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

73 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Engie m.fl. tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

## **IV. Om appellerne**

74 På grund af deres forbindelse med hinanden bør de foreliggende sager forenes med henblik på dommen i overensstemmelse med artikel 54, stk. 1, i Domstolens procesreglement.

### **A. Formaliteten**

75 Kommissionen har uden formelt at fremsætte en formalitetsindsigelse for det første gjort gældende, at det første anbringende i sag C-451/21 P og det andet anbringende i sag C-454/21 P, hvorved Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. henholdsvis har foreholdt Retten, at den anvendte en referenceramme, der fejlagtigt var begrænset til alene at omfatte indkomstskattelovens artikel 164 og 166, og at den med urette udvidede denne referenceramme til også at omfatte skattetilpasningslovens artikel 6 med henblik på at fastslå, om der forelå en selektiv fordel, ikke kan antages til realitetsbehandling. Ifølge Kommissionen ændrer disse anbringender, som for første gang er blevet fremsat i appelsagerne, sagens genstand for Retten. Kommissionen har for det andet gjort gældende, at det andet anbringende i sag C-451/21 P og det første og det andet anbringende i sag C-454/21 P heller ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som parterne har rejst tvivl om Rettens vurderinger af luxembourgsk ret, som udgør vurderinger af faktiske omstændigheder, og som derfor ikke kan undersøges inden for rammerne af en appel, idet der ikke foreligger en urigtig gengivelse af denne ret.

- 76 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolens kompetence til at træffe afgørelse i en appel til prøvelse af en afgørelse truffet af Retten er fastlagt i artikel 256, stk. 1, andet afsnit, TEUF. Af bestemmelsen fremgår, at appellen skal begrænses til retsspørgsmål og »på betingelser, der fastsættes i statuten«. Af en udtømmende opregning af anbringender, som kan påberåbes inden for denne ramme, angiver statuten for Domstolens artikel 58, at en appel kan støttes på, at Retten har overtrådt EU-retten (dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 46).
- 77 Hvad under en appelsag angår Rettens vurderinger i forhold til national ret – som på statsstøtteområdet udgør vurderinger af de faktiske omstændigheder – er Domstolen ganske vist principielt kun kompetent til at efterprøve, om denne ret er blevet gengivet forkert (jf. i denne retning dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 82 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen kan imidlertid ikke fratages muligheden for at kontrollere, om sådanne vurderinger i sig selv udgør en tilsidesættelse af EU-retten som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 76.
- 78 Spørgsmålet om, hvorvidt Retten foretog en passende afgrænsning af den relevante referencerammen og, i forlængelse heraf, anlagde en korrekt fortolkning af de bestemmelser, som denne bestod af, er imidlertid et retsspørgsmål, der kan efterprøves af Domstolen under en appelsag. De argumenter, der tilsigter at rejse tvivl om valget af referenceramme eller dens betydning under den første fase i analysen af, om der foreligger en selektiv fordel, kan således antages til realitetsbehandling, eftersom denne analyse er baseret på en retlig kvalificering af national ret på grundlag af en EU-retlig bestemmelse (jf. i denne retning dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis).
- 79 Hvis det lægges til grund, at Domstolen ikke er i stand til at afgøre, om Retten begik en retlig fejl, da den tilsluttede sig afgrænsningen af den relevante referenceramme, dens fortolkning og anvendelse, idet den er en afgørende parameter med henblik på undersøgelsen af, om der forelå en selektiv fordel, ville dette svare til at acceptere muligheden for, at Retten i givet fald har begået en tilsidesættelse af en bestemmelse i den primære EU-ret, nemlig artikel 107, stk. 1, TEUF, uden at denne tilsidesættelse kan sanktioneres i forbindelse med appellen, hvilket ville være i strid med artikel 256, stk. 1, andet afsnit, TEUF, således som det er blevet fremhævet i nærværende doms præmis 76.
- 80 Det må derfor fastslås, at Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. ved at anmode Domstolen om at efterprøve dels, om Kommissionens begrænsning af referencerammen til alene at omfatte indkomstskattelovens artikel 164 og 166 eller udvidelsen heraf til også at omfatte skattetilpasningslovens artikel 6, som godkendt af Retten, dels om den betydning, som såvel Kommissionen som Retten tillagde disse bestemmelser, svarede til en fortolkning og en anvendelse af disse bestemmelser, som gør det muligt at definere en normal beskatning med henblik på analysen af, om der foreligger en selektiv fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, har fremsat anbringender, som i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, kan antages til realitetsbehandling.



## B. Realiteten

- 81 Til støtte for sin appel i sag C-451/21 P har Storhertugdømmet Luxembourg fremsat fire anbringender, hvoraf det første vedrører en tilsidesættelse af artikel 107 TEUF, for så vidt som Retten fastslog, at Kommissionen havde godtgjort, at der forelå en selektiv fordel for holdingselskaberne ved de omhandlede forhåndstilsagn i forhold til den referenceramme, der bestod af indkomstskattelovens artikel 164 og 166, det andet vedrører en tilsidesættelse af artikel 107 TEUF, for så vidt som Retten fastslog, at Kommissionen havde godtgjort, at Engie-koncernen havde opnået en selektiv fordel ved de omhandlede forhåndstilsagn som følge af den manglende gennemførelse af skattetilpasningslovens artikel 6, det tredje vedrører en tilsidesættelse af artikel 4 TEU og 5 TEU, og det fjerde vedrører Rettens tilsidesættelse af den begrundelsespligt, der påhviler den i henhold til artikel 296 TEUF.
- 82 Engie m.fl. har til støtte for deres appel i sag C-454/21 P fremsat tre anbringender, hvoraf det første vedrører retlige fejl og urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, som Retten begik i forbindelse med legalitetskontrollen af definitionen af den referenceramme, der bestod af indkomstskattelovens artikel 164 og 166, det andet vedrører retlige fejl og urigtige gengivelser af de faktiske omstændigheder, som Retten begik, da den godkendte Kommissionens påvisning af, at der forelå en selektiv fordel i henhold til skattetilpasningslovens artikel 6, og det tredje Rettens tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft af skatteretten.

### 1. Det første anbringende i appellerne

#### a) Parternes argumentation

- 83 Det første anbringende i sag C-451/21 P består af to led.
- 84 Med dette anbringendes første led har Storhertugdømmet Luxembourg bl.a. for det første gjort gældende, at det fremgår af retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en selektiv fordel på skatteområdet, kun kan afgøres i forhold til en beskatning, der betegnes »normal«. Ved at tilslutte sig Kommissionens analyse foretog Retten en kunstig indskrænkning af den referenceramme, der tjente til at sammenligne de to bestemmelser, hvoraf den ene, som Retten i øvrigt udtrykkeligt anerkendte, ikke finder anvendelse i den foreliggende sag. Denne analyse ser bort fra andre bestemmelser vedrørende fastsættelsen af selskabernes kommercielle overskud, mens retspraksis i denne henseende forbyder Kommissionen at basere sig på en referenceramme, der består af nogle bestemmelser, som kunstigt er blevet udtaget fra en bredere lovgivningsmæssig ramme.
- 85 For det andet bekræftede Retten en contra legem-fortolkning af de omhandlede skatteregler. Selv om den selv anerkendte dels, at indkomstskattelovens artikel 166 ikke formelt betinger indrømmelsen af skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele hos moderselskabet af en forudgående beskatning af det udloddede overskud hos datterselskabet, dels at ZORA-tilvæksten ikke formelt er udlodning af overskud som omhandlet i indkomstskattelovens artikel 164, fandt Retten ikke desto mindre, at Kommissionen ikke havde begået en retlig fejl ved at fastslå, at der var en forbindelse mellem disse artikler, og ved at fastslå, at denne fritagelse udelukkende fandt anvendelse på indtægter, der ikke var fratrukket datterselskabets skattepligtige indkomst.

- 86 Herved definerede Retten referencerammen forkert, foretog en urigtig retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder og foretog en åbenbart urigtig gengivelse af luxembourgsk ret. Kommissionen og Retten tilføjede, i forbindelse med at de definerede denne referenceramme, en betingelse til de betingelser, der dengang var fastsat i indkomstskattelovens artikel 166. De udvidede ligeledes anvendelsesområdet for indkomstskattelovens artikel 164, stk. 2, eftersom ZORA-tilvæksten ikke udgør udlodning af overskud og derfor ikke er omfattet af denne artikel, selv om ZORA-tilvæksten er fradragsberettiget som omkostninger.
- 87 Kommissionens og Rettens ræsonnement er i strid med artikel 107 TEUF samt med det fiskale legalitetsprincip og princippet om, at skattelove skal fortolkes strengt, hvilke er kendetegnende for såvel luxembourgsk skatteret som EU-retten.
- 88 Storhertugdømmet Luxembourg har erklæret at være overrasket over, at Retten henviste til den skrivelse af 31. januar 2018, som det havde sendt til Kommissionen under den administrative procedure (herefter »skrivelsen af 31. januar 2018«). Denne medlemsstat har nemlig gjort gældende, at denne skrivelse i modsætning til, hvad Retten – idet den citerede fra den nævnte skrivelse uden for sin sammenhæng, – anførte, på ingen måde bekræfter, at der er en forbindelse mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri. Det fremgår bl.a. af den samme skrivelse, at disse artikler har »forskellige anvendelsesområder«. Retten så ved sin argumentation bort fra, at indkomstskattelovens ordlyd er klar og derfor ikke skal fortolkes således, at den betyder mere eller mindre end de termer, der er anvendt heri.
- 89 På samme måde nævner Conseil d'États (det luxembourgske statsråds) udtalelse af 2. april 1965 (herefter »statsrådets udtalelse af 1965«) vedrørende den bestemmelse, der i luxembourgsk ret gik forud for indkomstskattelovens artikel 166, som Retten ligeledes henviste til, på ingen måde en betingelse om forudgående beskatning af udloddet udbytte med henblik på anvendelsen af skattefritagelsesordningen.
- 90 Den referenceramme, som Retten godkendte, er således ikke blot ufuldstændig, henset til de bestemmelser, som den udelukker fra dens anvendelsesområde, men også fiktiv, for så vidt som det deri hævdes, at der er en forbindelse mellem indkomstskattelovens artikel 164 og 166.
- 91 Med det første anbringes andet led har Storhertugdømmet Luxembourg for det første gjort gældende, at de forudsætninger, der ligger til grund for konstateringen af, at der foreligger en undtagelse fra den referenceramme, der bestod af indkomstskattelovens artikel 164 og 166, er fejlagtige, eftersom der for det første ikke er nogen forbindelse mellem skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele hos et moderselskab og fradragsretten for udloddede indtægter hos datterselskabet, og for det andet, at ZORA-tilvæksten ikke formelt er udlodning af overskud, hvilket Retten i øvrigt anerkendte. Ved for første gang at bekræfte en tilgang, der er baseret på en »materiel overensstemmelse« mellem disse bestemmelser, fraveg Retten den klare ordlyd af den luxembourgske skattelovgivning og tilsidesatte det krav, der er nævnt i Domstolens praksis, om, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en eventuel støtte, skal vurderes på grundlag af de relevante bestemmelser i national ret.
- 92 For det andet begik Retten retlige fejl ved at lægge til grund, at der forelå en undtagelse fra referencerammen som følge af de generelle bestemmelsers kombinerede virkning. Retten hverken bestred, at indkomstskattelovens artikel 164 og 166 var blevet anvendt korrekt, eller var af den opfattelse, at disse artikler som sådanne er diskriminerende. Retten afviste imidlertid på grundlag

af disse bestemmelsers samlede virkning, hvad den betegnedes som en »formalistisk tilgang«, idet den henviste til klarlæggelsen af de »økonomiske og skattemæssige aspekter« af de gennemførte transaktioner frem for »de umiddelbare retlige omstændigheder«.

- 93 For det tredje begik Retten retlige fejl med hensyn til kravet om, at det godtgøres, at der foreligger forskelsbehandling i forhold til virksomheder, der befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med Engie-koncernens. Den anerkendte navnlig, at det finansieringssystem, som denne koncern havde oprettet, var »åbent for alle«, og at andre virksomheder lovligt kunne opnå en anvendelse af skattereglerne, der svarede til den, som den nævnte koncern nød godt af.
- 94 For det fjerde begik Retten ligeledes en retlig fejl ved at anse individuelle foranstaltninger i en generel skatteordning for selektive som omhandlet i artikel 107 TEUF, hvis lovlighed den heller ikke rejste tvivl om, i hvilken forbindelse den heller ikke anfægtede, at alle havde mulighed for at få adgang til det finansieringssystem, som Engie-koncernen gjorde brug af. Retten anså således den skattemæssige behandling, der blev indrømmet denne koncern ved de omhandlede forhåndstilsagn, for selektiv, selv om denne behandling var resultatet af en ikke-selektiv anvendelse af nationale regler, der ikke var selektive.
- 95 Det første anbringende i sag C-454/21 P indeholder fire led. Dette anbringendes andet til fjerde led om henholdsvis en retlig fejl og en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder vedrørende forbindelsen mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri, den retlige fejl og det åbenbart urigtige skøn, som Retten anlagde ved at anse ZORA-tilvæksten for udlodning af overskud, og den retlige fejl og det åbenbart urigtige skøn, som Retten ligeledes foretog, idet den fastslog, at de omhandlede forhåndstilsagn gav en selektiv fordel, svarer i det væsentlige til argumenterne i det første appelanbringende i sag C-451/21 P.
- 96 Engie m.fl. har navnlig fremhævet, at det afhængighedsforhold mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri, som Retten støttede sig på, hverken følger af loven, retspraksis eller administrativ praksis. Retten anerkendte i øvrigt, at den anden af disse artikler ikke formelt gjorde indrømmelsen af skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele hos et moderselskab betinget af en forudgående beskatning af det udloddede overskud hos dets datterselskab. Rettens vurdering er ikke alene i strid med ordlyden af de nævnte artikler, men også med den luxembourgiske skattepraksis, således som den er beskrevet af Storhertugdømmet Luxembourg i skrivelsen af 31. januar 2018. Herved tilsidesatte Retten det forfatningsmæssige princip om skattens lovlighed og fordrejede besvarelsen i denne skrivelse samt statsrådets udtalelse af 1965.
- 97 Retten så ligeledes bort fra den retlige kvalificering af ZORA-lånene, som er konvertible instrumenter, der svarer til to på hinanden følgende definitioner, først definitionen af en gæld og dernæst definitionen af kapital, hvilken kvalificering er afgørende for fastlæggelsen af den skattemæssige behandling af hver enkelt skattepligtig person. Dette udgør en tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF, idet der først skal tages hensyn til de økonomiske virkninger af en given foranstaltning ved påvisningen af en fravigelse af de skattebestemmelser, der udgør referencerammen, idet sidstnævnte kun kan defineres under hensyn til arten af de pågældende instrumenter og de relevante nationale skattebestemmelser.
- 98 Kommissionen har bestridt det første anbringende i hver af appellerne.
- 99 Kommissionen har bl.a. gjort gældende, at den ikke på kunstig vis definerede den referenceramme, der er begrænset til indkomstskattelovens artikel 164 og 166. Kommissionen har i øvrigt anført, at den principalt har valgt en første bredere referenceramme, der svarer til det

luxembourgiske selskabsskattesystem. I denne bredere sammenhæng udgør de fritagelser, der er fastsat i indkomstskattelovens artikel 166, ifølge Kommissionen undtagelser i forhold til det almindelige princip om beskatning, mens dette ikke længere var tilfældet, henset til den referenceramme, der var begrænset til denne lovs artikel 164 og 166. Forbindelsen mellem disse artikler er imidlertid åbenbar. Ganske vist er det rigtigt, at indkomstskattelovens artikel 166 ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til denne lovs artikel 164, stk. 2. Dette er imidlertid ikke afgørende, og det er vigtigt at undersøge, om disse bestemmelser udgør et system, og undersøge den logiske forbindelse mellem dem.

- 100 Desuden er en ordlydsfortolkning ikke den eneste mulige fortolkning af skattelovgivningen. I denne forbindelse minder Kommissionen om, at Engie-koncernen selv kvalificerede overskuddet fra annulleringen af udbytteudlodningsaktierne som overskud. Hvad angår skrivelsen af 31. januar 2018 fremgår den sætning, som Retten citerede i den appellerede doms præmis 295, af denne skrivelse, og den er utvetydig. Kommissionen har imidlertid medgivet, at de luxembourgiske myndigheder også i nævnte skrivelse gjorde gældende, at indkomstskattelovens artikel 166 skal fortolkes bogstaveligt, at den skal finde anvendelse, så snart de betingelser, som den opstiller, er opfyldt, og endelig, at bestemmelserne i denne lovs artikel 164 ikke er en ufravigelig betingelse for anvendelsen af den fritagelsesordning for kapitalandele, der er fastsat i nævnte lovs artikel 166.
- 101 I øvrigt var skrivelsen af 31. januar 2018 kun et af de elementer, som Kommissionen og Retten anvendte med henblik på at fastslå forbindelsen mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri på samme måde som statsrådets udtalelse af 1965.
- 102 Hvad angår den økonomiske sammenhæng mellem retten til at fradrage ZORA-tilvæksten hos datterselskaberne og fritagelsen hos holdingselskaberne for indtægter fra kapitalandele begrænsede Retten sig i overensstemmelse med retspraksis, hvorefter statsstøtte skal vurderes i forhold til dens virkninger og ikke til dens form, til at sammenholde de omhandlede transaktioners ydre juridiske form med deres økonomiske virkelighed, idet den fremhævede, at deres formelle adskillelse ikke kunne skjule den reelle forbindelse mellem dem.
- 103 Endelig er det åbenbart, at Kommissionens kritik af, at den ikke havde identificeret andre selskaber end dem i Engie-koncernen, der var adressater for forhåndstilsagn om sammenlignelige konstruktioner, er åbenbart ugrundet ved læsningen af 205. og 215. betragtning til den omtvistede afgørelse.

## ***b) Domstolens bemærkninger***

### *1) Indledende bemærkninger*

- 104 Ifølge Domstolens faste praksis er medlemsstaternes indgriben på områder, der ikke har været genstand for en EU-retlig harmonisering, ikke udelukket fra anvendelsesområdet for EUF-traktatens bestemmelser om kontrol af statsstøtte. Medlemsstaterne skal således afholde sig fra at træffe skatteforanstaltninger, der kan udgøre statsstøtte, som er uforenelig med det indre marked (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).
- 105 Det følger i denne henseende af Domstolens faste praksis, at en national foranstaltning for at kunne kvalificeres som »statsstøtte« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF skal opfylde samtlige nedenstående betingelser. For det første skal der være tale om en statslig indgriben eller

indgriben ved hjælp af statsmidler. For det andet skal denne indgriben kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. For det tredje skal den give modtageren en selektiv fordel. For det fjerde skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis).

- 106 Hvad angår betingelsen om en selektiv fordel kræver denne betingelse en stillingtagen til, om den pågældende nationale foranstaltning som led i en bestemt retlig ordning kan begunstige »visse virksomheder eller visse produktioner« i forhold til andre virksomheder, der under hensyntagen til formålet med den nævnte ordning befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation og således er udsat for en differentieret behandling, der i det væsentlige kan betegnes som »forskelsbehandling« (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis).
- 107 En kvalificering af en national skatteforanstaltning som »selektiv« forudsætter, at Kommissionen først identificerer, hvad der er den almindelige eller »normale« skatteordning i den pågældende medlemsstat, og at det derefter godtgøres, at den omhandlede skatteforanstaltning udgør en afvigelse fra dette referencesystem, for så vidt som den indfører en differentiering mellem erhvervsdrivende, der i forhold til det formål, der forfølges hermed, befinder sig i sammenlignelige faktiske og retlige situationer. Begrebet »statsstøtte« omfatter imidlertid ikke foranstaltninger, der indfører en differentiering mellem virksomheder, der i forhold til det formål, der forfølges med den omhandlede retlige ordning, befinder sig i sammenlignelige faktiske og retlige situationer, og dermed a priori er selektive, når den berørte medlemsstat for det tredje kan godtgøre, at denne differentiering er begrundet, eftersom den følger af karakteren eller den almindelige opbygning af den ordning, som foranstaltningerne er en del af (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).
- 108 Som påpeget i denne doms præmis 78 og 79, er fastlæggelsen af referencerammen af særlig betydning i forbindelse med skattemæssige foranstaltninger, eftersom der kun kan godtgøres en økonomisk fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF i forhold til en såkaldt »normal« beskatning.
- 109 Fastlæggelsen af samtlige de virksomheder, der befinder sig i en sammenlignelig faktisk og retlig situation, afhænger således af den forudgående afgrænsning af den retlige ordning, ud fra hvis formål der i givet fald skal ske en undersøgelse af sammenligneligheden mellem den respektive faktiske og retlige situation for de virksomheder, der er begunstiget af den pågældende foranstaltning, og de virksomheder, der ikke er det (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis).
- 110 Med henblik på at vurdere, om en skatteforanstaltning har selektiv karakter, skal den fælles beskatningsordning eller den referenceramme, som finder anvendelse i den pågældende medlemsstat, følgelig identificeres korrekt i Kommissionens afgørelse og undersøges af den retsinstans, for hvilken denne identifikation anfægtes. Da fastlæggelsen af referencesystemet er udgangspunkt for den komparative undersøgelse, der skal foretages som led i bedømmelsen af den selektive karakter, bevirker en fejl i denne fastlæggelse nødvendigvis, at hele analysen af betingelsen om selektivitet er mangelfuld (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

- 111 For det første skal det i denne sammenhæng præciseres, at fastlæggelsen af referencerammen, som skal foretages efter en kontradiktorisk drøftelse med den berørte medlemsstat, skal ske på grundlag af en objektiv undersøgelse af indholdet, kombinationen og de konkrete virkninger af de gældende regler i henhold til denne medlemsstats nationale ret (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).
- 112 For det andet gælder det, at uden for de områder, hvor EU-skatte retten er genstand for harmonisering, er det den pågældende medlemsstat, som – gennem udøvelsen af sine egne beføjelser vedrørende direkte beskatning og under overholdelse af sin skattemæssige autonomi – fastlægger de grundlæggende kendetegn ved skatten, som principielt definerer det referencesystem eller den »normale« skatteordning, på grundlag af hvilken betingelsen om selektivitet skal analyseres. Dette gælder bl.a. for fastsættelsen af beskatningsgrundlaget, beskatningens udløsende begivenhed og eventuelle fritagelser fastsat herfor (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis).
- 113 Det følger heraf, at der med henblik på at identificere referencesystemet i forhold til den direkte beskatning kun skal tages hensyn til den gældende nationale lovgivning i den pågældende medlemsstat, idet denne identifikation i sig selv er en ufravigelige forudsætning for at vurdere, ikke blot om der foreligger en fordel, men også om denne fordel er selektiv (dom af 8.11.2022, Fiat Chrysler Finance Europe mod Kommissionen, C-885/19 P og C-898/19 P, EU:C:2022:859, præmis 74).
- 114 Denne konklusion berører imidlertid ikke muligheden for, som det var tilfældet i den sag, der gav anledning til dom af 15. november 2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732), at fastslå, at selve referencerammen, således som den følger af national ret, er uforenelig med EU-retten på statsstøtteområdet, eftersom det omhandlede skattesystem er blevet konfigureret efter åbenbart diskriminerende parametre, der havde til formål at omgå denne ret (jf. i denne retning dom af 16.3.2021, Kommissionen mod Ungarn, C-596/19 P, EU:C:2021:202, præmis 49).

*2) Om eksistensen af retlige fejl og en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder ved fastlæggelsen af den referenceramme, der er begrænset til indkomstskattelovens artikel 164 og 166*

- 115 Med henblik på at fastlægge, hvad der i henhold til luxembourgsk ret skulle have været en normal beskatning, og dermed hvorvidt der foreligger en selektiv fordel for Engie-koncernen, foretog Kommissionen, som anført i nærværende døms præmis 31-40, en fortolkning af denne ret, der bl.a. var baseret på en påstand om, at det normale selskabsskattesystem i Luxembourg, der fastsætter princippet om beskatning af selskabernes indkomst, i Engie-koncernens tilfælde ikke gjorde det muligt at fritage indtægter fra kapitalandele hos holdingselskaberne i medfør af indkomstskattelovens artikel 166 og den omstændighed, at en samlet læsning af indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri var til hinder for en samtidig anvendelse af en skattefritagelse for disse indtægter hos disse holdingselskaber og et fradrag for de tilsvarende beløb hos datterselskaberne. I forbindelse med et subsidiært ræsonnement fandt Kommissionen, at denne samtidige anvendelse burde have været forkastet i henhold til skattetilpasningslovens artikel 6.

- 116 Med henblik på at vurdere, om de omhandlede foranstaltninger var selektive i lyset af indkomstskatteloven, påhvilede det derfor Retten at efterprøve, om den fritagelse for indtægter svarende til ZORA-tilvæksten, som holdingselskaberne blev indrømmet i medfør af disse foranstaltninger, afveg fra de relevante bestemmelser i indkomstskatteloven som led i de forskellige begrundelser, som Kommissionen lagde til grund i den omtvistede afgørelse, og som Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. havde anfægtet.
- 117 Med deres første anbringende har Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. anfægtet Rettens vurdering, hvorved den bekræftede, at Kommissionens anden begrundelse – hvorefter fortolkningen af indkomstskattelovens artikel 164 og 166 førte til, at det blev fastslået, at den skattemæssige behandling af Engie-koncernens ZORA-lån ved de omhandlede forhåndstilsagn afveg fra den »normale« anvendelse af disse bestemmelser, hvilket gav denne koncern en selektiv fordel – var velbegrundet.
- 118 Som anført i nærværende doms præmis 112 er det i denne henseende den pågældende medlemsstat, der uden for de områder, hvor EU-skatte retten er genstand for harmonisering, gennem udøvelsen af sine egne beføjelser vedrørende direkte beskatning og under overholdelse af sin skattemæssige autonomi, fastlægger de grundlæggende kendetegn ved skatten – såsom dennes beskatningsgrundlag, beskatningens udløsende begivenhed og de eventuelle fritagelser fastsat herfor – som principielt definerer referencesystemet eller den »normale« skatteordning.
- 119 Derudover kræver det fiskale legalitetsprincip, som er en del af Unionens retsorden som et generelt princip, at enhver forpligtelse til at betale skat og afgifter, og at alle de væsentlige elementer, der udgør en skat og afgifters væsentlige kendetegn, skal fastsættes ved lov, idet den skattepligtige person skal have mulighed for at forudse og beregne størrelsen af den skyldige skat eller afgift og fastsætte det tidspunkt, hvor den pågældende person vil blive opkrævet denne (jf. i denne retning dom af 8.5.2019, Związek Gmin Zagłębia Miedziowego, C-566/17, EU:C:2019:390, præmis 39).
- 120 Det følger heraf, at Kommissionen ved fastlæggelsen af referencerammen med henblik på anvendelsen af artikel 107, stk. 1, TEUF på skattemæssige foranstaltninger principielt er forpligtet til at acceptere den fortolkning af de relevante bestemmelser i national ret, som den pågældende medlemsstat har givet i forbindelse med den kontradiktoriske procedure, der er omhandlet i nærværende doms præmis 111, for så vidt som denne fortolkning er forenelig med ordlyden af disse bestemmelser.
- 121 Kommissionen kan kun fravige nævnte fortolkning, hvis den kan godtgøre, at der gælder en anden fortolkning i denne medlemsstats retspraksis eller administrative praksis, ved i denne henseende at støtte sig på troværdige og samstemmende oplysninger, der er underlagt denne kontradiktoriske procedure.
- 122 I henhold til artikel 4, stk. 3, TEU er den nævnte medlemsstat forpligtet til at samarbejde loyalt under hele proceduren for undersøgelse af en foranstaltning i henhold til de EU-retlige bestemmelser om statsstøtte (dom af 6.11.2018, Scuola Elementare Maria Montessori mod Kommissionen, Kommissionen mod Scuola Elementare Maria Montessori og Kommissionen mod Ferracci, C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis). Denne pligt indebærer bl.a. et krav om, at samme medlemsstat i god tro giver Kommissionen alle relevante oplysninger, som denne sidstnævnte har anmodet om, vedrørende fortolkningen af de relevante bestemmelser i national ret med henblik på at fastlægge den referenceramme, der følger af national retspraksis eller administrativ praksis.

- 123 Hvad i den foreliggende sag angår den skattemæssige behandling af finansielle instrumenter såsom ZORA-lån anførte Retten for det første i den appellerede doms præmis 292, at indkomstskattelovens artikel 166 »ikke formelt beting[ede] skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele hos et moderselskab af, at det udloddede overskud forinden [var] blevet beskattet hos dets datterselskab« i forlængelse af Kommissionen, som i 218. betragtning til den omtvistede afgørelse fastslog, at »der ikke best[od] en udtrykkelig forbindelse mellem [indkomstskattelovens] artikel 166 [...] og artikel 164, stk. 1 og 2«, og for det andet i den appellerede doms præmis 300, at »ZORA-tilvæksten formelt set ikke udgør udlodning af overskud«.
- 124 Retten fraveg således en ordlydsfortolkning af disse bestemmelser. Retten bekræftede Kommissionens tilgang og fandt i første omgang, at skattefritagelsen af et holdingselskabs indtægter fra kapitalandele kun kunne komme i betragtning i luxembourgsk ret, hvis de indtægter, som datterselskabet havde udloddet, forinden var blevet beskattet.
- 125 Retten støttede sig i denne forbindelse i den appellerede doms præmis 295 og 296 på to forhold, som Kommissionen havde lagt til grund i den omtvistede afgørelse. Det drejer sig for det første om skrivelsen af 31. januar 2018, som er »entydig«, eftersom Storhertugdømmet Luxembourg heri anerkendte, at »alle de kapitalandele, hvorfra indtægterne [kunne] opnå skattefritagelse i medfør af [indkomstskattelovens] artikel 166 [...], ligeledes [var] omfattet af [indkomstskattelovens] artikel 164«. Retten henviste for det andet til det luxembourgiske statsråds udtalelse af 1965 om lovforslaget om indsættelse af artikel 166 i indkomstskatteloven, hvori statsrådets fremhævede, at denne bestemmelse »af hensyn til fair beskatning og af økonomiske grunde« havde til formål at undgå dobbelt eller tredobbelt beskatning af udloddede indtægter, men ikke som sådan at undgå enhver beskatning af de nævnte indtægter.
- 126 Retten fandt for det andet, at den formalistiske tilgang, der bestod i at se på hver enkelt af de transaktioner, som indgik i den finansielle konstruktion, som de pågældende selskaber havde udarbejdet, skulle undgås, for i stedet at klarlægge de økonomiske og skattemæssige aspekter af denne konstruktion frem for de umiddelbare retlige omstændigheder, hvilket foranledigede den til i den appellerede doms præmis 312 at fastslå, at ZORA-tilvæksten »under de særlige omstændigheder i den foreliggende sag« materielt set svarede til udlodning af overskud.
- 127 Efter i den appellerede doms præmis 340-342 at have henvist til, at der i luxembourgsk ret er en forbindelse mellem skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele hos et moderselskab og fradragsretten for udloddede indtægter hos dets datterselskab, konkluderede Retten således i denne doms præmis 343, at »[s]om følge af denne forbindelse og i betragtning af disse to transaktioners samlede virkning for de berørte holdingselskaber afv[eg] de omhandlede forhåndstilsagn fra den [...] referenceramme«, der bestod af indkomstskattelovens artikel 164 og 166. Ifølge Rettens analyse i samme doms præmis 344 og 345 følger det heraf for det første, at Kommissionen af denne kombinerede virkning i 208. og 209. betragtning til den omtvistede afgørelse med rette kunne udlede, at der forelå en undtagelse fra denne referenceramme, og for det andet, at denne institution ikke havde begået nogen retlig fejl, da den undersøgte den kombinerede virkning for holdingselskaberne af retten til at fradrage en indtægt hos et datterselskab og den efterfølgende skattefritagelse for denne indtægt hos dets moderselskab.
- 128 De forhold, som Retten lagde til grund, og som er nævnt i denne doms præmis 125, gjorde det imidlertid ikke muligt for den gyldigt at fastslå, at Kommissionen i overensstemmelse med de principper, der er redegjort for i denne doms præmis 120-122, i tilstrækkelig grad havde kunnet godtgøre, at hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt den fritagelse, der er fastsat i indkomstskattelovens artikel 166, er betinget af, at de indtægter, der er fritaget hos



holdingselskaberne, beskattes hos datterselskaberne, støttede sig på en anden fortolkning af luxembourgsk ret end den, som Storhertugdømmet Luxembourg havde fremført, idet sidstnævnte fortolkning er forenelig med ordlyden af denne bestemmelse, som ikke formelt fastsætter en sådan betingelse.

- 129 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det for så vidt angår skrivelsen af 31. januar 2018, således som Engie m.fl. har gjort gældende, var på grundlag af en urigtig gengivelse af sidstnævntes ordlyd, at Retten i den appellerede doms præmis 295 fastslog, at konditionalitetsforbindelsen mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri, som vedrører en forudgående beskatning af indtægterne hos den udloddende enhed med henblik på at være omfattet af den fritagelse, der er fastsat i denne sidstnævnte bestemmelse, udtrykkeligt fremgik af Storhertugdømmet Luxembourgs svar. Det er således åbenbart, at Retten, idet den tilsluttede sig Kommissionens opfattelse, udledte, at der forelå en sådan forbindelse, ved at tage den i den denne præmis citerede sætning fra denne skrivelse ud af sin sammenhæng. Denne bedømmelse er uforenelig med andre passager i den nævnte skrivelse, hvori denne medlemsstat har anført, at den nævnte bestemmelse »ikke kræver, at indtægter fra kapitalandele forinden er blevet beskattet for at være omfattet af den fastsatte fritagelsesordning«, at indkomstskattelovens artikel 164 og 166 ikke skal anvendes »samlet«, og at »bestemmelserne i indkomstskattelovens artikel 164 ikke udgør en ufravigelig betingelse for anvendelsen af skattefritagelsesordningen for indtægter fra kapitalandele som fastsat i indkomstskattelovens artikel 166«.
- 130 Hvad angår statsrådets udtalelse af 1965 er det tilstrækkeligt at konstatere, således som generaladvokaten har anført i punkt 121 i forslaget til afgørelse, at denne udtalelse begrænser sig til at anføre, at den bestemmelse, der blev undersøgt heri, og som indkomstskattelovens artikel 166 svarer til, havde til formål at undgå kædebeskatning af overskud hos et datterselskab og dets moderselskab, inden det blev udloddet til aktionærerne, uden derimod at anføre, at denne bestemmelse ligeledes tilsigtede at undgå enhver situation med dobbelt ikke-beskatning for så vidt angår et moderselskabs indtægter fra kapitalandele.
- 131 Det er derfor efter en analyse, der er behæftet med en retlig fejl og en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, at Retten i den appellerede doms præmis 298 tiltrådte Kommissionens konstatering af, at der foreligger en konditionalitetsforbindelse mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri, således at et moderselskabs skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele er betinget af, at det udloddede overskud er blevet beskattet hos datterselskabet.
- 132 Det første appelanbringende skal derfor tages til følge, uden at det er nødvendigt at undersøge det første appelanbringendes andet led, som Storhertugdømmet Luxembourg har fremsat, og som vedrører fejl vedrørende undtagelsen fra den referenceramme, der er begrænset til indkomstskattelovens artikel 164 og 166.

## ***2. Det andet anbringende i appellerne***

### ***a) Parternes argumenter***

- 133 Det andet anbringende i sag C-451/21 P indeholder fire led, hvoraf det første vedrører Rettens fastholdelse af en åbenbart urigtig forudsætning og dens urigtige gengivelse af den nationale lovgivning, det andet retlige fejl begået af Retten ved fastlæggelsen af den referenceramme, som den anvendte for så vidt angår misbrug af rettigheder, og at den appellerede dom er behæftet

med en utilstrækkelig og selvmodsigende begrundelse, det tredje fejl med hensyn til påvisningen af en undtagelse fra denne referenceramme, og det fjerde, der er fremsat subsidiært, en tilsidesættelse af Storhertugdømmet Luxembourgs ret til forsvar.

- 134 Med dette anbringendes første led har Storhertugdømmet Luxembourg bl.a. gjort gældende, at hele Rettens ræsonnement hviler på den fejlagtige forudsætning, at det samme skattemæssige resultat som det, Engie-koncernen opnåede, ikke ville have været muligt uden eksistensen af mæglerselskaber, som var et væsentligt led i den finansielle konstruktion, som denne koncern havde oprettet. Medlemsstaten har imidlertid anført, at den i første instans anførte, at et direkte ZORA-lån, der indgås uden anvendelse af et mæglerselskab, ville føre til det samme skattemæssige resultat som det, der vil følge af et indirekte ZORA-lån, idet kreditor i første omgang ved konverteringen af det direkte ZORA-lån er i stand til at drage fordel af den skattnutralitet, der er tilladt i henhold til indkomstskattelovens artikel 22a, og dernæst skattefritagelsen af en eventuel udlodning eller kapitalgevinst i henhold til denne lovs artikel 166, hvilket Retten anerkendte ved at fastslå, at disse artikler ikke formelt udelukkede en sådan fritagelse.
- 135 Det var således med urette, at Retten fandt, at tre af de kriterier for misbrug af rettigheder, der er fastsat i skattetilpasningslovens artikel 6, var opfyldt, og at de omhandlede forhåndstilsagn følgelig havde fraveget referencerammen.
- 136 Med det andet anbringendes andet led har Storhertugdømmet Luxembourg for det første gjort gældende, at Retten med urette fastslog, at det ikke var nødvendigt at tage hensyn til administrativ praksis, eftersom skattetilpasningslovens artikel 6 ikke gav anledning til fortolkningsvanskeligheder. Retten tilsidesatte således Domstolens praksis, hvoraf der følger en forpligtelse til i forbindelse med fastlæggelsen af referencerammen at foretage en detaljeret analyse af gældende ret i den pågældende medlemsstat samt af dens administrative og retlige praksis. Denne analyse er så meget desto vigtigere, som skattetilpasningslovens artikel 6 er affattet i generelle vendinger og derfor kræver en vurdering fra sag til sag. I denne henseende mangler klagepunktet om, at Storhertugdømmet Luxembourg ikke havde givet Kommissionen eksempler på sin administrative praksis, ud over at det vendte bevisbyrden om, faktisk grundlag, idet denne medlemsstat havde fremsendt flere eksempler på forhåndstilsagn til Kommissionen.
- 137 For det andet er den referenceramme, som Retten lagde til grund, ufuldstændig, i første række fordi den ikke henviser til den undtagelsesvis karakter af de luxembourgiske myndigheders anvendelse af begrebet misbrug af rettigheder, i anden række for så vidt som den ikke tager hensyn til den omstændighed, at den skattepligtige frit kan vælge den form, som forekommer ham at være den mindst byrdefulde ud fra et skattemæssigt synspunkt, og endelig for så vidt som denne valgfrihed, som den skattepligtige har, er til hinder for, at skatteforvaltningen griber ind i de valgmuligheder, som den skattepligtige har i sin virksomheds interesse, og sætter sin vurdering i stedet for den skattepligtiges.
- 138 For det tredje baserede Retten sig på en afvigelse fra formålet med det skattemæssige referencesystem og ikke fra selve dette system, selv om det fremgår af fast retspraksis, at alene en afvigelse fra referencerammen gør det muligt at fastslå, at en foranstaltning er selektiv. Det tilkommer ikke Kommissionen eller Retten inden for rammerne af statsstøttere reglerne i den berørte medlemsstats sted at fastlægge formålet med det nationale skattesystem.

- 139 Med det andet anbringendes tredje led har Storhertugdømmet Luxembourg navnlig gjort gældende, at Retten så bort fra den økonomiske usikkerhed, som de omhandlede transaktioner var genstand for, og hvis resultater afhang af datterselskabernes resultater. Hvis Retten havde taget hensyn til denne usikkerhed, burde den uundgåeligt have fundet, at det andet kriterium for misbrug af rettigheder, der vedrører nedsættelsen af skattebyrden, ikke var opfyldt. Desuden gør den luxembourgiske retspraksis det ikke muligt ex post at konkludere, at der foreligger misbrug af rettigheder gennem en transaktion, når denne transaktion tidligere er blevet godkendt ved et gyldigt udstedt forhåndstilsagn.
- 140 Med dette anbringendes fjerde led har Storhertugdømmet Luxembourg gjort gældende, at dets ret til forsvar blev tilsidesat, eftersom Kommissionen i afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure kun indirekte og i et enkelt afsnit nævnte, at der forelå et muligt, ikke specifikt defineret misbrug af rettigheder, men i forbindelse med datterselskabernes mulighed for at fratække ZORA-tilvæksten. Dette klagepunkt svarer imidlertid ikke til klagepunktet i den omtvistede afgørelse.
- 141 Det andet anbringende i sag C-454/21 P indeholder tre led, hvoraf det første vedrører retlige fejl og et åbenbart urigtigt skøn, som Retten foretog ved fastlæggelsen af referencerammen, det andet den retlige fejl, der følger af Rettens identificering af en selektiv fordel i henhold til skattetilpasningslovens artikel 6, og det tredje et åbenbart urigtigt skøn som følge af Rettens fortolkning af den luxembourgiske lovgivning.
- 142 Med dette anbringendes første led har Engie m.fl. gjort gældende, at Retten anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den fastslog, at selskaberne ikke havde anfægtet definitionen af referencerammen, for så vidt som den blev udvidet til at omfatte skattetilpasningslovens artikel 6. Engie m.fl. anfægtede nemlig i deres stævning for Retten Kommissionens kompetence og dens abstrakte fortolkning af de kriterier for misbrug af rettigheder, som den luxembourgiske forvaltningsdomstol havde opstillet, og gjorde gældende, at det var nødvendigt at tage hensyn til de luxembourgiske myndigheders administrative praksis og retspraksis i situationer, der var sammenlignelige med deres egen.
- 143 Hvad angår de retlige fejl fortolkede Retten efter Kommissionens opfattelse skattetilpasningslovens artikel 6 uden at tage hensyn til de gældende retsregler eller til de luxembourgiske myndigheders administrative og retslige praksis i situationer, der kan sammenlignes med deres egen, for lignende konstruktioner. Retten har endvidere omskrevet den omtvistede afgørelse i denne henseende.
- 144 Med det andet anbringendes andet led har Engie m.fl. gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl og tilsidesatte sin egen retspraksis ved at udelukke, at begrebet »misbrug af rettigheder«, selv om det skal fortolkes strengt, altid skal vurderes fra sag til sag.
- 145 Med det andet anbringendes tredje led har Engie m.fl. gjort gældende, at selv hvis det antages, at referencerammen omfatter skattetilpasningslovens artikel 6, anlagde Retten et åbenbart urigtigt skøn ved fortolkningen af denne bestemmelse og anvendelsen heraf. Retten modsagde således sig selv ved at fastslå, at den direkte konvertering af ZORA-lånet ikke kunne give anledning til en indtægt, der var fritaget for beskatning som omhandlet i indkomstskattelovens artikel 166, henset til formålet med denne lovs artikel 22a, inden den anerkendte, at disse bestemmelser ikke formelt udelukkede skattefritagelse af indtægter.
- 146 Kommissionen har bestridt det andet appelanbringende.

- 147 Den har bl.a. anført, at Retten ikke foretog en urigtig gengivelse, da den fastslog, at definitionen af den referenceramme, der omfattede skattetilpasningslovens artikel 6, ikke blev anfægtet af Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. Retten benægtede under alle omstændigheder ikke behovet for at vurdere, hvorvidt der forelå misbrug af rettigheder, fra sag til sag, men præciserede blot, at kriterierne i luxembourgsk ret for et misbrug af rettigheder var klare.
- 148 Selv om Kommissionen ikke har bestridt den skattepligtiges frie valg af den mindst beskattede fremgangsmåde og forbuddet mod, at skatteforvaltningen sætter sit eget valg i stedet for virksomhedens, er Kommissionen imidlertid af den opfattelse, at disse principper i luxembourgsk ret har deres lovmæssige begrænsning i skattetilpasningslovens artikel 6, og at enhver modsat fortolkning af denne artikel ville gøre den indholdsløs.
- 149 Hvad angår Rettens henvisning til den omstændighed, at skattetilpasningslovens artikel 6 allerede var blevet anvendt, kan det ikke heraf udledes, at Retten fandt, at de omhandlede foranstaltninger alene af denne grund var selektive, men blot, at den ønskede at imødegå kritikken om, at denne bestemmelse var uden virkning.
- 150 Kommissionen har ligeledes anført, at den ikke har antaget, at der foreligger misbrug af rettigheder. Den har gjort gældende, at et direkte ZORA-lån ikke fører til det samme skattemæssige resultat som et indirekte ZORA-lån, og at selv om dette måtte være tilfældet, vil der fortsat være tale om misbrug af rettigheder. Endvidere analyserede den de fire kriterier for misbrug af rettigheder på grundlag af sagens faktiske omstændigheder, hvorefter den konkluderede, at disse kriterier var opfyldt. I denne forbindelse er den omstændighed, at de omhandlede aktiviteter er genstand for en økonomisk usikkerhed, ikke relevant. Det eneste afgørende er, om den pågældende skattemæssige behandling var udtryk for misbrug eller ej.

#### ***b) Domstolens bemærkninger***

- 151 Indledningsvis skal argumentationen fremsat af Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. om, at Retten med urette fastslog, at Kommissionen kunne godtgøre de omhandlede forhåndstilsagns selektive karakter i forhold til den referenceramme, der bestod af skattetilpasningslovens artikel 6 uden at tage hensyn til den nationale administrative praksis vedrørende denne bestemmelse, med den begrundelse, at sidstnævnte ikke gav anledning til fortolkningsproblemer, undersøges.
- 152 I denne henseende bemærkes for det første, at kvalificeringen af en skatteforanstaltning som »selektiv« ikke alene forudsætter kendskab til indholdet af de relevante retsregler, men ligeledes kræver en undersøgelse af disses rækkevidde, herunder på grundlag af den pågældende medlemsstats administrative og retslige praksis (jf. i denne retning dom af 18.7.2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, præmis 20).
- 153 For det andet, og således som generaladvokaten i det væsentlige har fremhævet i punkt 146-148 i forslaget til afgørelse, er en bestemmelse, der har til formål horisontalt at forhindre misbrug på skatteområdet, såsom skattetilpasningslovens artikel 6, efter sin art særlig generel, idet den kan finde anvendelse i en meget bred vifte af sammenhænge og situationer.

- 154 I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 112, henhører valget om at fastsætte en sådan bestemmelse i national ret og at fastlægge de nærmere regler for skattemyndighedernes gennemførelse heraf under medlemsstaternes kompetence på området for direkte beskatning på de områder, der ikke har været genstand for en EU-retlig harmonisering, og dermed under deres skattemæssige autonomi.
- 155 Henset til karakteren af en bestemmelse om bekæmpelse af misbrug som den, der er omhandlet i nærværende doms præmis 153, kan Kommissionen imidlertid kun nå til den konklusion, at skattemyndighedernes undladelse af at anvende den med henblik på at afvise en skattebehandling, som en skatteyder har anmodet om i en anmodning om forhåndstilsagn, har medført tildeling af en selektiv fordel, for så vidt som denne undladelse afviger fra national retspraksis eller administrativ praksis vedrørende denne bestemmelse. Hvis det forholdt sig anderledes, ville Kommissionen være i stand til selv at definere, hvad der udgør eller ikke udgør en korrekt anvendelse af en sådan bestemmelse, hvilket ville overskride grænserne for de beføjelser, som den er tillagt ved traktaterne på området for kontrol med statsstøtte, og være uforeneligt med medlemsstaternes skattemæssige autonomi som nævnt i foregående præmis.
- 156 Det følger heraf, at Retten begik en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 409 fastslog, at det ikke var nødvendigt for Kommissionen at tage hensyn til de luxembourgiske skattemyndigheders administrative praksis vedrørende skattetilpasningslovens artikel 6 med den begrundelse, at denne bestemmelse ikke gav anledning til fortolkningsproblemer.
- 157 Retten påpegede ganske vist i denne præmis 409, at Kommissionen i 293.-298. betragtning til den omtvistede afgørelse henviste til et cirkulære fra den luxembourgiske forvaltning og til retspraksis i denne medlemsstat, hvoraf den udledte de fire kriterier, der i luxembourgsk ret gør det muligt at fastslå, at der foreligger misbrug af rettigheder på skatteområdet som omhandlet i denne bestemmelse.
- 158 Som generaladvokaten har anført i punkt 153 og 154 i forslaget til afgørelse, begrænsede Kommissionen sig imidlertid i denne passage i den omtvistede afgørelse til en generel undersøgelse af betingelserne for anvendelse af skattetilpasningslovens artikel 6 uden at godtgøre, at den luxembourgiske skatteforvaltning navnlig i de omhandlede forhåndstilsagn havde afvejet fra sin egen praksis vedrørende transaktioner, der er sammenlignelige med de omhandlede.
- 159 Af denne grund skal det andet appelanbringende derfor ligeledes tages til følge, uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige argumenter, som Storhertugdømmet Luxembourg og Engie m.fl. har fremført til støtte for det nævnte anbringende.
- 160 Henset til, at det første og det andet appelanbringende er velbegrundet, skal den appellerede dom ophæves, uden at det er nødvendigt at tage stilling til de øvrige appelanbringender. Den omstændighed, at disse anbringender er velbegrundede, har således til følge, at Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 478 om, at forkastelsen af annullationsanbringenderne, der i det væsentlige anfægter analysen i den omtvistede afgørelse af en referenceramme, der er begrænset til indkomstskattelovens artikel 164 og 166, eller af en referenceramme, der består af skattetilpasningslovens artikel 6, er tilstrækkelig til at godtgøre de omhandlede forhåndstilsagns selektivitet, savner grundlag.

## V. Søgsmålet for Retten

- 161 I overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, andet punktum, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den ophæver den af Retten truffene afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.
- 162 Dette er tilfældet i den foreliggende sag, idet anbringerne i søgsmålene med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse har været genstand for en kontradiktorisk forhandling ved Retten, og deres undersøgelse ikke kræver, at der træffes nogen yderligere foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse eller oplysning af sagen.
- 163 Der skal først foretages en undersøgelse af det første og det andet anbringende i sag T-516/18 og det andet og det tredje anbringende i sag T-525/18, for så vidt som appellanterne har foreholdt Kommissionen, at den fejlagtigt konkluderede, at de omhandlede forhåndstilsagn havde indrømmet selektive fordele i lyset af den referenceramme, der er begrænset til indkomstskattelovens artikel 164 og 166, og den referenceramme, der består af skattetilpasningslovens artikel 6, som Retten gennemgik i den appellerede dom, og som svarer til den anden og den fjerde begrundelse, der er omhandlet i nærværende doms præmis 31.
- 164 Hvad angår den anden begrundelse vedrørende selektivitet, som er nævnt i nærværende doms præmis 31, er det ubestridt, at Kommissionen inkluderede indkomstskattelovens artikel 166 i den referenceramme, der er begrænset til bestemmelserne i luxembourgsk ret om beskatning af udloddet overskud og skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele. Denne institution fandt ikke desto mindre, at de omhandlede forhåndstilsagn var baseret på en fejlagtig anvendelse af denne bestemmelse.
- 165 I 202. betragtning til den omtvistede afgørelse tog Kommissionen således – efter at have konstateret, at begrebet »indtægter fra kapitalandele« som omhandlet i indkomstskattelovens artikel 166 ikke var defineret i loven – med henblik på at definere dette begreb afsat i skrivelsen af 31. januar 2018, hvori Storhertugdømmet Luxembourg anførte, at »alle de kapitalandele, hvorfra indtægterne kan opnå skattefritagelse i medfør af artikel [indkomstskattelovens] 166, ligeledes [er] omfattet af [indkomstskattelovens] artikel 164«. Kommissionen udledte heraf, at begrebet »indtægter fra kapitalandele«, der var omfattet af fritagelsen i indkomstskattelovens artikel 166, bestod af »udlodninger« til indehavere af værdipapirer som omhandlet i denne lovs artikel 164, idet den præciserede, at disse udlodninger af overskud skulle have været beskattet hos den udloddende enhed. Kommissionen fremhævede i 204. og 213. betragtning til den omtvistede afgørelse, at denne sidstnævnte betingelse fandt anvendelse, uden at det var relevant, hvorvidt de omhandlede indtægter blev kvalificeret som udlodning af overskud eller værditilvækst.
- 166 I 212. betragtning til den omtvistede afgørelse medgav Kommissionen desuden udtrykkeligt, at den indtægt, som LNG Holding og CEF havde oppebåret fra konverteringen af ZORA-lånene, økonomisk set svarede til en sådan udlodning af overskud.
- 167 Idet denne udlodning imidlertid ikke var blevet beskattet hos LNG Supply og GSTM, konstaterede Kommissionen, at der var sket en afvigelse fra en referenceramme, der bestod af reglerne i luxembourgsk ret om skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele og beskatning af udloddet overskud. Kommissionen udledte nærmere bestemt denne afvigelse af den omstændighed, at den luxembourgiske skatteforvaltning ved hjælp af de omhandlede forhåndstilsagn accepterede, at

realiseringen af ZORA-tilvæksten hos LNG Holding og CEF var omfattet af skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele i henhold til indkomstskattelovens artikel 166, selv om denne tilvækst var blevet fratrukket LNG Supplys og GSTM's skattepligtige overskud.

- 168 Denne analyse er imidlertid behæftet med en fejl, der i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 110, gør hele den anden begrundelse vedrørende selektivitet, der er nævnt i denne doms præmis 31, mangelfuld.
- 169 I denne henseende fremgår det for det første af analysen af de første appelanbringender, og navnlig af nærværende doms præmis 128-131, at det var med urette, at Kommissionen af skrivelsen af 31. januar 2018 og af statsrådets udtalelse af 1965 mente at kunne udlede, at der forelå en konditionalitetsforbindelse mellem indkomstskattelovens artikel 164 og artikel 166 heri vedrørende den forudgående beskatning af indtægterne hos den udloddende enhed med henblik på at være omfattet af den fritagelse, der er fastsat i sidstnævnte bestemmelse.
- 170 For det andet hverken undersøgte eller a fortiori påviste Kommissionen, at begrebet »udlodninger« som omhandlet i indkomstskattelovens artikel 164, med henvisning til hvilken »indtægter fra kapitalandele« som omhandlet i denne lovs artikel 166 ifølge Storhertugdømmet Luxembourg skal defineres, var uforeneligt med begrebet »fradragsberettiget omkostning« hos den udloddende enhed.
- 171 Selv hvis det antages, således som Kommissionen anførte i 212. betragtning til den omtvistede afgørelse, at den ZORA-tilvækst, der var omfattet af de omhandlede forhåndstilsagn, økonomisk set udgjorde udlodning af overskud som omhandlet i indkomstskattelovens artikel 164, kunne disse sidstnævnte tilsagn følgelig ikke fravige denne lovs artikel 166 ved at kvalificere denne tilvækst som indtægter fra kapitalandele for LNG Holding og CEF og dermed ved at fritage disse indtægter i henhold til sidstnævnte bestemmelse. Det må således konstateres, at Kommissionen hvad angår den anden begrundelse ikke har overholdt de principper, der er nævnt i denne doms præmis 120-122.
- 172 Når dette er sagt, berører en sådan konklusion ikke en undersøgelse af de omhandlede forhåndstilsagns eventuelt selektive karakter i lyset af konstateringen af, at LNG Supplys og GSTM's indkomst i hvert af de pågældende regnskabsår til gengæld for fradraget i form af omkostninger i ZORA-tilvæksten blev beskattet af den margin, der var aftalt med de luxembourgske skattemyndigheder, og ikke i henhold til de almindelige skatteregler, hvoraf det følger, at den skattebyrde, der påhviler et selskab, principielt beregnes ved at anvende en standardskattesats på den faktisk opnåede indkomst, fratrukket driftsudgifterne og andre omkostninger.
- 173 Hvad angår den fjerde begrundelse, der er omhandlet i nærværende doms præmis 31, fremgår det af denne doms præmis 153-158, at Kommissionens analyse af en selektiv fordel som følge af den manglende anvendelse af skattetilpasningslovens artikel 6 vedrørende misbrug af rettigheder ligeledes er behæftet med en retlig fejl, for så vidt som Kommissionen undlod at godtgøre, at den luxembourgske skatteforvaltning i de omhandlede forhåndstilsagn havde fraveget sin egen praksis vedrørende transaktioner, der er sammenlignelige med de omhandlede.
- 174 For det andet skal det første og det andet anbringende i sag T-516/18 og det andet og det tredje anbringende i sag T-525/18 undersøges, for så vidt som appellanterne har foreholdt Kommissionen, at den fejlagtigt konkluderede, at de omhandlede forhåndstilsagn havde

indrømmet LNG Holding og CEF eller Engie-koncernen selektive fordele i lyset af en referenceramme, der var udvidet til at omfatte det luxembourgiske selskabsskattesystem, og som svarede til den første og den tredje begrundelse, der er nævnt i nærværende doms præmis 31.

- 175 Hvad i denne henseende angår den første begrundelse, der er nævnt i nærværende doms præmis 31, skal det bemærkes, at Kommissionen, som det fremgår af 166. og 196. betragtning til den omtvistede afgørelse, ikke fandt, at de fritagelser, der var fastsat i det luxembourgiske selskabsskattesystem, og navnlig fritagelsen i indkomstskattelovens artikel 166, i sig selv udgjorde en støtteordning, men at deres anvendelse i kraft af de omhandlede forhåndstilsagn havde givet Engie-koncernen en selektiv fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. Således hverken hævdede eller godtgjorde Kommissionen, at der er sket en tilsidesættelse af sidstnævnte bestemmelse som følge af selve eksistensen af de relevante bestemmelser i luxembourgsk skatteret.
- 176 Følgelig svarer det tilfælde, der er nævnt i denne doms præmis 114, hvor selve referencerammen, således som den følger af national ret, af Kommissionen anses for at være uforenelig med EU-retten på statsstøtteområdet, ikke til den foreliggende sag.
- 177 Som det fremgår af nærværende doms præmis 112 og 118, skal referencesystemet eller den »normale« skatteordning, ud fra hvilken betingelsen om selektivitet skal analyseres, omfatte bestemmelser, der fastsætter de fritagelser, som den nationale skattemyndighed har anset for at finde anvendelse i det foreliggende tilfælde, når disse bestemmelser ikke i sig selv giver en selektiv fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. I et sådant tilfælde kan Kommissionen, henset til medlemsstaternes egne kompetencer på området for direkte beskatning og respekten for deres skattemæssige autonomi, som er nævnt i denne doms præmis 118, ikke fastsætte en undtagelse fra en referenceramme ved blot at konstatere, at en foranstaltning afviger fra et generelt formål om beskatning af alle selskaber, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, uden at tage hensyn til bestemmelser i national ret, der specificerer fremgangsmåden for opfyldelsen af dette formål.
- 178 I det foreliggende tilfælde medtog Kommissionen, således som det fremgår af 171.-176. betragtning til den omtvistede afgørelse, ikke indkomstskattelovens artikel 166 i den nævnte ramme, idet den støttede sig på en referenceramme, der var udvidet til at omfatte det luxembourgiske selskabsskattesystem.
- 179 Kommissionen forkastede i 179., 182., 184., 185., 187., 188., 190. og 192. betragtning til denne afgørelse relevansen af indkomstskattelovens artikel 166 med den begrundelse, i det væsentlige, at anvendelsen af denne bestemmelse ikke kunne rejse tvivl om konklusionen om, at den kombinerede virkning af fradraget for ZORA-tilvæksten hos LNG Supply og GSTM og skattefritagelsen for tilsvarende indtægter hos LNG Holding og CEF afveg fra formålet med det almindelige luxembourgiske selskabsskattesystem, som består i at beskatte overskuddet i alle selskaber, der er skattepligtige i Luxembourg. Det var på grundlag af en sådan analyse, at Kommissionen, som det fremgår af 192. og 193. betragtning til nævnte afgørelse, konkluderede, at undtagelsen fra denne referenceramme havde form af en skattefritagelse for de indtægter, som henholdsvis LNG Holding og CEF havde oppebåret som holdingselskab for henholdsvis LNG Supply og GSTM.



- 180 Henset til det i denne doms præmis 177 anførte må det fastslås, at denne konklusion er behæftet med en retlig fejl. Indkomstskattelovens artikel 166, som udgør retsgrundlaget for de omhandlede forhåndstilsagn, burde være blevet medtaget i den referenceramme, der definerer det »normale« skattesystem, eftersom Kommissionen ikke fandt, at denne bestemmelse i sig selv gav en selektiv fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 181 Denne fejl har i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 110, nødvendigvis også medført, at hele den selektivitetsanalyse, som Kommissionen foretog i henhold til en referenceramme, der var udvidet til at omfatte det luxembourgiske selskabsskattesystem, var mangelfuld.
- 182 Hvad endelig angår den tredje begrundelse, der er nævnt i nærværende doms præmis 31, medfører de fejl, der blev konstateret i denne doms præmis 168-171 og 180, ligeledes, at Kommissionens analyse af de virkninger, som de omhandlede forhåndstilsagn affødte for Engie-koncernen, er mangelfuld.
- 183 I første række gengav Kommissionen nemlig i 252.-254. betragtning til den omtvistede afgørelse, der vedrørte skattefritagelsen af indtægter fra kapitalandele i henhold til indkomstskattelovens artikel 166, i det væsentlige den analyse, der var foretaget inden for rammerne af den anden begrundelse, som var støttet på en referenceramme, der var begrænset til bestemmelserne i luxembourgsk ret om beskatning af udloddet overskud og skattefritagelse af indtægter fra kapitalandele, og henviste i denne forbindelse bl.a. til 202. betragtning til samme afgørelse. Det følger heraf, at denne analyse er behæftet med den samme fejl som den, der er konstateret i denne doms præmis 168-171.
- 184 I anden række fremgår det af 245. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen med henblik på denne analyse som referenceramme tog hensyn til det luxembourgiske selskabsskattesystem som beskrevet i 171.-190. betragtning til denne afgørelse. Som anført i nærværende doms præmis 180 og 181 er denne definition af referencerammen imidlertid fejlagtig, for så vidt som den ikke omfatter indkomstskattelovens artikel 166.
- 185 Af de grunde, der er anført i nærværende doms præmis 177, kunne Kommissionen i øvrigt ikke gyldigt inden for rammerne af denne tredje begrundelse med henvisning alene til et generelt formål med det luxembourgiske system om beskatning af overskud i selskaber, der er hjemmehørende i Luxembourg, således som den gjorde i 256. betragtning til den omtvistede afgørelse, gyldigt fastslå, at der forelå en fravigelse af det »normale« skattesystem.
- 186 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det første og det andet anbringende i sag T-516/18 og det andet og det tredje anbringende i sag T-525/18, der i det væsentlige vedrører urigtige skøn og retlige fejl ved identificeringen af en selektiv fordel, skal tages til følge. Følgelig skal den omtvistede afgørelse annulleres, uden at det er nødvendigt at behandle de øvrige anbringender i annulationssøgsmålene.

## VI. Sagsomkostninger

- 187 I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningerne, såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen.

- 188 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 189 Da Storhertugdømmet Luxembourg har fået medhold i appellen i sag C-451/21 P, bør det i overensstemmelse med denne medlemsstats påstand herom pålægges Kommissionen at bære sine egne omkostninger og at betale de af Storhertugdømmet Luxembourg afholdte omkostninger.
- 190 Hvad angår appellen i sag C-454/21 P, Engie m.fl., der har fået medhold, bør Kommissionen i overensstemmelse med påstandene fremsat af Engie m.fl. pålægges ud over at bære sine egne omkostninger at betale de af Engie m.fl. afholdte omkostninger.
- 191 Da søgsmålene ved Retten er blevet taget til følge, tilpligtes Kommissionen i øvrigt at betale samtlige omkostninger i forbindelse med sagen i første instans.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

- 1) Sagerne C-451/21 P og C-454/21 P forenes med henblik på dommen.**
- 2) Den Europæiske Unions Rets dom af 12. maj 2021, Luxembourg m.fl. mod Kommissionen (T-516/18 og T-525/18, EU:T:2021:251), ophæves.**
- 3) Kommissionens afgørelse (EU) 2019/421 af 20. juni 2018 om statsstøtte SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) iværksat af Luxembourg til fordel for Engie annulleres.**
- 4) Europa-Kommissionen betaler omkostningerne i forbindelse med appellerne i sagerne C-451/21 P og C-454/21 P.**
- 5) Kommissionen betaler omkostningerne i forbindelse med sagen i første instans.**

Underskrifter