



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid)

12 mei 2021 *

[Zoals gerectificeerd bij beschikking van 16 september 2021]

„Staatssteun – Door Luxemburg ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van Engie – Besluit waarbij de steun onverenigbaar met de interne markt en onrechtmatig wordt verklaard en terugvordering ervan wordt gelast – Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken (advance tax rulings) – Staatsmiddelen – Voordeel – Gecombineerd effect van beide fiscale maatregelen – Vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen – Belasting over winstuitkeringen – Rechtsmisbruik – Selectiviteit – Referentiekader – Vaststelling van een afwijking – Situatievergelijkbaarheid – Moeder-dochterregeling – Groep van vennootschappen – Terugvordering – Indirecte harmonisatie – Procedurele rechten – Motiveringsplicht”

In de zaken T-516/18 en T-525/18,

Groothertogdom Luxemburg, vertegenwoordigd door T. Uri als gemachtigde, bijgestaan door D. Waelbroeck, advocaat,

verzoeker in zaak T-516/18,

ondersteund door

Ierland, vertegenwoordigd door J. Quaney, M. Browne, A. Joyce als gemachtigden, bijgestaan door P. Gallagher, S. Kingston SC, en B. Doherty, BL,

intervenient

Engie Global LNG Holding Sàrl, gevestigd te Luxemburg (Groothertogdom Luxemburg),

Engie Invest International SA, gevestigd te Luxemburg,

Engie, gevestigd te Courbevoie (Frankrijk),

vertegenwoordigd door B. Le Bret, M. Struys, en C. Rydzynski, advocaten,

verzoeksters in zaak T-525/18,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door B. Stromsky en S. Noë als gemachtigden,

* Procestaal: Frans.

verweerster,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU tot nietigverklaring van besluit (EU) 2019/421 van de Commissie van 20 juni 2018 betreffende steunmaatregel SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) door Luxemburg ten uitvoer gelegd ten gunste van Engie (PB 2019, L 78, blz. 1),

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. van der Woude, president, V. Tomljenović (rapporteur), F. Schalin, P. Škvařilová Pelzl en I. Nõmm, rechters,

griffier: M. Marescaux, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 september 2020,

het navolgende

Arrest

I. Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Op 23 maart 2015 heeft de Europese Commissie het Groothertogdom Luxemburg verzocht om inlichtingen over de Luxemburgse praktijk inzake fiscale rulings ten aanzien van de vennootschappen van de groep Engie, waaronder Engie (hierna: „Engie SA”), Engie Global LNG Holding Sàrl en Engie Invest International SA (hierna gezamenlijk: „Engie”).
- 2 Met dit verzoek heeft de Commissie, om te beginnen, Luxemburg gevraagd inlichtingen te verstrekken over alle fiscale rulings die sinds 2004 tot en met 23 maart 2015 ten gunste van de vennootschappen van de groep Engie zijn afgegeven en in die periode of in de tien jaar daarvoor van kracht waren.
- 3 Voorts heeft de Commissie met dit verzoek gevraagd om haar de jaarrekeningen over 2011, 2012 en 2013 van de groep Engie en de vennootschappen van die groep alsmede een kopie van hun belastingaangiften te bezorgen.

A. Groep Engie

- 4 Volgens de overwegingen 16 tot en met 22 van besluit (EU) 2019/421 van de Commissie van 20 juni 2018 betreffende steunmaatregel SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) door Luxemburg ten uitvoer gelegd ten gunste van Engie (PB 2019, L 78, blz. 1; hierna: „bestreden besluit”) bestaat de groep Engie uit Engie SA, een in Frankrijk gevestigde vennootschap, en alle vennootschappen waarover Engie SA direct of indirect zeggenschap heeft, in het bestreden besluit gezamenlijk aangeduid als „Engie”.

- 5 In Luxemburg heeft Engie SA zeggenschap over verschillende vennootschappen. Het gaat onder meer om Compagnie Européenne de Financement C.E.F. SA (hierna: „CEF”), die in 1933 in Luxemburg is opgericht en in 2015 in Engie Invest International SA is omgedoopt.
- 6 Het doel van laatstgenoemde vennootschap is om deelnemingen in Luxemburg en in buitenlandse entiteiten te verwerven en die deelnemingen te beheren, exploiteren en controleren.
- 7 CEF heeft, in de eerste plaats, GDF Suez Treasury Management Sàrl (hierna: „GSTM”) en, in de tweede plaats, Electrabel Invest Luxembourg SA (hierna: „EIL”), in handen.
- 8 CEF heeft, vanaf 2010, haar activiteiten op het gebied van financiering en kasmiddelenbeheer overgedragen aan GSTM.
- 9 CEF heeft, in de derde plaats, GDF Suez LNG Holding Sàrl (hierna: „LNG Holding”), opgericht in Luxemburg in 2009 en in 2015 omgedoopt in Engie Global LNG Holding Sàrl, in handen.
- 10 Het doel van laatstgenoemde vennootschap is om deelnemingen in Luxemburgse en buitenlandse entiteiten te verwerven en die deelnemingen te beheren.
- 11 Eind 2009 heeft LNG Holding een andere vennootschap van de groep Engie vervangen, te weten Suez LNG Trading (hierna: „LNG Trading”), aan het hoofd van GDF Suez LNG Supply SA (hierna: „LNG Supply”) en GDF Suez LNG Luxembourg Sàrl (hierna: „LNG Luxembourg”).
- 12 LNG Luxembourg en LNG Supply zijn in 2009 in Luxemburg opgericht met onder meer als doel de financiering en de daaropvolgende overdracht van de activiteiten van LNG Trading in de sector vloeibaar aardgas en gasderivaten naar LNG Supply via LNG Luxembourg op 30 oktober 2009 te verzekeren.
- 13 De overdracht binnen de groep van de activiteiten van CEF en LNG Trading aan hun respectieve dochtervennootschappen werd binnen de groep Engie gefinancierd via de inschrijving door LNG Supply en GSTM (hierna gezamenlijk: „dochtervennootschappen”) bij respectievelijk LNG Luxembourg en EIL (hierna gezamenlijk: „intermediaire vennootschappen”) op een verplicht converteerbare nulcouponobligatie, een zogeheten „ZORA”.
- 14 Zowel de overdracht van de activiteiten van CEF op het gebied van financiering en kasmiddelenbeheer aan GSTM als de overdracht van de activiteiten van LNG Trading op het gebied van de aan- en verkoop van en de handel in vloeibaar aardgas en aardgasderivaten aan LNG Supply heeft aanleiding gegeven tot twee reeksen fiscale rulings van de Luxemburgse belastingdienst.

B. Fiscale rulings

- 15 In antwoord op het verzoek om inlichtingen van 23 maart 2015 heeft het Groothertogdom Luxemburg de Commissie twee reeksen fiscale rulings (hierna gezamenlijk: „betrokken fiscale rulings”) toegezonden:
 - een reeks fiscale rulings betreffende de overdracht van de activiteit van het kopen, verkopen en verhandelen van vloeibaar aardgas en gasderivaten van LNG Holding aan LNG Supply en de financiering ervan door middel van een door LNG Luxembourg verstrekte lening, waarbij alle betrokken vennootschappen in Luxemburg zijn gevestigd;

- een reeks fiscale rulings betreffende de overdracht van de activiteiten op het gebied van financiering en kasmiddelenbeheer van CEF aan GSTM en de financiering daarvan door middel van een door EIL verstrekte lening, waarbij alle betrokken vennootschappen in Luxemburg zijn gevestigd.

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

- 16 De fiscale rulings betreffende de overdracht van activiteiten in de sector vloeibaar aardgas en gasproducten ten gunste van LNG Supply zijn weergegeven in de overwegingen 23 tot en met 58 van het bestreden besluit en als bijlage bij het dossier in zaak T-516/18 gevoegd.
- 17 De eerste fiscale ruling is afgegeven op 9 september 2008. Hierin wordt gewag gemaakt van de oprichting van LNG Supply en vervolgens van LNG Luxembourg, alsook van de geplande overdracht van de activiteiten van LNG Trading aan LNG Luxembourg en de daaropvolgende overdracht ervan aan LNG Supply.
- 18 Schematisch gesteld heeft LNG Supply de activiteiten van LNG Trading overgenomen door in te schrijven op een ZORA van LNG Luxembourg. Bij conversie daarvan heeft LNG Supply aandelen uitgegeven met een waarde die gelijk was aan de nominale waarde van de ZORA plus of min de aanwas op deze lening (hierna: „ZORA-aanwas”).
- 19 Fiscaal gezien blijkt uit de fiscale ruling van 9 september 2008 dat LNG Supply slechts wordt belast voor een met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge. Deze marge komt overeen met een [vertrouwelijk]¹ deel van LNG Supply, met een minimum dat is vastgesteld op [vertrouwelijk]. Het verschil tussen de jaarlijkse winst en de met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge komt overeen met de ZORA-aanwas die een aftrekbare kostenpost vormt.
- 20 Ter illustratie heeft de Commissie in overweging 48 van het bestreden besluit aangegeven dat voor 2011, op basis van een omzet van [vertrouwelijk], de belastbare inkomsten van LNG Supply zijn vastgesteld op [vertrouwelijk], te weten [vertrouwelijk]. Bijgevolg zou LNG Supply voor 2011 [vertrouwelijk] aan vennootschapsbelasting hebben betaald.
- 21 LNG Luxembourg van haar kant financiert de betrokken lening door middel van een contract met LNG Trading voor vooruitbetaalde termijnverkoop met een houdstermaatschappij, waarbij LNG Luxembourg zich ertoe verbindt om alle door LNG Supply op de datum van de conversie uitgegeven aandelen over te dragen tegen een prijs die overeenstemt met het nominale bedrag van de betrokken ZORA.
- 22 Fiscaal gezien geeft de Luxemburgse belastingdienst LNG Luxembourg de mogelijkheid om gedurende de looptijd van de betrokken ZORA belastbare inkomsten noch fiscaal aftrekbare kosten te boeken voor deze ZORA. Tevens zal de conversie van de betrokken ZORA, in de veronderstelling dat LNG Luxembourg kiest voor de toepassing van artikel 22 bis van de loi modifiée, du 4 décembre 1967, concernant l'impôt sur le revenu (gewijzigde wet van 4 december 1967 inzake inkomstenbelasting; hierna „LIR”), zoals uiteengezet in overweging 89 van het bestreden besluit, geen belastbare kapitaalwinst opleveren. Met andere woorden, ingeval wordt gekozen voor de toepassing van artikel 22 bis LIR, zal de ZORA-aanwas niet worden belast op de dag van de conversie.

¹ Weggelaten vertrouwelijke gegevens.

- 23 Uit de fiscale ruling van 9 september 2008 volgt ook dat LNG Holding de uit hoofde van het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop ontvangen betaling boekt onder de financiële vaste activa en dat deze activa altijd op de kostprijs gewaardeerd worden, zodat, voorafgaand aan de conversie van de betrokken ZORA, LNG Holding geen belastbaar inkomen en geen fiscaal aftrekbare lasten in verband met deze ZORA zal boeken. Voorts bevestigt de belastingdienst dat artikel 166 LIR, zoals uiteengezet in de overwegingen 83 tot en met 86 van het bestreden besluit, op grond waarvan bepaalde inkomsten uit deelnemingen van belasting kunnen worden vrijgesteld, van toepassing is op de deelneming die in het kader van het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop is gekocht.
- 24 De tweede fiscale ruling is op 30 september 2008 afgegeven en betreft de overdracht van de feitelijke leiding van LNG Trading naar Nederland.
- 25 De derde fiscale ruling is op 3 maart 2009 afgegeven en bekrachtigt de wijzigingen in de financieringsstructuur waarin de fiscale ruling van 9 september 2008 voorzag, met name de vervanging van LNG Trading door LNG Holding en de uitvoering van de ZORA waarop was ingeschreven door LNG Supply bij LNG Luxembourg en LNG Holding.
- 26 De vierde fiscale ruling is op 9 maart 2012 afgegeven en verduidelijkt bepaalde boekhoudkundige termen die worden gebruikt bij de berekening van de marge waarvoor LNG Supply wordt belast.
- 27 De laatste fiscale ruling is op 13 maart 2014 afgegeven en bevestigt een rulingaanvraag van 20 september 2013. Deze ruling betreft de fiscale behandeling van de gedeeltelijke conversie van de ZORA waarop LNG Supply heeft ingeschreven. Hieruit volgt dat LNG Supply, op de dag van de conversie van deze lening, haar kapitaal zal verminderen met een bedrag dat gelijk is aan het bedrag van deze conversie.
- 28 De Luxemburgse belastingdienst bevestigt dat, fiscaal gezien, de gedeeltelijke conversie van de ZORA geen fiscale gevolgen heeft voor LNG Luxembourg. LNG Holding boekt een winst die gelijk is aan het verschil tussen het nominale bedrag van de geconverteerde aandelen en het bedrag van deze conversie. Voorts is bepaald dat deze winst op grond van artikel 166 LIR onder de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen valt.

2. Fiscale rulings met betrekking tot de overdracht van activiteiten ten gunste van GSTM

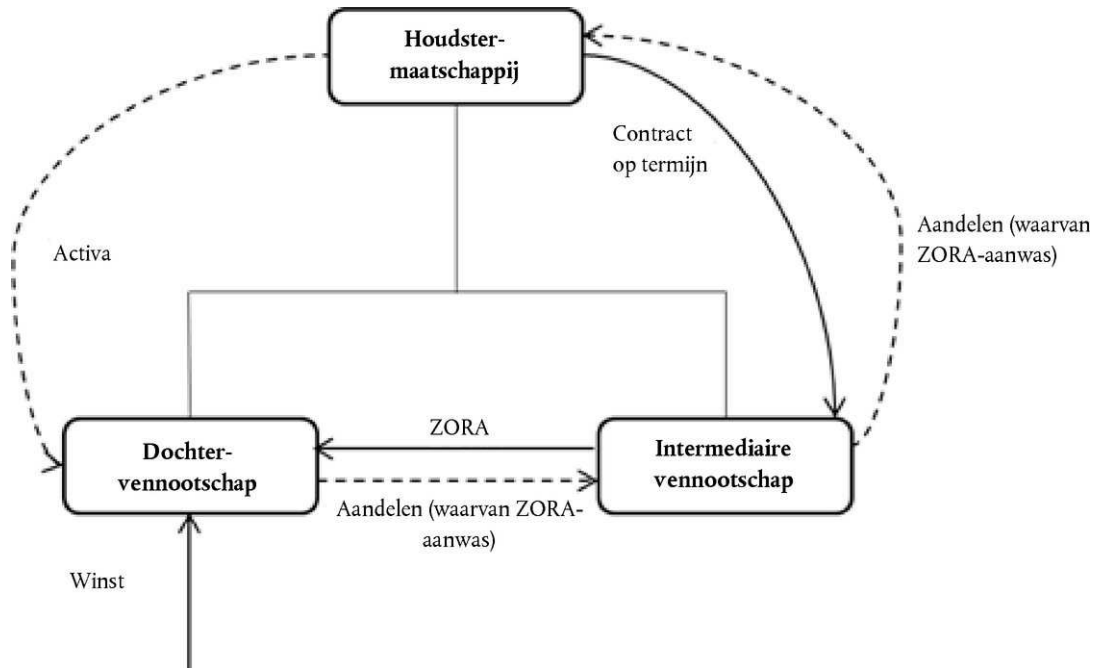
- 29 De fiscale rulings met betrekking tot de overdracht van activiteiten op het gebied van financiering en kasmiddelenbeheer ten gunste van GSTM zijn uiteengezet in de overwegingen 59 tot en met 77 van het bestreden besluit en zijn opgenomen in de bijlage bij het dossier in zaak T-516/18.
- 30 De eerste fiscale ruling, die op 9 februari 2010 is afgegeven, bekrachtigt een structuur die vergelijkbaar is met die welke LNG Holding heeft opgezet om de overdracht van haar activiteiten in de sector vloeibaar aardgas aan LNG Supply te financieren. De betrokken structuur is namelijk gebaseerd op een ZORA, waarop GSTM bij EIL heeft ingeschreven ter bekostiging van de overname van de activiteiten van CEF op het gebied van financiering en kasmiddelenbeheer.
- 31 Op dezelfde wijze als bij LNG Supply wordt GSTM tijdens de looptijd van de ZORA belast voor een met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge. Deze marge komt overeen met een [*vertrouwelijk*] deel.

- 32 Ter illustratie heeft de Commissie in overweging 74 van het bestreden besluit vermeld dat GSTM voor 2011 bij netto-inkomsten vóór belastingen en vóór een aanwas van 45 522 581 EUR en bij een gemiddelde waarde van de activa van GSTM van 3,7 miljard EUR voor [*vertrouwelijk*] is belast.
- 33 De tweede fiscale ruling, die is afgegeven op 15 juni 2012, bekrachtigt de fiscale behandeling van de financieringsverrichting en is gebaseerd op een analyse die identiek is aan die in de fiscale ruling van 9 september 2008 betreffende de overdracht van de activiteiten van LNG Trading aan LNG Supply. Zij verschilt echter hiervan op het punt van een eventuele verhoging van het bedrag van de ZORA waarop GSTM heeft ingeschreven.

3. Beknopt overzicht van de financieringsstructuren opgezet door de vennootschappen van de groep Engie

- 34 Uit de overwegingen 23 tot en met 77 van het bestreden besluit volgt dat de betrokken fiscale rulings verschillende transacties binnen de groep bekrachtigen naar Luxemburgs belastingrecht. Voorts benadrukt de Commissie dat uit deze fiscale rulings blijkt dat deze transacties één geheel vormen dat voor LNG Supply en voor GSTM één enkele operatie inhoudt, namelijk respectievelijk de overdracht binnen de groep van de activiteiten in de sector vloeibaar aardgas en de activiteiten met betrekking tot de financiering en de kasmiddelen, waarvan de financiering eveneens binnen dezelfde groep plaatsvond. De Commissie beklemtoont tevens dat deze transacties van meet af aan werden opgevat als drie opeenvolgende maar onderling afhankelijke stappen, waarbij houdstermaatschappijen, intermediaire vennootschappen en dochtervennootschappen van de groep Engie betrokken waren. De voornaamste kenmerken van deze transacties zijn de volgende.
- 35 In de eerste plaats draagt een houdstermaatschappij een geheel aan activa over aan haar dochtervennootschap.
- 36 Om te beginnen volgt uit overweging 34 van het bestreden besluit dat de overdracht van de activiteiten van LNG Trading ten gunste van LNG Supply ertoe heeft geleid dat LNG Supply op 30 oktober 2009 twee promesses ten gunste van LNG Trading heeft uitgegeven. De eerste promisse dekt een vordering van 11 miljoen USD (ongeveer 9,26 miljoen EUR) en de tweede een vordering van 646 miljoen USD (ongeveer 544 miljoen EUR). Alleen de tweede vordering werd door LNG Trading aan LNG Holding overgedragen.
- 37 Voorts blijkt uit overweging 61 van het bestreden besluit dat de overdracht van de activiteiten van CEF aan GSTM heeft geleid tot de uitgifte van een promisse ten gunste van CEF. De promisse dekt een vordering ten belope van 1 036 912 506,84 EUR.
- 38 In de tweede plaats schrijft de dochtervennootschap, ter financiering van de overgedragen activa, bij een intermediaire vennootschap in op een ZORA. Krachtens dit contract, en afgezien van het feit dat de verstrekte lening geen periodieke rente oplevert, betaalt de dochtervennootschap die op een ZORA heeft ingeschreven de lening bij conversie af door de uitgifte van aandelen ter waarde van het nominale bedrag van de lening, vermeerderd met een premie bestaande in alle winst die de dochtervennootschap tijdens de looptijd van de lening heeft gerealiseerd, dat wil zeggen de ZORA-aanwas, minus een beperkte marge die met de Luxemburgse belastingdienst is overeengekomen.

- 39 Om te beginnen blijkt uit overweging 34 van het bestreden besluit dat op 30 oktober 2009 tussen LNG Supply en LNG Luxembourg een ZORA voor een nominaal bedrag van 646 miljoen USD is gesloten voor een periode van 15 jaar.
- 40 Voorts zijn volgens overweging 61 van het bestreden besluit twee contracten, het ene gedateerd 17 juni 2011 en het andere gedateerd 30 juni 2014, gesloten met het oog op de inschrijving op een ZORA door GSTM bij EIL, met als vervaldatum 2026 en met een nominaal bedrag van 1 036 912 506,84 EUR.
- 41 In de derde plaats financiert de intermediaire vennootschap de aan de dochtervennootschap verstrekte lening door met de houdstermaatschappij een contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop te sluiten. Krachtens dit contract betaalt de houdstermaatschappij aan de intermediaire vennootschap een bedrag dat gelijk is aan het nominale bedrag van de lening in ruil voor de verwerving van de rechten op de aandelen die de dochtervennootschap zal uitgeven bij conversie van de betrokken ZORA. Maakt de dochtervennootschap winst gedurende de looptijd van de betrokken ZORA, dan zal de moedermaatschappij dus rechten hebben op alle uitgegeven aandelen, waarin naast de nominale waarde van de lening ook de waarde van de gerealiseerde winst is begrepen.
- 42 In de praktijk is, zoals blijkt uit overweging 34 van het bestreden besluit, op 30 oktober 2009 tussen LNG Luxembourg en LNG Holding een contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop gesloten. Dit contract behelst, om te beginnen, de aankoop door LNG Holding van alle rechten van LNG Luxembourg op de aandelen van LNG Supply voor een bedrag van 646 miljoen USD en, voorts, de overdracht van de aandelen van LNG Supply vanaf de datum van hun uitgifte.
- 43 Overweging 61 van het bestreden besluit maakt melding van de sluiting op 17 juni 2011 van een identiek contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop tussen CEF en EIL.
- 44 De inschrijving door GSTM en LNG Supply op een ZORA bij respectievelijk EIL en LNG Luxembourg en de sluiting door EIL en LNG Luxembourg van een contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop met respectievelijk CEF en LNG Holding (hierna: „betrokken houdstermaatschappijen”) komen in de plaats van de initiële financiering van de overdracht van de activiteitssectoren middels de uitgifte door GSTM en LNG Supply van promessen waarvan respectievelijk CEF en LNG Holding de rechthebbenden waren.
- 45 Het schema in overweging 27 van het bestreden besluit dat hieronder is weergegeven, verduidelijkt deze drie opeenvolgende operaties.



4. Gevolg van de gedeeltelijke conversie van de door LNG Supply gesloten ZORA

- 46 In de overwegingen 46, 47, 49, 53 en 57 van het bestreden besluit heeft de Commissie de gevolgen beschreven van de gedeeltelijke conversie in 2014 van de door LNG Supply gesloten ZORA, zijnde de enige ZORA die vóór de vaststelling van het bestreden besluit is geconverteerd.
- 47 LNG Supply heeft, met het oog op de gedeeltelijke conversie van de ZORA die zij heeft gesloten, een deel van het nominale bedrag van die ZORA en een deel van de ZORA-aanwas afgelost.
- 48 Daartoe heeft LNG Supply in september 2014 een kapitaalverhoging doorgevoerd van 699,9 miljoen USD (ongeveer 589,6 miljoen EUR), waarvan 193,8 miljoen USD (ongeveer 163,3 miljoen EUR) uit hoofde van de aflossing van een deel van het nominale bedrag van de betrokken ZORA en, op dat tijdstip, [vertrouwelijk] uit hoofde van de terugbetaling van een deel van de ZORA-aanwas. Uit de belastingaangiften van LNG Supply voor 2014 maakt de Commissie evenwel op dat het bedrag van de cumulatieve ZORA-aanwas in feite [vertrouwelijk] werd verminderd.
- 49 Voor LNG Luxembourg heeft de gedeeltelijke omzetting van de betrokken ZORA geleid tot een waardevermindering van deze ZORA, geboekt als actiefpost, met 193,8 miljoen USD en, parallel daaraan, tot een waardevermindering van het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop, geboekt als passiefpost, met eenzelfde bedrag.
- 50 Ten slotte heeft LNG Holding, na de intrekking van de in het kader van het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop ontvangen aandelen, een bedrag van [vertrouwelijk] geboekt. De kapitaalwinst is door de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen belastingvrij gebleven.
- 51 Wat betreft de door GSTM gesloten ZORA heeft de Commissie in overweging 165 van het bestreden besluit verklaard dat het voordeel niet afhangt van de conversie van de ZORA, ook al wordt ter bepaling van het terug te vorderen bedrag ervan uitgegaan dat het voordeel pas wordt verzilverd op het moment dat de door CEF ontvangen inkomsten worden vrijgesteld van belasting.

C. Formele onderzoeksprocedure

- 52 Bij brief van 1 april 2016 heeft de Commissie het Groothertogdom Luxemburg in kennis gesteld van haar twijfels over de verenigbaarheid van de betrokken fiscale rulings met het recht inzake staatssteun.
- 53 Op 23 mei 2016 heeft het Groothertogdom Luxemburg zijn opmerkingen aan de Commissie toegezonden.
- 54 Op 19 september 2016 heeft de Commissie besloten om op grond van artikel 108, lid 2, VWEU een formele onderzoeksprocedure in te leiden (hierna: „inleidingsbesluit”). Het inleidingsbesluit is op 3 februari 2017 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* gepubliceerd.
- 55 Op 21 november 2016 heeft het Groothertogdom Luxemburg bij brief zijn opmerkingen over de inleiding van de formele onderzoeksprocedure kenbaar gemaakt en de gevraagde inlichtingen verstrekt.
- 56 Op 27 februari 2017 heeft Engie haar opmerkingen over het inleidingsbesluit toegezonden.
- 57 Bij brief van 10 maart 2017 heeft de Commissie de opmerkingen van Engie voor een reactie doorgezonden aan de Luxemburgse autoriteiten.
- 58 Bij brief van 22 maart 2017 heeft de Commissie het Groothertogdom Luxemburg verzocht om aanvullende informatie.
- 59 Op 10 april en 12 mei 2017 heeft het Groothertogdom Luxemburg de Commissie ervan op de hoogte gebracht dat de opmerkingen die Engie had ingediend overeenkwamen met zijn eigen opmerkingen, en heeft het de gevraagde aanvullende informatie verstrekt.
- 60 Op 1 juni 2017 heeft een tripartiete vergadering tussen de Commissie, het Groothertogdom Luxemburg en Engie plaatsgevonden, waarvan notulen zijn opgesteld.
- 61 Naar aanleiding van de vergadering van 1 juni 2017 heeft het Groothertogdom Luxemburg op 16 juni 2017 aanvullende informatie verstrekt.
- 62 Bij brief van 11 december 2017 heeft de Commissie opnieuw verzocht om aanvullende informatie. Op 31 januari 2018 hebben de Luxemburgse autoriteiten en Engie gevolg gegeven aan dit verzoek.
- 63 Op 20 juni 2018 heeft de Commissie het bestreden besluit vastgesteld.

II. Bestreden besluit

- 64 Bij het bestreden besluit stelt de Commissie in wezen vast dat het Groothertogdom Luxemburg, via zijn belastingdienst, in strijd met artikel 107, lid 1, en artikel 108, lid 3, VWEU een selectief voordeel heeft verleend aan een entiteit die, volgens de overwegingen 16, 316 en 317 van het bestreden besluit, alle vennootschappen van de groep Engie omvat die als één economische eenheid worden beschouwd.

65 Zonder twijfels te uiten over de wettigheid, naar Luxemburgs belastingrecht, van de totale financieringsstructuur die de groep Engie voor de overdracht van de twee activiteitssectoren heeft opgezet, komt de Commissie op tegen het concrete gevolg van die constructie voor de in totaal door de groep Engie verschuldigde belastingen, namelijk tegen het feit dat nagenoeg de volledige winst die de dochtervennootschappen in Luxemburg hebben gerealiseerd, feitelijk niet wordt belast.

A. Toerekenbaarheid aan de staat

66 Wat betreft de toerekenbaarheid aan de staat van de betrokken fiscale rulings en het gebruik van staatsmiddelen, heeft de Commissie in de overwegingen 156 en 157 van het bestreden besluit beklemtoond dat de betrokken fiscale rulings door de Luxemburgse belastingdienst zijn vastgesteld en een verlies van belastinginkomsten inhouden, zodat het economische voordeel dat door deze fiscale rulings is toegekend, aan het Groothertogdom Luxemburg kan worden toegerekend en met staatsmiddelen is bekostigd.

B. Verlening van een voordeel

67 Wat de verlening van een economisch voordeel aan de betrokken houdstermaatschappijen betreft, heeft de Commissie, in met name de overwegingen 163 en 166 van het bestreden besluit, overwogen dat dit voordeel erin bestond dat de vennootschappen krachtens de betrokken fiscale rulings niet werden belast over de inkomsten uit deelnemingen, die economisch gezien overeenkwamen met de ZORA-aanwas die door de dochtervennootschappen als kosten werd afgetrokken van hun belastbare inkomsten.

68 Meer in het bijzonder wordt, volgens de Commissie, de ZORA-aanwas noch op het niveau van de dochtervennootschappen, noch op het niveau van de intermediaire vennootschappen, noch op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen belast.

69 Fiscaal gezien zouden de dochtervennootschappen, zoals volgt uit de overwegingen 35, 47 en 62 van het bestreden besluit, vennootschapsbelasting betalen over een grondslag die gelijk is aan een met de belastingdienst overeengekomen beperkte marge.

70 De Commissie heeft geconstateerd dat de dochtervennootschappen elk jaar boekhoudkundige voorzieningen hebben getroffen voor de toekomstige conversie van de betrokken ZORA, ten bedrage van de ZORA-aanwas, in wezen overeenkomend met het verschil tussen de daadwerkelijk door de dochtervennootschappen gemaakte winst en de met de belastingdienst overeengekomen marge als belastbaar inkomen. Deze ZORA-aanwas wordt als aftrekbare kosten beschouwd. Volgens de Commissie hebben de betrokken maatregelen de dochtervennootschappen dus daadwerkelijk in staat gesteld om nagenoeg de volledige winst die zij tijdens de periode van de lening hebben gerealiseerd, buiten de belastinggrondslag van de verschuldigde vennootschapsbelasting te houden.

71 Volgens de overwegingen 39 en 52 van het bestreden besluit worden ook de intermediaire vennootschappen niet belast over de ZORA-aanwas.

- 72 Bij de conversie van de ZORA, en overeenkomstig het met de betrokken houdstermaatschappijen gesloten contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop, zouden de betrokken houdstermaatschappijen namelijk een verlies ten belope van hetzelfde bedrag als de ZORA-aanwas boeken.
- 73 Ten slotte zouden de betrokken houdstermaatschappijen die de aandelen in de dochtervennootschappen bezitten krachtens het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop, volgens overweging 56 van het bestreden besluit evenmin worden belast over een bedrag dat overeenkomt met dat van de ZORA-aanwas, aangezien de inkomsten uit de intrekking van de aandelen van hun dochtervennootschap, volgens de betrokken fiscale ruling, vallen onder artikel 166 LIR, dat inkomsten uit deelnemingen vrijstelt van vennootschapsbelasting. Zo heeft de Commissie in overweging 57 van het bestreden besluit opgemerkt dat de gedeeltelijke conversie van de door LNG Supply gesloten ZORA in 2014 een kapitaalwinst van [*vertrouwelijk*] opleverde. Die kapitaalwinst is in haar geheel belastingvrij gebleven.

C. Selectiviteit van de betrokken fiscale rulings

- 74 Ter vaststelling van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings heeft de Commissie zich, volgens de overwegingen 163 tot en met 170 en 237 van het bestreden besluit, hoofdzakelijk gebaseerd op drie redeneringen. Twee redeneringen hebben betrekking op het bestaan van een selectief voordeel op het niveau van de houdstermaatschappijen in het licht van, om te beginnen, een ruim referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, en, voorts, een specifiek referentiekader bestaande uit de bepalingen betreffende de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen. Een derde redenering betreft het bestaan van een voordeel op het niveau van de groep Engie. Bovendien volgt uit overweging 289 van het bestreden besluit dat de Commissie subsidiair van mening was dat een selectief voordeel voortvloeide uit de niet-toepassing van artikel 6 van het Steueranpassungsgesetz (Luxemburgse belastingaanpassingswet) van 16 oktober 1934 (Mémorial A 901) (hierna: „bepaling inzake rechtsmisbruik”). Voorts heeft de Commissie vastgesteld dat er geen rechtvaardiging was voor de uit de betrokken fiscale rulings resulterende selectieve behandeling.

1. Selectiviteit op het niveau van de houdstermaatschappijen

- 75 Om te beginnen heeft de Commissie, in de eerste plaats, in de overwegingen 171 tot en met 199 van het bestreden besluit overwogen dat met de betrokken fiscale rulings de groep Engie op het niveau van de houdstermaatschappijen een selectief voordeel is verleend, aangezien met deze fiscale rulings is afgeweken van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.
- 76 In de tweede plaats heeft de Commissie in de overwegingen 200 tot en met 236 van het bestreden besluit overwogen dat de betrokken fiscale rulings de groep Engie bij de houdstermaatschappijen een selectief voordeel hebben verleend, aangezien met deze fiscale rulings is afgeweken van de bepalingen inzake de vrijstelling van belasting over inkomsten uit deelnemingen en de belastingheffing over winstuitkeringen. Deze afwijkingen kunnen volgens de Commissie niet worden gerechtvaardigd door de opzet van het belastingstelsel.

a) Afwijking van het ruime referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel

- 77 Wat het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel betreft, is de Commissie van mening dat dit stelsel is gebaseerd op de artikelen 18, 23, 40, 159 en 163 LIR, zoals weergegeven in de overwegingen 78 tot en met 81 van het bestreden besluit, volgens welke in Luxemburg gevestigde vennootschappen die in deze staat aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, worden belast over de boekhoudkundige winst. Zij heeft gepreciseerd dat het feit dat voor de bepaling van een referentiekader een nagestreefd doel of een beginsel dat voortvloeit uit de bepalingen die dit referentiekader vormen, wordt afgeleid, strookt met de rechtspraak van het Hof en dat dit doel, te weten de belastingheffing over de boekhoudkundige winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen, duidelijk blijkt uit de Luxemburgse wet.
- 78 De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat de inaanmerkingneming van het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel als ruim referentiekader aansluit bij de rechtspraak van het Hof. Het Hof zou herhaaldelijk hebben geoordeeld dat, wat maatregelen inzake vennootschapsbelasting betreft, het vennootschapsbelastingstelsel als referentiestelsel kon worden genomen, en niet de specifieke bepalingen die slechts op bepaalde belastingplichtigen of bepaalde transacties van toepassing zijn.
- 79 Met de betrokken fiscale rulings zou dus zijn afgeweken van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel doordat is bekrachtigd dat bij de houdstermaatschappijen geen belasting wordt geheven over inkomsten uit deelnemingen die economisch gezien zouden overeenkomen met de ZORA-aanwas.
- 80 Volgens de Commissie zijn de betrokken fiscale rulings ook bron van discriminatie ten gunste van houdstermaatschappijen. De vennootschappen die in Luxemburg aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, worden, in tegenstelling tot de houdstermaatschappijen, namelijk belast over hun boekhoudkundige winst.

b) Afwijking van het specifieke referentiekader bestaande uit de bepalingen inzake de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen

- 81 De Commissie heeft vastgesteld dat met de betrokken fiscale rulings ook is afgeweken van de Luxemburgse bepalingen betreffende de belastingvrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen en de belastingheffing over winstuitkeringen, te weten de artikelen 164 en 166 LIR, zoals uiteengezet in de overwegingen 82 tot en met 87 van het bestreden besluit.
- 82 Volgens de Commissie is de vrijstelling van belasting over inkomsten uit deelnemingen voor een moedermaatschappij namelijk slechts mogelijk indien de uitgekeerde winst vooraf wordt belast bij de dochtervennootschap. De belastingvrije inkomsten uit deelnemingen bij de houdstermaatschappijen zouden, economisch gezien, echter overeenkomen met de door de dochtervennootschappen als kosten van hun belastbaar inkomen afgetrokken ZORA-aanwas.
- 83 Hoewel de ZORA-aanwas formeel niet overeenkomt met een winstuitkering, heeft de Commissie opgemerkt dat de van belasting vrijgestelde inkomsten uit deelnemingen door LNG Holding als „vrijgestelde dividenden” zijn aangemerkt en dat, vanuit economisch oogpunt, gelet op het rechtstreekse en duidelijke verband tussen het bij LNG Holding vrijgestelde inkomen en de bij LNG Supply afgetrokken ZORA-aanwas deze aanwas gelijkstond aan een winstuitkering.

- 84 Deze afwijking van het specifieke referentiekader heeft volgens de Commissie geleid tot discriminatie ten gunste van de houdstermaatschappijen. In wezen konden moedermaatschappijen die inkomsten uit deelnemingen konden ontvangen en die zich in die zin in een met houdstermaatschappijen feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevonden, niet in aanmerking komen voor een vrijstelling voor die inkomsten indien deze niet vooraf bij hun dochtervennootschappen waren belast.
- 85 Het ontbreken van een uitdrukkelijk verband tussen de artikelen 164 en 166 LIR kan volgens de Commissie aan deze vaststelling niet afdoen. Zouden dezelfde inkomsten bij een moedermaatschappij kunnen worden vrijgesteld en bij een dochtermaatschappij als kosten kunnen worden afgetrokken, dan zouden zij in Luxemburg aan elke belasting ontsnappen, hetgeen in strijd zou zijn met zowel het doel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel als het doel van de voorkoming van dubbele belastingheffing.
- 86 Bovendien heeft de Commissie in wezen opgemerkt dat, hoewel de richtlijn die ten tijde van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings van kracht was, te weten achtereenvolgens richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 6), en richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2011, L 345, blz. 8) (hierna tezamen: „moeder-dochterrichtlijn”), niet de bedoeling had om de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen bij een moedermaatschappij formeel afhankelijk te stellen van de belastingheffing over de uitgekeerde inkomsten bij haar dochtervennootschap, die regeling alleen van toepassing was in het geval van grensoverschrijdende winstuitkeringen waarbij zich tussen de belastingstelsels van twee verschillende landen discrepanties zouden kunnen voordoen die tot gevolg zouden kunnen hebben dat geen belasting wordt geheven. Bijgevolg kan deze richtlijn niet worden aangevoerd ter rechtvaardiging, in een zuiver binnenlandse situatie, van de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen die bij een dochtervennootschap niet aan enige belasting zijn onderworpen geweest.

2. Selectiviteit op het niveau van de groep Engie

- 87 Vervolgens heeft de Commissie betoogd dat, onverminderd de conclusie dat een selectief voordeel is verleend aan de houdstermaatschappijen, de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings, gelet op de overwegingen 237 tot en met 244 van het bestreden besluit, ook blijkt uit een analyse op het niveau van de groep Engie, bestaande uit de betrokken houdstermaatschappijen, de intermediaire vennootschappen en de dochtervennootschappen. Deze benadering zou gerechtvaardigd zijn geweest door het feit dat de betrokken houdstermaatschappijen, de intermediaire vennootschappen en de dochtervennootschappen vanaf 2015 één fiscale eenheid vormden. Hoe dan ook moeten – aangezien de analyse van de economische gevolgen van de overheidsmaatregelen moet worden uitgevoerd met betrekking tot ondernemingen en niet met betrekking tot afzonderlijke juridische entiteiten – volgens de Commissie de betrokken houdstermaatschappijen, intermediaire vennootschappen en dochtervennootschappen worden beschouwd als deel uitmakend van eenzelfde onderneming in de zin van de regels inzake staatssteun. De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat de verzoeken om fiscale rulings betrekking hadden op de fiscale behandeling van alle entiteiten van de groep Engie en dat het economische voordeel dat de groep op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen heeft

genoten, bestond in de combinatie van een vrijstelling voor inkomstenbelasting op het niveau van de houdstermaatschappijen en een aftrek op het niveau van de dochtervennootschappen van de ZORA-aanwas als kosten.

- 88 Met de betrokken fiscale rulings wordt, volgens de Commissie, een selectief voordeel verleend aan de groep Engie, aangezien hiermee wordt afgeweken van een referentiekader dat bestaat uit het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel en dat ten doel heeft alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen te belasten over hun boekhoudkundige winst.
- 89 De Commissie heeft namelijk opgemerkt dat de vermindering van de belastingdruk op het niveau van de dochtervennootschappen, na de aftrek van de ZORA-aanwas als kosten van de belastbare inkomsten van deze dochtervennootschappen, niet gecompenseerd werd door een verhoging van de belastingdruk bij de betrokken houdstermaatschappijen of door een daadwerkelijke verhoging van de belastbare inkomsten van de intermediaire vennootschappen, hetgeen in feite heeft geleid tot een vermindering van de gecombineerde belastbare inkomsten van de groep Engie in Luxemburg.
- 90 Volgens de Commissie kunnen andere groepen van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden geen gecombineerde verlaging van de belastbare inkomsten verkrijgen, ongeacht de financieringsmiddelen, het gebruikte contract of het bedrag van de vergoeding.
- 91 Hetzelfde geldt, volgens de Commissie, voor groepen van ondernemingen die een rechtstreekse ZORA gebruiken. Artikel 22 bis, lid 2, LIR, zoals aangehaald in overweging 89 van het bestreden besluit, was niet van toepassing op de ZORA-aanwas en wanneer dit wel het geval zou zijn geweest, dan had dit enkel tot belastinguitstel kunnen leiden.

3. Selectiviteit als gevolg van de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik

- 92 Ten slotte, en subsidiair, heeft de Commissie in de overwegingen 289 tot en met 312 van het bestreden besluit hieraan toegevoegd dat met de betrokken fiscale rulings is afgeweken van de Luxemburgse fiscale bepaling inzake rechtsmisbruik, zoals weergegeven in overweging 90 van het bestreden besluit. Volgens de Commissie was de opgezette financieringsstructuur onrechtmatig. Volgens haar is voldaan aan de vier criteria die in de Luxemburgse rechtspraak worden genoemd om te kunnen spreken van rechtsmisbruik: het gebruik van privaatrechtelijke vormen en instellingen; verlaging van de belastingdruk; gebruik van een ongeschikt juridisch middel, dan wel het ontbreken van extrafiscale beweegredenen.
- 93 Wat meer bepaald de laatste twee criteria betreft, heeft de Commissie, om te beginnen, erop gewezen dat de door de groep Engie gekozen juridische constructie het mogelijk zou hebben gemaakt de door de dochtervennootschappen in Luxemburg behaalde winsten nagenoeg volledig buiten de belastingheffing te houden, hetgeen niet mogelijk zou zijn geweest indien de overdracht van de activiteitssectoren had plaatsgevonden door middel van eigenvermogensinstrumenten of leningsinstrumenten tussen de dochtervennootschappen en de houdstermaatschappijen. Voorts zou er voor de groep Engie geen enkele reële economische reden hebben bestaan, behalve de verwezenlijking van een aanzienlijke belastingbesparing, om te opteren voor de ingewikkelde financieringsstructuren die door de betrokken fiscale rulings zijn opgezet en bekrachtigd.

4. Geen rechtvaardiging

- 94 In de overwegingen 285 tot en met 287 van het bestreden besluit heeft de Commissie opgemerkt dat, aangezien het Groothertogdom Luxemburg geen rechtvaardiging heeft aangevoerd voor de voorkeursbehandeling die door de betrokken fiscale rulings is bekrachtigd, zij tot de slotsom moet komen dat deze behandeling niet kan worden gerechtvaardigd door de algemene opzet van het Luxemburgse belastingstelsel. In ieder geval zou een mogelijke rechtvaardiging die is gebaseerd op het voorkomen van economische dubbele belasting, in essentie niet kunnen worden aanvaard.

D. Verstoring van de concurrentie

- 95 De Commissie heeft in overweging 160 van het bestreden besluit gepreciseerd dat, aangezien de groep Engie actief was in de sectoren elektriciteitsproductie, aardgas en vloeibaar aardgas, en diensten verleende op het gebied van energie-efficiëntie en op verwante markten in verschillende lidstaten, de betrokken fiscale rulings deze groep van een belastingdruk hebben ontdaan die het concern normaal gesproken in het kader van de normale bedrijfsvoering had moeten dragen. Door de positie van de groep Engie te versterken, zouden de betrokken fiscale rulings de concurrentie hebben vervalst of hebben bedreigd te vervalsen.

E. Begunstigde van de steun

- 96 In de overwegingen 314 tot en met 318 van het bestreden besluit heeft de Commissie overwogen dat het selectieve voordeel dat de groep Engie op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen heeft genoten, ook aan alle vennootschappen van de groep Engie ten goede is gekomen, aangezien het de groep als geheel extra financiële middelen heeft verschaft. Hoewel de groep Engie in verschillende juridische entiteiten is georganiseerd en de fiscale rulings betrekking hadden op de fiscale behandeling van afzonderlijke entiteiten, is de Commissie van mening dat de groep Engie als een economische eenheid moet worden beschouwd, dat wil zeggen als één enkele onderneming die staatssteun geniet.

F. Terugvordering van de steun

- 97 In de overwegingen 318 tot en met 365 van het bestreden besluit heeft de Commissie beklemtoond dat, aangezien de verleende steun onverenigbaar met de interne markt en onrechtmatig was, het Groothertogdom Luxemburg de steun die reeds verzilverd was als gevolg van de gedeeltelijke omzetting in 2014 van de ten gunste van LNG Supply gesloten ZORA, onmiddellijk diende terug te vorderen van LNG Holding en, bij gebreke daarvan, van Engie SA of een van haar rechtsopvolgers, en om de betrokken fiscale rulings niet toe te passen op de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen die de betrokken houdstermaatschappijen zouden hebben genoten bij volledige conversie van de ten gunste van de dochtervennootschappen gesloten ZORA's.
- 98 De Commissie heeft gesteld dat een dergelijke terugvordering niet in strijd is met de beginselen van rechtszekerheid, bescherming van het gewettigd vertrouwen, gelijke behandeling en behoorlijk bestuur. De Commissie heeft ook de bezwaren verworpen die het Groothertogdom Luxemburg en Engie hadden aangevoerd wegens procedurele gebreken in de formele onderzoeksprocedure. Volgens haar zijn hun procedurele rechten naar behoren geëerbiedigd.

III. Procedure en conclusie van partijen

A. Schriftelijke behandeling in zaak T-516/18

- 99 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 augustus 2018, heeft het Groothertogdom Luxemburg het beroep ingesteld dat is ingeschreven onder nummer T-516/18.
- 100 De Commissie heeft op 23 november 2018 een verweerschrift neergelegd.

1. Samenstelling van de rechtsprekende formatie

- 101 Het Gerecht heeft op 28 september 2018 besloten om zaak T-516/18 naar de Zevende kamer van het Gerecht (vroegere samenstelling) te verwijzen.
- 102 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 januari 2019, heeft het Groothertogdom Luxemburg overeenkomstig artikel 28, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om berechting van zaak T-516/18 door een uitgebreide kamer. Het Gerecht heeft bij beschikking van 13 februari 2019 akte genomen van het feit dat zaak T-516/18 aan de Zevende kamer (uitgebreid) (vroegere samenstelling) was toegewezen.
- 103 Bij beschikking van het Gerecht van 16 oktober 2019 is zaak T-516/18 overeenkomstig artikel 27, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering toegewezen aan de Tweede kamer (uitgebreid).
- 104 Daar een lid van de Tweede kamer (uitgebreid) van het Gerecht verhinderd was, heeft de president van het Gerecht, bij beschikking van 21 januari 2020, zichzelf aangewezen ter vervanging van dit lid en ter vervulling van het ambt van president van de Tweede kamer (uitgebreid).

2. Verzoek om toelating tot interventie

- 105 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 20 december 2018, heeft Ierland, overeenkomstig de artikelen 142 en 143 van het Reglement voor de procesvoering, verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van het Groothertogdom Luxemburg.
- 106 Bij beschikking van 15 februari 2019 heeft de president van de Zevende kamer (uitgebreid) van het Gerecht het verzoek tot interventie van Ierland ingewilligd.
- 107 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 12 april 2019, heeft Ierland een memorie van interventie ingediend.

3. Verzoek om vertrouwelijke behandeling

- 108 Op 30 januari 2018 en 18 februari 2019 heeft het Groothertogdom Luxemburg verzocht om vertrouwelijke behandeling, ten aanzien van Ierland, van bepaalde bijlagen bij het verzoekschrift.
- 109 Na zijn toelating als interveniënt heeft Ierland uitsluitend de niet-vertrouwelijke versies van de processtukken ontvangen. Ierland heeft geen bezwaar gemaakt tegen de ten aanzien van deze lidstaat geformuleerde verzoeken om vertrouwelijke behandeling.

4. Conclusies van partijen

110 Het Groothertogdom Luxemburg verzoekt het Gerecht:

- primair, het bestreden besluit nietig te verklaren;
- subsidiair, artikel 2 van het bestreden besluit nietig te verklaren;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

111 De Commissie verzoekt het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeker te verwijzen in de kosten.

112 Ierland verzoekt het Gerecht het bestreden besluit, geheel of gedeeltelijk, nietig te verklaren overeenkomstig de vorderingen van het Groothertogdom Luxemburg.

B. Schriftelijke behandeling in zaak T-525/18

113 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 4 september 2018, heeft Engie het beroep ingesteld dat is ingeschreven onder nummer T-525/18.

114 De Commissie heeft op 14 december 2018 een verweerschrift neergelegd.

115 Op 4 juni 2019 heeft Engie op grond van artikel 106, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering een met redenen omkleed verzoek om een pleitzitting ingediend.

1. Samenstelling van de rechtsprekende formatie

116 Het Gerecht heeft op 28 september 2018 besloten om zaak T-525/18 naar de Zevende kamer van het Gerecht (vroegere samenstelling) te verwijzen.

117 Bij beschikking van het Gerecht van 11 september 2019 is zaak T-525/18 overeenkomstig artikel 28 van het Reglement voor de procesvoering toegewezen aan de Zevende kamer (uitgebreid) (vroegere samenstelling).

118 Bij beschikking van het Gerecht van 16 oktober 2019 is zaak T-525/18 overeenkomstig artikel 27, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering toegewezen aan de Tweede kamer (uitgebreid).

119 Daar een lid van de Tweede kamer (uitgebreid) van het Gerecht verhinderd was, heeft de president van het Gerecht, bij beschikking van 21 januari 2020, zichzelf aangewezen ter vervanging van dit lid en ter vervulling van het ambt van president van de Tweede kamer (uitgebreid).

2. Verzoek om vertrouwelijke behandeling

- 120 Op 3 juli 2019 heeft Engie, voor het geval dat de onderhavige zaak zou worden gevoegd met zaak T-516/18, het Gerecht verzocht om vertrouwelijke behandeling ten aanzien van Ierland, zijnde interveniënt in laatstgenoemde zaak, van de bijlagen A.1 en A.9 bij het verzoekschrift en bijlage C.1 bij de repliek.
- 121 Op 3 juli 2019 heeft Engie de vertrouwelijke versies van de bijlagen bij het verzoekschrift en de repliek neergelegd ter griffie van het Gerecht.

3. Conclusies van partijen

- 122 Engie verzoekt het Gerecht:
- primair, het bestreden besluit nietig te verklaren;
 - subsidiair, artikel 2 van het bestreden besluit nietig te verklaren;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 123 De Commissie verzoekt het Gerecht:
- het beroep te verwerpen;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten.

IV. In rechte

A. Voeging van de zaken T-516/18 en T-525/18 en antwoord op het verzoek om vertrouwelijke behandeling

- 124 Bij akten, ingediend ter griffie op respectievelijk 4 juni en 25 juni 2019, hebben Engie en het Groothertogdom Luxemburg gevraagd om voeging van de zaken T-516/18 en T-525/18 voor de mondelinge behandeling alsook voor het eindarrest.
- 125 De Commissie en Ierland hebben geen bezwaar gemaakt tegen de voeging van de zaken T-516/18 en T-525/18.
- 126 Bij beschikking van de president van de Tweede kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 12 juni 2020 zijn, de partijen gehoord, de zaken T-516/18 en T-525/18 overeenkomstig artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering gevoegd voor de mondelinge behandeling. Bij dezelfde beschikking is besloten de vertrouwelijke gegevens te verwijderen uit het voor Ierland toegankelijke dossier.
- 127 Bij beschikking van het Gerecht van 28 september 2020 is de mondelinge behandeling van de gevoegde zaken T-516/18 en T-525/18 heropend, teneinde bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang de Commissie te bevragen over de voeging van deze zaken met het oog op het eindarrest.

128 Gelet op het mogelijke risico van extrapolatie van sommige van de argumenten van de partijen, heeft de Commissie een voorbehoud gemaakt wat betreft de voeging van de zaken T-516/18 en T-525/18. Het Gerecht acht het evenwel, gelet op de verknochtheid ervan, passend om ze overeenkomstig artikel 68 van het Reglement voor de procesvoering te voegen voor het eindarrest en de vertrouwelijke gegevens te verwijderen uit het voor Ierland toegankelijke dossier.

B. Ten gronde

129 Ter ondersteuning van zijn beroep in zaak T-516/18 voert het Groothertogdom Luxemburg in wezen zes middelen aan:

- eerste middel: onjuiste beoordeling van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings;
- tweede middel: schending van het begrip voordeel;
- derde middel: verkapte belastingharmonisatie;
- vierde middel: schending van de procedurele rechten;
- vijfde, subsidiaire, middel: schending van de fundamentele beginselen van Unierecht bij de terugvordering van de steun die zou zijn verleend;
- zesde middel: niet-nakoming van de motiveringsplicht.

130 Ter ondersteuning van haar beroep in zaak T-525/18 voert Engie in wezen acht middelen aan:

- eerste middel: niet-toerekenbaarheid aan de staat van de betrokken fiscale rulings;
- tweede middel: schending van het begrip voordeel;
- derde middel: onjuiste beoordeling van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings;
- vierde middel: onjuiste kwalificatie van de betrokken fiscale rulings als individuele steun;
- vijfde middel: in wezen verkapte belastingharmonisatie;
- zesde middel: schending van de procedurele rechten;
- zevende, subsidiaire, middel: schending van de fundamentele beginselen van Unierecht bij de terugvordering van de betrokken steun;
- achtste middel: niet-nakoming van de motiveringsplicht.

131 Ten behoeve van het onderhavige arrest moet, in de eerste plaats, worden ingegaan op de gegrondheid van de middelen, ontleend aan, ten eerste, verkapte belastingharmonisatie, in die zin dat, indien dit het geval is, de Commissie volgens het recht inzake staatssteun niet bevoegd is ter zake van de betrokken fiscale rulings; ten tweede, betwisting van de nakoming door de Commissie van haar motiveringsplicht en, ten derde, schending van de procedurele rechten.

132 In de tweede plaats zal worden ingegaan op de middelen, ontleend aan de niet-toerekenbaarheid van de betrokken fiscale rulings aan het Groothertogdom Luxemburg, het ontbreken van een selectief voordeel, de onjuiste kwalificatie van de betrokken fiscale rulings als individuele steun en de onjuiste verplichting tot terugvordering van de steun die zou zijn verleend.

1. Vijfde middel in zaak T-525/18 en derde middel in zaak T-516/18: in wezen, bestaan van verkapte belastingharmonisatie

133 Het vijfde middel van het beroep in zaak T-525/18 valt in wezen uiteen in twee onderdelen. Met het eerste onderdeel stelt Engie schending van de artikelen 3 tot en met 5 VWEU en de artikelen 113 tot en met 117 VWEU en, met het tweede, misbruik van bevoegdheid door de Commissie. In zaak T-516/18 stelt het Groothertogdom Luxemburg dat er sprake is van verkapte belastingharmonisatie in strijd met de artikelen 4 en 5 VEU.

a) Vermeende schending van de artikelen 4 en 5 VEU en de artikelen 3 tot en met 5 VWEU en de artikelen 113 tot en met 117 VWEU

134 Om te beginnen betoogt Engie dat de Commissie heeft ingegrepen in het beleid van het Groothertogdom Luxemburg op fiscaal gebied, aangezien zij de betrokken fiscale rulings als staatssteun heeft gekwalificeerd, hoewel met die maatregelen algemene maatregelen op het gebied van de directe belastingen worden toegepast die geen discriminatie in het leven roepen en die dus niet selectief zijn. Aldus heeft de Commissie de artikelen 3 tot en met 5 VWEU en de artikelen 113 tot en met 117 VWEU geschonden.

135 Voorts is de Commissie door haar ruime opvatting van het begrip selectiviteit in de plaats getreden van het Groothertogdom Luxemburg bij de bepaling en de uitlegging van de gehanteerde referentiekaders.

136 Het Groothertogdom Luxemburg voegt daaraan toe dat de Commissie, door een eigen uitlegging te geven aan de Luxemburgse belastingwetgeving en aan het daarmee beoogde doel, haar eigen draai heeft gegeven aan de regels inzake staatssteun, met miskenning van de soevereine bevoegdheid van de lidstaten ter zake van de directe belastingen en van de beginselen inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten en de Unie.

137 De Commissie betwist de gegrondheid van al deze argumenten. Zij benadrukt met name de verplichting voor de lidstaten om bij de uitoefening van hun voorbehouden bevoegdheid op het gebied van directe belastingen het recht van de Unie in het algemeen en de wetgeving inzake staatssteun in het bijzonder te eerbiedigen. Zij beklemtoont voorts dat het bestreden besluit geenszins afdoet aan de bevoegdheid van het Groothertogdom Luxemburg om zijn eigen belastingstelsel vast te stellen.

138 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de lidstaten, hoewel de directe belastingen bij de huidige stand van het recht van de Unie tot hun bevoegdheid horen, verplicht zijn deze bevoegdheid in overeenstemming met het recht van de Unie uit te oefenen (zie arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje, C-269/09, EU:C:2012:439, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 139 Dit betekent dat de maatregelen die de lidstaten nemen in domeinen die binnen de Unie niet geharmoniseerd zijn, zoals de directe belastingen, niet van de werkingssfeer van de regels inzake toezicht op staatssteun zijn uitgesloten. De Commissie kan derhalve een belastingmaatregel als staatssteun aanmerken indien aan de voorwaarden voor deze kwalificatie is voldaan (arrest van 25 maart 2015, België/Commissie, T-538/11, EU:T:2015:188, punten 65 en 66; zie ook in die zin arresten van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, EU:C:1974:71, punt 28, en 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie, C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punt 81).
- 140 Wanneer belastingmaatregelen feitelijk discrimineren tussen ondernemingen die zich, gelet op de doelstelling van die belastingmaatregelen, in een vergelijkbare situatie bevinden, en de begunstigen van de maatregelen selectieve voordelen verlenen die „bepaalde” ondernemingen of „bepaalde” producties ten goede komen, dan kunnen zij namelijk als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden gekwalificeerd (zie in die zin arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 104).
- 141 Uit het voorgaande volgt dat, aangezien de Commissie bevoegd is om toe te zien op de naleving van artikel 107 VWEU, haar niet kan worden verweten haar bevoegdheden te hebben overschreden toen zij de betrokken fiscale rulings onderzocht om na te gaan of zij staatssteun vormden en, zo ja, of zij verenigbaar waren met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.
- 142 Engie en het Groothertogdom Luxemburg stellen dus ten onrechte dat de Commissie zich heeft bemoeid met het fiscale beleid van Luxemburg, aangezien de Commissie enkel haar bevoegdheden krachtens artikel 107 VWEU heeft uitgeoefend door te onderzoeken of de betrokken fiscale rulings in overeenstemming waren met het recht inzake staatssteun.
- 143 De door Engie en het Groothertogdom Luxemburg aangevoerde argumenten kunnen niet afdoen aan deze vaststelling.
- 144 In de eerste plaats heeft de Commissie, anders dan Engie en het Groothertogdom Luxemburg betogen, bij het aantonen van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings niet haar eigen uitlegging van het Luxemburgse belastingrecht opgelegd. De Commissie heeft zich immers strikt gehouden aan de bepalingen van het Luxemburgse belastingrecht die zij in de overwegingen 78 tot en met 90 van het bestreden besluit kort heeft uiteengezet. Het is juist op basis van de bepalingen van het Luxemburgse belastingrecht dat de Commissie de verschillende gehanteerde referentiekaders heeft vastgesteld, zoals blijkt uit de overwegingen 171 tot en met 176, 200 tot en met 205, 245 en 292 tot en met 298 van het bestreden besluit.
- 145 Bovendien heeft de Commissie zich bij haar onderzoek niet gebaseerd op haar eigen uitlegging van de Luxemburgse belastingregeling, maar op die van de Luxemburgse belastingdienst, zoals met name blijkt uit overweging 283 van het bestreden besluit.
- 146 Hieruit volgt dat de Commissie de betrokken fiscale rulings niet heeft getoetst aan haar eigen uitlegging van de Luxemburgse belastingvoorschriften, maar aan de bepalingen van het Luxemburgse belastingrecht, zoals toegepast door de Luxemburgse belastingdienst.

- 147 In de tweede plaats heeft de Commissie de aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheid ter zake van de directe belastingen niet miskend op de enkele grond dat zij de betrokken fiscale rulings zelf heeft getoetst aan de Luxemburgse fiscale bepalingen teneinde na te gaan of die fiscale rulings de begunstigden ervan een selectief voordeel verschaffen.
- 148 Het is juist dat uit de in punt 138 hierboven aangehaalde rechtspraak volgt dat de Commissie bij de huidige stand van het recht van de Unie niet bevoegd is om autonoom de regels inzake de directe belastingen van vennootschappen vast te stellen en daarbij de nationale belastingregels buiten toepassing te laten.
- 149 Maar ook al wordt de zogenoemde „normale” belastingheffing door de nationale belastingvoorschriften bepaald en moet het bestaan van een selectief voordeel onder verwijzing naar die voorschriften worden aangetoond, dit doet niet af aan het feit dat, zoals in punt 139 hierboven in herinnering is gebracht, belastingmaatregelen die feitelijk een onderscheid maken tussen ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, gelet op het met die belastingmaatregelen nagestreefde doel, binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen vallen.
- 150 Om na te gaan of de betrokken fiscale rulings in overeenstemming waren met de regels inzake staatssteun, kon de Commissie dus enkel een beoordeling verrichten van de zogenoemde „normale” belastingheffing, zoals omschreven in het Luxemburgse belastingrecht en toegepast door de Luxemburgse belastingdienst. Hiermee heeft zij geen „belastingharmonisatie” tot stand gebracht maar de haar bij artikel 107, lid 1, VWEU verleende bevoegdheid uitgeoefend.
- 151 De Commissie kan immers in het kader van het onderzoek van de fiscale maatregelen inzake staatssteun de nationale fiscale bepalingen zelf beoordelen, waarbij haar beoordeling in voorkomend geval door de betrokken lidstaat of door belanghebbenden kan worden aangevochten met een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht.
- 152 In de derde plaats is het feit dat er geen discriminatie ten gunste van Engie zou zijn aangetoond, niet bruikbaar om aan te tonen dat de Commissie mogelijk onbevoegd is. Een dergelijk argument beoogt integendeel schending van artikel 107 VWEU door de Commissie bij de uitoefening van haar bevoegdheid aan te tonen.
- 153 In die omstandigheden heeft de Commissie met de vaststelling van het bestreden besluit noch de artikelen 4 en 5 VEU, noch de artikelen 3 tot en met 5 VWEU en de artikelen 113 tot en met 117 VWEU geschonden.

b) Vermeend misbruik van bevoegdheid

- 154 Volgens Engie heeft de Commissie de haar bij de artikelen 107 en 108 VWEU toegekende bevoegdheden gebruikt om het Groothertogdom Luxemburg ertoe te dwingen zijn belastingbeleid te wijzigen „op het gebied van vrijstelling van winst”, en beschikt zij aldus indirect over de middelen om een belastingharmonisatie tot stand te brengen.
- 155 Van een verholen doelstelling van belastingharmonisatie getuigen, volgens Engie, de afbakening, voor de vaststelling van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings, van het referentiekader in het licht van een op discretionaire wijze omschreven doelstelling, de niet-inaanmerkingneming door de Commissie van het legaliteitsbeginsel van de belasting, de fiscale behandeling van grensoverschrijdende situaties en het specifieke karakter van een ZORA,

de uitlegging door de Commissie van de criteria voor rechtsmisbruik en de vaststelling van het bestreden besluit op hetzelfde tijdstip als de indiening bij de Luxemburgse kamer van volksvertegenwoordigers van een wetsontwerp tot wijziging van artikel 22 bis LIR.

- 156 De Commissie betwist de gegrondheid van al deze argumenten. Zij betoogt dat, aangezien het bestreden besluit geen harmonisatiemaatregel is, haar geen misbruik van bevoegdheden kan worden verweten.
- 157 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een handeling slechts gebrekkig is wegens misbruik van bevoegdheid indien zij, op basis van objectieve, relevante en onderling overeenstemmende gegevens, uitsluitend, of althans op doorslaggevende wijze, blijkt te zijn vastgesteld voor andere doeleinden dan waarvoor de betrokken bevoegdheid is verleend of om te ontkomen aan een procedure waarin het Verdrag speciaal heeft voorzien (arresten van 16 april 2013, Spanje en Italië/Raad, C-274/11 en C-295/11, EU:C:2013:240, punt 33, en 12 juli 2018, PA/Parlement, T-608/16, niet gepubliceerd, EU:T:2018:440, punt 42).
- 158 Bovendien is de Commissie, op grond van artikel 108 VWEU, bevoegd om te onderzoeken of overheidsmaatregelen die staatssteun vormen verenigbaar zijn met de interne markt.
- 159 In casu kan de Commissie niet worden verweten haar bevoegdheden te hebben misbruikt met de vaststelling van het bestreden besluit, dat na afloop van de formele onderzoeksprocedure inzake de betrokken fiscale rulings tot doel had vast te stellen dat het Groothertogdom Luxemburg via deze fiscale rulings met de interne markt onverenigbare staatssteun had verleend.
- 160 Om te beginnen kan het bestreden besluit niet worden aangemerkt als een verkapte maatregel tot belastingharmonisatie, zoals reeds in punt 153 hierboven is geoordeeld.
- 161 Wat betreft meer bepaald de indiening bij de Luxemburgse kamer van volksvertegenwoordigers van een wetsontwerp tot wijziging van artikel 22 bis LIR tegelijk met de vaststelling van het bestreden besluit, moet worden opgemerkt dat Engie geen enkel element heeft aangevoerd waaruit blijkt dat dit wetgevingsinitiatief van het Groothertogdom Luxemburg een aanwijzing vormt voor misbruik van bevoegdheid door de Commissie. De enkele wijziging van artikel 22 bis LIR door het Groothertogdom Luxemburg kan dus niet worden beschouwd als een afdoende aanwijzing van een dergelijk misbruik van bevoegdheid.
- 162 Voorts zijn de andere bewijzen die Engie aanvoert ter ondersteuning van de bewering dat er mogelijk sprake is van misbruik van bevoegdheid, vooral erop gericht de beoordeling door de Commissie van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings ter discussie te stellen en derhalve niet bruikbaar om aan te tonen dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid in de zin van de in punt 157 hierboven aangehaalde rechtspraak.
- 163 Bijgevolg moeten het argument inzake misbruik van bevoegdheid en, bijgevolg, het vijfde middel in zaak T-525/18 en het derde middel in zaak T-516/18 ongegrond worden verklaard.

2. Achtste middel in zaak T-525/18 en zesde middel in zaak T-516/18: niet-nakoming van de motiveringsplicht

- 164 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie stellen dat het bewijs, in het bestreden besluit, van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings meerdere tekortkomingen vertoont. Zo heeft de Commissie haar beoordeling van het bestaan van een selectief voordeel ten gunste van de

- betrokken houdstermaatschappijen en haar beoordeling van het bestaan van een selectief voordeel wegens niet-toepassing door het Groothertogdom Luxemburg van de bepaling inzake rechtsmisbruik onvoldoende gemotiveerd.
- 165 Engie voegt daaraan toe dat de Commissie haar motiveringsplicht niet is nagekomen door niet duidelijk aan te geven waarom zij is voorbijgegaan aan het feit dat andere ondernemingen dezelfde fiscale behandeling genoten als de vennootschappen van de groep Engie.
- 166 Meer in het algemeen blijkt uit het ontbreken van een verwijzing naar de teksten en de bestuurlijke en rechterlijke praktijk en uit het ontbreken van bewijs voor afwijkende fiscale rulings dat de Commissie te kort is geschoten in haar motiveringsplicht.
- 167 De Commissie betwist de gegrondheid van al deze argumenten. Zij betoogt dat Engie en het Groothertogdom Luxemburg op geen enkele wijze mogelijke tekortkomingen in het bestreden besluit aan het licht hebben gebracht. Zij merkt tevens op dat Engie in staat was de redenering van de Commissie te begrijpen en op nuttige wijze voor het Gerecht te betwisten.
- 168 Dienaangaande zij eraan herinnert dat de motivering de betrokkenen in staat moet stellen om kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden van de maatregel teneinde, om te beginnen, hun rechten te kunnen verdedigen en te kunnen nagaan of het besluit al dan niet gegrond is, en, voorts, de Unierechter in de gelegenheid te stellen zijn wettigheidstoetsing te verrichten. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens, feitelijke of rechtens, in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de eisen van artikel 296 VWEU voldoet, niet enkel acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arresten van 15 juni 2005, Corsica Ferries France/Commissie, T-349/03, EU:T:2005:221, punten 62 en 63; 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, niet gepubliceerd, EU:T:2014:894, punt 44, en 6 mei 2019, Scor/Commissie, T-135/17, niet gepubliceerd, EU:T:2019:287, punt 80).
- 169 In het bijzonder is de Commissie niet verplicht een standpunt te bepalen ten aanzien van alle door de belanghebbenden voorgedragen argumenten, maar kan zij volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar besluit van wezenlijk belang zijn (arresten van 15 juni 2005, Corsica Ferries France/Commissie, T-349/03, EU:T:2005:221, punt 64; 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, niet gepubliceerd, EU:T:2014:894, punt 44, en 6 mei 2019, Scor/Commissie, T-135/17, niet gepubliceerd, EU:T:2019:287, punt 80).
- 170 In casu moet niet alleen worden vastgesteld dat Engie en het Groothertogdom Luxemburg nauw bij de formele onderzoeksprocedure zijn betrokken, maar ook, gelet op hun betoog voor het Gerecht, in staat waren de gegrondheid van het bestreden besluit aan te vechten.
- 171 Verder vertoont het bestreden besluit geen gebreken die het Gerecht beletten zijn wettigheidstoetsing ten volle te verrichten.
- 172 Uit het bestreden besluit blijkt namelijk dat de Commissie rechtens en feitelijk voldoende heeft gemotiveerd waarom zij van mening was dat de betrokken fiscale rulings met de interne markt onverenigbare staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU vormden.

- 173 Wat meer bepaald de derde voorwaarde inzake het bestaan van een selectief voordeel in de onderhavige zaak betreft, heeft de Commissie in punt 6.2 van het bestreden besluit (overwegingen 163-236 van dat besluit) uiteengezet waarom er haars inziens sprake was van een selectief voordeel ten gunste van de groep Engie op het niveau van de houdstermaatschappijen.
- 174 In wezen heeft de Commissie gesteld dat de betrokken fiscale rulings de betrokken houdstermaatschappijen een selectief voordeel verschafte door af te wijken, ten eerste, van een referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel en, ten tweede, van een specifiek referentiekader bestaande uit de Luxemburgse bepalingen die de belasting van winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen regelen.
- 175 In punt 6.3 van het bestreden besluit (overwegingen 237-288 van dat besluit) heeft de Commissie uiteengezet waarom er volgens haar sprake was van een selectief voordeel als gevolg van de fiscale voorkeursbehandeling van de groep Engie. Dit was volgens de Commissie het geval, aangezien de belastingdruk van de groep Engie, bestaande uit de dochtervennootschappen, intermediaire vennootschappen en houdstermaatschappijen, als gevolg van de betrokken fiscale rulings was verminderd, terwijl de belastingdruk op groepsniveau in beginsel constant had moeten blijven. Met de verlaging van de belastingdruk voor de groep werd, volgens de Commissie, opnieuw afgeweken van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.
- 176 De Commissie heeft in punt 6.4 van het bestreden besluit (overwegingen 289-312 van dat besluit) ook aangegeven waarom zij van mening was dat er sprake was van een selectief voordeel als gevolg van de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik.
- 177 Uitgaande van de criteria voor rechtsmisbruik, zoals ontleend aan de Luxemburgse bestuurlijke en rechterlijke praktijk, heeft de Commissie getracht aan te tonen dat in casu naar behoren aan elk van deze criteria was voldaan. Doordat de Luxemburgse belastingdienst de bepaling inzake rechtsmisbruik niet heeft toegepast, heeft het Groothertogdom Luxemburg dus de betrokken houdstermaatschappijen een selectief voordeel toegekend.
- 178 Ten slotte kan noch de omstandigheid dat de Commissie de Luxemburgse bestuurlijke en rechterlijke praktijk inzake fiscale rulings niet in aanmerking heeft genomen, noch de omstandigheid dat zij geen rekening heeft gehouden met de ondernemingen die mogelijk hetzelfde voordeel hebben genoten als de vennootschappen van de groep Engie, leiden tot de vaststelling dat de Commissie haar motiveringsplicht niet is nagekomen. Een dergelijk argument beoogt feitelijk niet de vorm maar de inhoud van het bestreden besluit te betwisten.
- 179 Bijgevolg moeten het achtste middel in zaak T-525/18 en het zesde middel in zaak T-516/18 inzake niet-nakoming van de motiveringsplicht ongegrond worden verklaard.

3. Zesde middel in zaak T-525/18 en vierde middel in zaak T-516/18: schending van de procedurele rechten

- 180 Zowel Engie als het Groothertogdom Luxemburg stelt dat de Commissie hun procedurele rechten heeft geschonden.

- 181 In de eerste plaats betoogt Engie dat de Commissie haar procedurele rechten heeft geschonden door haar het antwoord van het Groothertogdom Luxemburg op de brief van de Commissie van 22 maart 2017 niet toe te zenden. Met dit antwoord zou Engie zich beter hebben kunnen verdedigen, aangezien hieruit zou zijn gebleken dat andere ondernemingen een identieke fiscale behandeling genoten.
- 182 Deze informatie zou met name van essentieel belang zijn geweest voor de vaststelling van een selectief voordeel uit de individuele toepassing van een algemene belastingregeling, overeenkomstig het arrest van 12 november 2013, MOL/Commissie (T-499/10, EU:T:2013:592), en de recente besluitvormingspraktijk van de Commissie met betrekking tot fiscale rulings.
- 183 In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat andere belanghebbenden dan de betrokken lidstaat in de procedure van toezicht op staatssteun enkel de mogelijkheid hebben om de Commissie alle inlichtingen te doen toekomen die haar met het oog op haar toekomstig beleid tot voorlichting strekken, en zij dienaangaande zelf geen aanspraak kunnen maken op een contradictoir debat met de Commissie zoals dit ten gunste van deze lidstaat is vastgesteld (arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 181).
- 184 Ongeacht de argumenten die Engie aanvoert ter rechtvaardiging van de noodzaak om haar het antwoord van het Groothertogdom Luxemburg mee te delen, kan zij dus geen aanspraak maken op een contradictoir debat met de Commissie en kan zij evenmin eisen dat de Commissie de antwoorden van de andere partijen in de procedure meedeelt.
- 185 De enige mogelijkheid voor de andere belanghebbenden dan de betrokken lidstaat bestaat namelijk erin dat zij hun opmerkingen indienen, hetzij op eigen initiatief, hetzij in antwoord op documenten en vragen die de Commissie in de loop van de formele onderzoeksprocedure heeft gesteld. In dit verband zij erop gewezen dat, zoals in de punten 56 tot en met 62 hierboven is aangegeven, Engie van deze mogelijkheid heeft gebruikgemaakt, aangezien zij tijdens de formele onderzoeksprocedure herhaaldelijk opmerkingen heeft ingediend.
- 186 In de tweede plaats betogen Engie en het Groothertogdom Luxemburg dat de Commissie hun procedurele rechten heeft geschonden, voornamelijk omdat zij geen nieuw besluit tot inleiding van de procedure of, op zijn minst, geen besluit tot rectificatie heeft vastgesteld. Een dergelijk besluit zou het mogelijk hebben gemaakt de onjuistheden die het besluit tot inleiding van de procedure hebben aangetast, ongedaan te maken en de partijen in staat hebben gesteld tijdens de administratieve procedure op nuttige wijze opmerkingen te maken over de redenering die uiteindelijk in het bestreden besluit is gevolgd teneinde de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings vast te stellen.
- 187 De wijzigingen die de Commissie in het bestreden besluit heeft aangebracht, zouden namelijk niet te voorzien zijn geweest. Volgens Engie heeft de Commissie niet alleen haar redenering gewijzigd, maar ook de belangrijkste grieven en het voorwerp zelf van het besluit.
- 188 Het Groothertogdom Luxemburg preciseert dat de Commissie, door noch een nieuw besluit tot inleiding van de procedure, noch een besluit tot rectificatie vast te stellen – hoewel de situatie dit vereiste –, zijn rechten van verdediging en verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2015, L 248, blz. 9) heeft geschonden.

- 189 Het Groothertogdom Luxemburg voegt daaraan toe dat de Commissie het bestreden besluit uitsluitend heeft gebaseerd op de overwegingen die onvolledig waren vermeld in het besluit tot inleiding van de procedure en die deel leken uit te maken van de grieven die zij had laten vallen. Indien de grieven voldoende waren gemotiveerd, had deze lidstaat meer bewijzen kunnen aandragen om te zorgen voor een andere uitkomst.
- 190 Bovendien heeft, volgens het Groothertogdom Luxemburg, de brief van de Commissie van 11 december 2017, die geen besluit tot rectificatie vormde, geen van de onduidelijkheden weggenomen die in het besluit tot inleiding van de procedure waren geslopen.
- 191 De Commissie betwist de gegrondheid van al deze argumenten. Zij voert aan dat zij, gelet op de rechtspraak, haar standpunt tussen het besluit tot inleiding van de procedure en het eindbesluit kon aanpassen zonder de formele onderzoeksprocedure te moeten heropenen, en voegt daar in wezen aan toe dat in het besluit tot inleiding van de procedure alle in het bestreden besluit aan de orde gestelde punten zijn behandeld.
- 192 In dit verband zij eraan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, de eerbiediging van de rechten van de verdediging in het kader van de formele onderzoeksprocedure op grond van artikel 108, lid 2, VWEU vereist dat de betrokken lidstaat in staat wordt gesteld naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de hem verweten feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op het Unierecht heeft gestaafd, alsook over de opmerkingen die door belanghebbende derden zijn ingediend, overeenkomstig artikel 108, lid 2, VWEU. Voor zover de lidstaat niet in de gelegenheid is gesteld om op deze opmerkingen te reageren, kan de Commissie deze opmerkingen niet in aanmerking nemen bij haar besluit ten aanzien van die staat (zie arrest van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, niet gepubliceerd, EU:T:2017:903, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 193 Overeenkomstig artikel 6 van verordening 2015/1589 kan, wanneer de Commissie besluit om de formele onderzoeksprocedure in te leiden, het inleidingsbesluit zich beperken tot een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten, een eerste beoordeling van de Commissie omtrent de steunverlenende aard van de door de staat voorgenomen maatregel, alsook de redenen waarom getwijfeld wordt aan de verenigbaarheid ervan met de interne markt (zie in die zin arrest van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, niet gepubliceerd, EU:T:2017:903, punt 26).
- 194 Opgemerkt zij tevens dat de formele onderzoeksprocedure de mogelijkheid biedt om de in het besluit tot inleiding van de procedure aan de orde gestelde kwesties nader te onderzoeken en te verduidelijken.
- 195 Uit artikel 9 van verordening 2015/1589 volgt dat de analyse van de Commissie na de formele onderzoeksprocedure kan zijn geëvolueerd, aangezien zij uiteindelijk kan beslissen dat de maatregel geen steun vormt of dat de twijfels omtrent de onverenigbaarheid ervan zijn weggenomen. Hieruit volgt dat het eindbesluit enkele afwijkingen kan vertonen ten opzichte van het inleidingsbesluit, zonder dat deze het eindbesluit aantasten (zie in die zin arrest van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, niet gepubliceerd, EU:T:2017:903, punt 27).

- 196 In de onderhavige zaak dient van meet af aan te worden opgemerkt dat de Commissie in haar inleidingsbesluit in eerste instantie heeft geconcludeerd dat er sprake was van een selectief voordeel ten gunste van zowel de dochtervennootschappen, te weten LNG Supply en GSTM, als de groep Engie in zijn geheel.
- 197 De Commissie heeft dus primair aangevoerd dat met de betrokken fiscale rulings, doordat daarin de niet-belasting van de ZORA-aanwas is toegestaan, is afgeweken van artikel 109, lid 1, LIR en artikel 164 LIR, zijnde belastingregels die gelden voor alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen.
- 198 Subsidiar was de Commissie, om te beginnen, van mening dat met de betrokken fiscale rulings is afgeweken van de bepalingen inzake de belastingheffing over kapitaalwinsten voortvloeiend uit een in aandelen converteerbare lening, namelijk artikel 22 bis LIR en artikel 97 LIR, voor zover zij de niet-belasting van de door de dochtervennootschappen gerealiseerde inkomsten bekrachtigden door de gelijkstelling van de ZORA-aanwas met aftrekbare rente.
- 199 Voorts heeft de Commissie opgemerkt dat het gecombineerde effect van de afwijkingen in artikel 22 bis LIR en artikel 109 LIR, waarbij de niet-belasting van de ZORA-aanwas wordt toegestaan, een afwijking van de bepaling inzake rechtsmisbruik vormde.
- 200 Met deze overwegingen in het achterhoofd dient allereerst te worden opgemerkt dat de Commissie in het bestreden besluit inderdaad niet alle argumenten heeft herhaald die zij in het stadium van het besluit tot inleiding van de procedure had geformuleerd met betrekking tot de analyse van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings.
- 201 Toch kan deze beperking van de omvang van het onderzoek van de Commissie niet worden uitgelegd als een wijziging van het voorwerp van het besluit tot inleiding van de procedure zijnde de verenigbaarheid van de betrokken fiscale rulings met het recht inzake staatssteun.
- 202 Verder waren de uitgangspunten van de analyse van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings die uiteindelijk in het bestreden besluit is uitgevoerd, vervat in het besluit tot inleiding van de procedure, wat niet door Engie en het Groothertogdom Luxemburg lijkt te worden betwist.
- 203 Zoals namelijk in de overwegingen 91 tot en met 100 van het bestreden besluit is uiteengezet, werden in het besluit tot inleiding van de procedure als elementen die tot een selectief voordeel konden leiden, om te beginnen de mogelijkheid voor een dochtervennootschap als begunstigde van een ZORA om krachtens artikel 109 LIR de ZORA-aanwas als rente af te trekken, aangemerkt en, voorts, de toepassing van artikel 22 bis LIR op het onderhavige geval doordat het de mogelijkheid bood om deze aanwas op het moment van de conversie van de betrokken ZORA onbelast te laten. Bovendien is de vinger gelegd op het gecombineerde effect van de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschappen en de niet-belasting van de overeenkomstige inkomsten op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen.
- 204 Met andere woorden, het besluit tot inleiding van de procedure had reeds betrekking op de onjuiste toepassing van zowel artikel 166 LIR op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen met betrekking tot inkomsten uit deelnemingen die uit economisch oogpunt overeenstemden met de onbelaste winsten bij de dochtervennootschappen, als

artikel 22 bis LIR, dat niet tot doel had de ZORA-aanwas definitief vrij te stellen maar alleen om de belasting ervan in de tijd uit te stellen. Evenzo had de Commissie reeds de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik aangevoerd.

- 205 Aangezien de door de Commissie in het bestreden besluit in aanmerking genomen essentiële elementen met betrekking tot het bestaan van een selectief voordeel reeds uit het besluit tot inleiding van de procedure bleken, kan het Groothertogdom Luxemburg de Commissie dus niet verwijten deze lidstaat niet in staat te hebben gesteld zijn standpunt met betrekking tot het bestaan van een selectief voordeel op zinvolle wijze kenbaar te maken in de zin van de in punt 192 hierboven aangehaalde rechtspraak.
- 206 Hieraan moet worden toegevoegd dat de Commissie bij brief van 11 december 2017 heeft getracht haar redenering op gestructureerde wijze te verduidelijken en heeft verzocht om de opmerkingen van zowel Engie als het Groothertogdom Luxemburg.
- 207 Dat is duidelijk ook het geval bij de afbakening van de referentiekaders die in het bestreden besluit worden gehanteerd om de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings op het niveau van zowel de betrokken houdstermaatschappijen als de groep Engie vast te stellen.
- 208 Voorts mag de Commissie in de brief van 11 december 2017 dan wel haar argumentatie met betrekking tot de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik die zij in het besluit tot inleiding van de procedure had aangevoerd niet hebben samengevat, zij heeft niettemin de partijen opnieuw verzocht om op dit punt nadere opmerkingen in te dienen.
- 209 Ten slotte is de beperking van de omvang van de analyse van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings tussen het besluit tot inleiding van de procedure en het bestreden besluit het resultaat van de gedachtewisselingen tussen de Commissie, het Groothertogdom Luxemburg en Engie, wat, voor zover nog nodig, het doel zelf van de formele onderzoeksprocedure en het nut en de doeltreffendheid van de tijdens deze procedure gevoerde gedachtewisselingen tot uiting brengt.
- 210 Gelet op deze overwegingen kan de Commissie in de onderhavige zaak de procedurele rechten van het Groothertogdom Luxemburg en van Engie dus niet hebben geschonden door geen nieuw besluit tot inleiding van de procedure of op zijn minst een besluit tot rectificatie vast te stellen.
- 211 Bijgevolg moeten het zesde middel in zaak T-525/18 en het vierde middel in zaak T-516/18 ongegrond worden verklaard.

4. Eerste middel in zaak T-525/18: geen bekostiging met staatsmiddelen en niet-toerekenbaarheid aan de staat van de betrokken fiscale rulings

- 212 In de eerste plaats betoogt Engie dat de betrokken fiscale rulings niet kunnen worden geacht een overheidsinterventie in te houden. Zij zijn immers facultatief en vormen slechts de strikte gevolgtrekkingen uit de toepassing van de Luxemburgse belastingwetgeving op een bepaalde situatie.
- 213 Volgens Engie wordt aan deze vaststelling niet afgedaan door de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik, aangezien de Commissie niet heeft aangetoond dat de praktijk van de Luxemburgse autoriteiten, ten aanzien van wie in casu zou zijn gebleken dat zij hoogstens hebben afgezien van ingrijpen, in vergelijkbare gevallen anders zou zijn geweest.

- 214 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat voordelen slechts als „steunmaatregelen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen worden beschouwd indien zij direct of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend (arrest van 28 maart 2019, Duitsland/Commissie, C-405/16 P, EU:C:2019:268, punt 48).
- 215 Voor de beoordeling of een maatregel kan worden toegerekend aan de staat, moet worden onderzocht of de overheid bij de vaststelling van die maatregel betrokken was (arrest van 28 maart 2019, Duitsland/Commissie, C-405/16 P, EU:C:2019:268, punt 49).
- 216 In casu zijn de betrokken fiscale rulings vastgesteld door de Luxemburgse belastingdienst, zoals de Commissie in overweging 156 van het bestreden besluit terecht heeft benadrukt.
- 217 Alleen al op basis van deze vaststelling kan dus niet op goede gronden worden betwist dat de betrokken fiscale rulings aan het Groothertogdom Luxemburg kunnen worden toegerekend.
- 218 In de tweede plaats is er, volgens Engie, bij de betrokken fiscale rulings evenmin sprake van het gebruik van staatsmiddelen. Zij leiden namelijk niet tot een vermindering van het normaal verschuldigde belastingbedrag.
- 219 Dienaangaande hoeft, volgens vaste rechtspraak, niet in alle gevallen te worden aangetoond dat staatsmiddelen zijn overgedragen om het aan een of meer ondernemingen verleende voordeel als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te kunnen aanmerken (arrest van 19 maart 2013, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie e.a. en Commissie/Frankrijk e.a., C-399/10 P en C-401/10 P, EU:C:2013:175, punt 100).
- 220 Zo worden met name als steunmaatregelen beschouwd de maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben (arrest van 19 maart 2013, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie e.a. en Commissie/Frankrijk e.a., C-399/10 P en C-401/10 P, EU:C:2013:175, punt 101).
- 221 Zoals blijkt uit overweging 158 van het bestreden besluit, heeft de Luxemburgse belastingdienst met de betrokken fiscale rulings evenwel toegestaan dat de betrokken houdstermaatschappijen niet worden belast over een deel van hun inkomsten uit deelnemingen. Met andere woorden, de betrokken fiscale rulings verlichten de lasten die in beginsel op het budget van een onderneming drukken in de zin van de in punt 220 hierboven aangehaalde rechtspraak.
- 222 Derhalve is ook voldaan aan de voorwaarde inzake het gebruik van staatsmiddelen.
- 223 Bijgevolg moet het eerste middel in zaak T-525/18 ongegrond worden verklaard.

5. Eerste en tweede middel in zaak T-516/18 en tweede en derde middel in zaak T-525/18: onjuiste beoordelingen en onjuiste rechtsopvattingen bij de vaststelling van een selectief voordeel

a) Voorafgaande opmerkingen

- 224 Uit de overwegingen 162, 171, 200, 237 en 289 van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie, zoals zij heeft bevestigd in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting, het selectieve voordeel voor de groep Engie heeft aangetoond door vier redeneringen te volgen, waarvan er één, gelet op overweging 289 van het bestreden besluit, subsidiair is aangevoerd.
- 225 Zo is de Commissie, in de eerste plaats, van mening geweest dat de betrokken fiscale rulings de groep Engie op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen een selectief voordeel hebben verschaft doordat hiermee werd afgeweken van een referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.
- 226 In de tweede plaats was de Commissie van mening dat de groep Engie op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen ook een selectief voordeel genoot doordat met de betrokken fiscale rulings is afgeweken van een specifiek referentiestelsel bestaande uit de Luxemburgse bepalingen die de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen regelen.
- 227 In de derde plaats heeft de Commissie, in het licht van een referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, geoordeeld dat de betrokken fiscale rulings eveneens een selectief voordeel hebben verleend aan de groep Engie, die in casu bestaat uit de betrokken houdstermaatschappijen, de intermediaire vennootschappen en dochtervennootschappen.
- 228 In de vierde plaats en subsidiair is de Commissie van mening dat de betrokken fiscale rulings een selectief voordeel hebben verleend aan alle vennootschappen van de groep Engie, in het bestreden besluit gezamenlijk „Engie” genoemd, doordat met deze fiscale rulings is afgeweken van de bepaling inzake rechtsmisbruik die integrerend deel uitmaakt van een referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.
- 229 Met hun beroepen komen Engie en het Groothertogdom Luxemburg op tegen alle redeneringen van de Commissie die ertoe strekken vast te stellen dat er in casu sprake is van een selectief voordeel. Daartoe voeren zij middelen en argumenten aan die, hoewel zij in hun respectieve verzoekschriften verschillend worden gepresenteerd, in wezen grote gelijkenissen vertonen.
- 230 Dienaangaande zij er vooraf aan herinnerd dat wanneer bepaalde overwegingen van een besluit op zich genomen dat besluit rechtens genoegzaam rechtvaardigen, de eventuele gebreken in andere overwegingen van die handeling hoe dan ook geen gevolgen hebben voor het dispositief (arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 42).
- 231 Wanneer voorts het dispositief van een besluit van de Commissie is gebaseerd op meerdere redeneringen, die elk op zich als grondslag voor dat dispositief zouden volstaan, moet het besluit in beginsel enkel nietig worden verklaard indien elk van die redeneringen onwettig is. In een dergelijk geval kan een gebrek of een andere onwettigheid die slechts een van die redeneringen

betreft, de nietigverklaring van het bestreden besluit niet rechtvaardigen, omdat dat gebrek of die onwettigheid geen beslissende invloed kan hebben gehad op het dispositief van dat besluit (arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 43).

- 232 De gegrondheid, in casu, van slechts een van de redeneringen van de Commissie doet dus de argumenten die Engie en het Groothertogdom Luxemburg tegen de andere redeneringen van de Commissie hebben aangevoerd, teniet.
- 233 Ten behoeve van het onderhavige arrest acht het Gerecht het dienstig om allereerst in te gaan op de argumenten van Engie en het Groothertogdom Luxemburg waarmee de Commissie wordt verweten de voorwaarden inzake de vaststelling van een voordeel en die inzake de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings te hebben verward door deze twee voorwaarden niet op duidelijke wijze afzonderlijk te beoordelen.
- 234 Vervolgens onderzoekt het Gerecht de argumenten die zijn aangevoerd tegen de beoordeling door de Commissie van het bestaan van een selectief voordeel, te beginnen met de vaststelling van een afwijking van het specifieke referentiekader bestaande uit de bepalingen die de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen regelen.

b) Verwarring tussen de voorwaarden voor het bestaan van een voordeel en de voorwaarden inzake de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings

- 235 Engie en het Groothertogdom Luxemburg verwijten de Commissie de begrippen „voordeel” en „selectiviteit” te hebben verward.
- 236 In plaats van achtereenvolgens het bestaan van een voordeel en van een gedifferentieerde behandeling te onderzoeken, heeft de Commissie, volgens Engie, het bestaan van een voordeel afgeleid uit een vermeende afwijking, niet van de algemene bepalingen inzake de vaststelling van de belastbare inkomsten, maar van een doelstelling die erin zou bestaan de winsten van de aan de vennootschapsbelasting onderworpen vennootschappen in alle omstandigheden te belasten.
- 237 De verwijzing naar de doelstelling van een belastingstelsel zou evenwel slechts kunnen in het stadium van de beoordeling van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings en niet bij de vaststelling van een voordeel.
- 238 De Commissie daarentegen beklemtoont dat, hoewel de voorwaarde voor het bestaan van een voordeel verschilt van de voorwaarde inzake de selectiviteit ervan, het bewijs van het ene gedeeltelijk samenvalt met dat van het andere. Wanneer namelijk een belastingmaatregel afwijkt van een normaal belastingstelsel, is voldaan aan de voorwaarde inzake het bestaan van een voordeel, evenals aan de eerste twee stappen van de redenering betreffende de selectiviteit ervan. Wat met name de vermeende verwarring tussen de regels van het referentiekader en het doel van dit kader betreft, voegt de Commissie eraan toe dat de algemene regels van het belastingstelsel, dat wil zeggen de regels die voor alle ondernemingen gelden, juist de doelstelling van het belastingstelsel weerspiegelen.
- 239 In dit verband zij eraan herinnerd dat selectiviteit en voordeel in beginsel twee verschillende criteria zijn. Wat het voordeel betreft, moet de Commissie aantonen dat de maatregel de financiële situatie van de begunstigde verbetert [zie in die zin arrest van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, EU:C:1974:71, punt 33 van de Italiaanse taalversie (punt 15 van de Nederlandse taalversie)].

- 240 Wat daarentegen de selectiviteit betreft, moet de Commissie aantonen dat het voordeel niet ten goede komt aan andere ondernemingen die zich, uit het oogpunt van de doelstelling van het referentiekader, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden als de begunstigde (arrest van 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 49).
- 241 Op fiscaal gebied vallen het onderzoek van het voordeel en dat van de selectiviteit echter samen, aangezien deze twee criteria inhouden dat moet worden aangetoond dat de bestreden belastingmaatregel leidt tot een vermindering van het belastingbedrag dat de begunstigde van de maatregel normaliter in het kader van het normale belastingstelsel had moeten betalen, en dus van toepassing is op andere belastingplichtigen die zich in dezelfde situatie bevinden. Bovendien volgt uit de rechtspraak van het Hof dat deze twee criteria samen kunnen worden onderzocht als een „derde voorwaarde” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, betreffende het bestaan van een „selectief voordeel” (zie in die zin arrest van 30 juni 2016, *België/Commissie*, C-270/15 P, EU:C:2016:489, punt 32).
- 242 In het onderhavige geval heeft de Commissie getracht aan te tonen – los van de gegrondheid van alle redeneringen in het bestreden besluit – dat de betrokken fiscale rulings hebben geleid tot een vermindering van het belastingbedrag dat normaliter, met name door de betrokken houdstermaatschappijen, verschuldigd zou zijn geweest in het kader van de gewone belastingregeling, en dat deze maatregelen derhalve een afwijking vormden van de belastingregels die gelden voor andere belastingplichtigen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- 243 De Commissie was namelijk allereerst van mening dat, door te bekrachtigen dat de betrokken houdstermaatschappijen konden profiteren van een vrijstelling van belasting over de inkomsten uit deelnemingen die, gelet op het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel en zonder de betrokken fiscale rulings, hadden moeten worden belast, deze fiscale rulings om te beginnen deze vennootschappen een voordeel verleenden en voorts een afwijking vormden van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.
- 244 Op de verwijzing in de overwegingen 166 en 176 van het bestreden besluit naar de doelstelling van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, vastgesteld op basis van de artikelen 18, 23, 40, 159 en 163 LIR, zoals uiteengezet in de overwegingen 78 tot en met 81 van het bestreden besluit, kan niet met succes een beroep worden gedaan ter ondersteuning van het argument van verwarring tussen de voorwaarden van voordeel en die van selectiviteit.
- 245 Het is juist dat de doelstelling van een belastingstelsel allereerst wordt gebruikt om de selectiviteit van een belastingmaatregel vast te stellen, aangezien aan de hand van een dergelijke doelstelling wordt bepaald welke belastingplichtigen zich in een feitelijke en juridische situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van de begunstigden van de steun.
- 246 De door de Commissie in met name de overwegingen 166 en 176 van het bestreden besluit aangevoerde doelstelling, te weten „het heffen van belasting over de boekhoudkundige winst van alle in Luxemburg belastingplichtige vennootschappen”, lijkt niettemin veeleer een beginsel te zijn dat de algemene bepalingen van het door de Commissie in aanmerking genomen Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel beheerst, dan een doelstelling van het betrokken stelsel.

- 247 Ongeacht de juistheid van de lezing van deze bepalingen door de Commissie en ongeacht het aangevoerde beginsel, leidt het bewijs van een afwijking van deze bepalingen dus eveneens tot het bewijs dat een voordeel is verleend.
- 248 Vervolgens geldt dezelfde vaststelling niet in het licht van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, maar in het licht van de Luxemburgse bepalingen betreffende de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen en de belasting over winstuitkeringen.
- 249 Uit met name de overwegingen 208 en 209 van het bestreden besluit blijkt dat de betrokken houdstermaatschappijen zonder de betrokken fiscale rulings geen belastingvrijstelling hadden kunnen genieten over uitgekeerde inkomsten die niet bij hun respectieve dochtervennootschappen waren belast, zodat zowel een voordeel als een afwijking van de bepalingen betreffende de vrijstelling van belasting over inkomsten uit deelnemingen en de belasting over winstuitkeringen kan worden vastgesteld.
- 250 Ten slotte impliceert de vaststelling van een afwijking van de bepaling inzake rechtsmisbruik tegelijkertijd de toekenning van een voordeel, zoals blijkt uit overweging 312 van het bestreden besluit. De Commissie stelt in wezen dat, zonder de betrokken fiscale rulings en wanneer de bepaling inzake rechtsmisbruik zou zijn toegepast, de betrokken houdstermaatschappijen niet in aanmerking hadden kunnen komen voor een vrijstelling van de belasting over de betrokken inkomsten uit deelnemingen.
- 251 In casu heeft de Commissie aldus de voorwaarden betreffende de vaststelling van een voordeel en de voorwaarden betreffende het bewijs van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings niet met elkaar verward. Deze voorwaarden konden, gelet op de aard van deze fiscale rulings, gelijktijdig worden beoordeeld.
- 252 Het op deze verwarring gebaseerde argument moet dus ongegrond worden verklaard.
- 253 In deze omstandigheden dient thans te worden nagegaan of de Commissie terecht tot de slotsom is gekomen dat er sprake was van een selectief voordeel na haar onderzoek van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings in het licht van het specifieke referentiekader bestaande uit de Luxemburgse bepalingen die de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen en de belasting over winstuitkeringen regelen.

c) Ontbreken van een selectief voordeel op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen in het licht van het specifieke referentiekader

- 254 In de overwegingen 200 tot en met 235 van het bestreden besluit heeft de Commissie betoogd dat de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings kon worden vastgesteld in het licht van een specifiek referentiekader bestaande uit de artikelen 164 en 166 LIR, te weten de bepalingen betreffende de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen.
- 255 Artikel 164 LIR luidt:
- „(1) Voor de vaststelling van het belastbaar inkomen is het eender of de winst al dan niet aan de rechthebbenden is uitgekeerd.

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

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

256 Artikel 166, lid 1, LIR bepaalt het volgende:

„De inkomsten uit een deelneming die wordt gehouden door:

1. een onbeperkt belastingplichtige ingezeten vennootschap in een van de in de bijlage bij lid 10 genoemde vormen,
2. een onbeperkt belastbare ingezeten kapitaalvennootschap die niet in de bijlage bij lid 10 is opgenomen,
3. een binnenlandse vaste inrichting van een collectieve instelling als bedoeld in artikel 2 van richtlijn [2011/96],
4. een binnenlandse vaste inrichting van een kapitaalvennootschap die ingezetene is van een staat waarmee het Groothertogdom Luxemburg een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten,
5. een binnenlandse vaste inrichting van een kapitaalvennootschap of een coöperatieve vennootschap die ingezetene is van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) en geen lidstaat van de Europese Unie is,

worden vrijgesteld wanneer de begunstigde de deelneming op de datum waarop de inkomsten ter beschikking worden gesteld gedurende een ononderbroken periode van ten minste twaalf maanden onder zich heeft of zich ertoe verbindt de deelneming gedurende die periode onder zich te houden en het deelnemingspercentage gedurende die gehele periode niet lager is dan 10 procent, of de aankoopprijs niet lager is dan 1 200 000 EUR.”

257 Uit met name de overwegingen 201 en 202 van het bestreden besluit volgt dat een gecombineerde lezing van de bepalingen van artikel 164 en artikel 166, lid 1, LIR zou leiden tot uitsluiting, naar Luxemburgs recht, van het voordeel van een vrijstelling op het niveau van de vennootschap die de inkomsten uit deelnemingen ontvangt, wanneer die inkomsten voordien niet aan belasting onderworpen zijn geweest op het niveau van de uitkerende vennootschap.

258 Artikel 164 LIR staat niet toe dat de uitgekeerde winst wordt afgetrokken van het belastbaar inkomen. Met andere woorden, winst kan alleen worden uitgekeerd na belasting, ongeacht de aard van de uitkering. Op zijn beurt maakt artikel 166 LIR het mogelijk winstuitkeringen vrij te stellen van belasting op het niveau van de ontvangende vennootschap, mits de ontvangen inkomsten het resultaat zijn van deelnemingen.

- 259 Aldus is de Commissie in overweging 226 van het bestreden besluit tot de slotsom gekomen dat de Luxemburgse belastingdienst een selectief voordeel heeft verleend aan de betrokken houdstermaatschappijen, omdat dankzij de betrokken fiscale rulings de betrokken houdstermaatschappijen vrijstelling van belasting is verleend voor inkomsten uit deelnemingen die uit economisch oogpunt overeenkwamen met de ZORA-aanwas die op het niveau van hun respectieve dochtervennootschappen als kosten is afgetrokken
- 260 Engie en het Groothertogdom Luxemburg betogen in wezen dat de Commissie zich zowel bij de bepaling van het specifieke referentiekader als bij de vaststelling van een afwijking daarvan heeft vergist en zodoende ten onrechte de conclusie heeft getrokken dat aan de betrokken houdstermaatschappijen een selectief voordeel is verleend.
- 261 Derhalve moeten, om te beginnen, de argumenten worden onderzocht betreffende de onjuiste afbakening door de Commissie van een specifiek referentiekader bestaande uit de bepalingen inzake de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, en, voorts, de argumenten worden bekeken waarmee wordt opgekomen tegen het onderdeel van het bestreden besluit dat betrekking heeft op het bestaan van een afwijking van die bepalingen.
- 1) Afbakening van het specifieke referentiekader bestaande uit de bepalingen inzake de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen*
- 262 In het bestreden besluit heeft de Commissie de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen getoetst aan een specifiek referentiekader bestaande uit de bepalingen betreffende de vrijstelling van belasting voor inkomsten uit deelnemingen en de belasting over winstuitkeringen, te weten de artikelen 164 en 166 LIR.
- i) Geen uitbreiding van het referentiekader tot de moeder-dochterrichtlijn*
- 263 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie betogen dat de Commissie het referentiekader ten onrechte heeft beperkt tot bepalingen die van toepassing zijn op zuiver binnenlandse situaties. Veeleer had zij ook moeten uitgaan van situaties die binnen de werkingssfeer van de moeder-dochterrichtlijn vallen.
- 264 Engie merkt op dat het Groothertogdom Luxemburg op grond van de moeder-dochterrichtlijn, die ten tijde van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings van kracht was, niet eiste dat de winst van in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen vooraf in de woonstaat van deze dochtervennootschappen werd belast, opdat in Luxemburg gevestigde moedermaatschappijen voor de vrijstelling van de moeder-dochterrichtlijn in aanmerking konden komen.
- 265 Engie en het Groothertogdom Luxemburg voegen daaraan toe dat de Commissie, gelet op de rechtspraak van het Hof, de vrijstelling, zonder enige voorwaarde inzake voorafgaande belastingheffing over de winst op het niveau van de dochtervennootschap, niet uitsluitend aan grensoverschrijdende situaties kan voorbehouden.
- 266 Uitgaande van het arrest van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395), legt Engie de nadruk op de noodzaak om artikel 166 LIR uit te leggen in het licht van het Unierecht, met name in het licht van de moeder-dochterrichtlijn die ten tijde van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings van kracht was.

- 267 Bovendien leidt het niet op elkaar afstemmen van de fiscale behandeling van grensoverschrijdende winstuitkeringen en zuiver interne uitkeringen tot omgekeerde discriminatie op het niveau van in Luxemburg gevestigde moedermaatschappijen en dochtervennootschappen. De Commissie kan derhalve de keuze van de Luxemburgse wetgever met betrekking tot de vrijstellingsregeling voor inkomsten uit deelnemingen, ongeacht of het gaat om interne of grensoverschrijdende uitkeringen, niet aanvechten.
- 268 Een dergelijke niet-afstemming van fiscale behandelingen is, volgens Engie en het Groothertogdom Luxemburg, bovendien in strijd met artikel 107 VWEU, zoals blijkt uit de arresten van 22 december 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves* (C-48/07, EU:C:2008:758), en 21 december 2016, *Commissie/World Duty Free Group e.a.* (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981).
- 269 De Commissie rechtvaardigt het gegeven dat het referentiekader niet is uitgebreid tot grensoverschrijdende situaties, in wezen met het argument dat de moeder-dochterrichtlijn uitsluitend tot doel heeft te voorkomen dat grensoverschrijdende situaties worden benadeeld ten opzichte van zuiver binnenlandse situaties, en niet om de uitbreiding van de voorkeursbehandeling van grensoverschrijdende situaties tot zuiver binnenlandse situaties te rechtvaardigen.
- 270 In dit verband zij, om te beginnen, eraan herinnerd dat het onderzoek van de voorwaarde inzake selectiviteit in beginsel inhoudt dat eerst het referentiekader moet worden afgebakend waarbinnen de betrokken maatregel valt. Deze afbakening van het referentiekader is des te belangrijker bij belastingmaatregelen, daar het bestaan van een voordeel slechts ten opzichte van een „normale” belasting kan worden vastgesteld (arresten van 6 september 2006, *Portugal/Commissie*, C-88/03, EU:C:2006:511, punt 56, en 21 december 2016, *Commissie/Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 55).
- 271 Voorts kan de selectiviteit van een belastingmaatregel niet worden beoordeeld aan de hand van een referentiekader bestaande uit enkele bepalingen die kunstmatig uit een ruimer wetgevingskader zijn gelicht (arrest van 28 juni 2018, *Duitsland/Commissie*, C-209/16 P, niet gepubliceerd, EU:C:2018:507, punt 99).
- 272 De Commissie kan daarom niet worden verweten in casu geen rekening te hebben gehouden met de fiscale behandeling van grensoverschrijdende dividenduitkeringen op grond van de moeder-dochterrichtlijn, die ten tijde van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings van kracht was.
- 273 In de eerste plaats gaat het in casu om een zuiver interne situatie. Zowel de betrokken houdstermaatschappijen als de dochtervennootschappen en de intermediaire vennootschappen zijn in het Groothertogdom Luxemburg gevestigd. In het onderhavige geval vallen hun belastingsituaties onder een en dezelfde belastingautoriteit. Bijgevolg kunnen de risico's van dubbele belastingheffing als gevolg van de toepassing van verschillende belastingstelsels en de betrokkenheid van verschillende belastingdiensten, waarvan sprake kan zijn bij grensoverschrijdende uitkeringen, zich niet voordoen in een zuiver interne situatie als die welke in casu aan de orde is.

- 274 In de tweede plaats was het volgens de moeder-dochterrichtlijn, die ten tijde van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings van kracht was, weliswaar niet formeel vereist dat de vrijstelling voor de inkomsten uit deelnemingen afhankelijk werd gesteld van de voorafgaande belasting van de winstuitkeringen op het niveau van de dochtervennootschappen.
- 275 Ingevolge artikel 4 van de moeder-dochterrichtlijn kan de vestigingsstaat van de moedermaatschappij die dividenden ontvangt van een niet-ingezeten dochtervennootschap, namelijk afzien van belastingheffing over die dividenden.
- 276 Dit doet evenwel niet af aan het feit dat een dergelijke vrijstellingsregeling – die formeel niet afhankelijk is van de belastingheffing over de op het niveau van de niet-ingezeten dochtervennootschap uitgekeerde winst – allereerst bedoeld is, overeenkomstig overweging 3 van de moeder-dochterrichtlijn, om de hergroepering van vennootschappen op het niveau van de Unie te vergemakkelijken en de verschillen aan te pakken die kunnen bestaan tussen de belastingwetgevingen van twee verschillende lidstaten. Een en ander is zeker niet van toepassing op de situatie van vennootschappen die in een en dezelfde lidstaat zijn gevestigd.
- 277 De arresten van 13 november 1990, *Marleasing* (C-106/89, EU:C:1990:395); 22 december 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves* (C-48/07, EU:C:2008:758), en 21 december 2016, *Commissie/World Duty Free Group e.a.* (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981), doen niet af aan deze vaststelling.
- 278 Om te beginnen kan het arrest van 13 november 1990, *Marleasing* (C-106/89, EU:C:1990:395), niet worden uitgelegd in de door Engie gewenste zin. In die zaak heeft het Hof geoordeeld dat in het kader van een geschil dat valt binnen de werkingssfeer van een richtlijn die in nationaal recht had moeten worden omgezet, de nationale rechter verplicht is zijn nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn. In het onderhavige geval is er echter geen sprake van een uitlegging van artikel 166 LIR in een geval dat binnen de werkingssfeer van de moeder-dochterrichtlijn valt, namelijk in het geval van winstuitkeringen tussen vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd.
- 279 Voorts kan het arrest van 22 december 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves* (C-48/07, EU:C:2008:758), evenmin de grondslag vormen voor een verplichting voor het Groothertogdom Luxemburg om de fiscale behandeling van grensoverschrijdende uitkeringen af te stemmen op die van zuiver binnenlandse uitkeringen.
- 280 In die zaak ging het enkel om de vraag of het begrip deelneming in de zin van de moeder-dochterrichtlijn ook het houden van aandelen door middel van een vruchtgebruikovereenkomst (en niet in volle eigendom) omvatte, waarop het Hof ontkennend heeft geantwoord.
- 281 Het Hof heeft echter ook erop willen wijzen dat een lidstaat grensoverschrijdende situaties niet minder gunstig mag behandelen dan zuiver binnenlandse situaties. Zo heeft het Hof in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 22 december 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves* (C-48/07, EU:C:2008:758), geoordeeld dat indien een lidstaat vrijstelling van belasting verleent voor de dividenden die worden ontvangen door een vennootschap die de aandelen van een dochtervennootschap in handen heeft door middel van een vruchtgebruikovereenkomst, hetzelfde moet gelden in een grensoverschrijdende situatie. Het doel van de Uniewetgeving is

niet om omgekeerde discriminatie te bestrijden, maar om ervoor te zorgen dat grensoverschrijdende situaties niet minder gunstig worden behandeld dan zuiver binnenlandse situaties, en niet omgekeerd.

- 282 Ten slotte geldt hetzelfde wat betreft het arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981). In tegenstelling tot wat het Groothertogdom Luxemburg beweert, kan de Commissie deze lidstaat niet verwijten staatssteun te hebben verleend door grensoverschrijdende dividenduitkeringen gunstiger te behandelen dan zuiver binnenlandse uitkeringen.
- 283 Het vereiste dat een dergelijke maatregel aan de staat kan worden toegerekend, geldt namelijk niet wanneer de betrokken maatregel voortvloeit uit een handeling van de Unie, zoals een richtlijn (zie in die zin arrest van 5 april 2006, Deutsche Bahn/Commissie, T-351/02, EU:T:2006:104, punten 99-104). In het onderhavige geval vloeit de vrijstellingsregeling voor inkomsten uit deelnemingen voort uit de moeder-dochterrichtlijn.
- 284 Hoe dan ook verzet de moeder-dochterrichtlijn, die van kracht was ten tijde van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings, zich niet ertegen dat een verband wordt gelegd en geëist tussen de belastingheffing over winstuitkeringen op het niveau van een dochtervennootschap en de daaropvolgende vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van een niet-ingezeten moedermaatschappij (zie in die zin arrest van 22 december 2008, Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU: C:2008:758, punten 36 en 37).
- 285 Deze richtlijn beoogt situaties van dubbele belastingheffing te voorkomen, hetgeen impliciet maar noodzakelijkerwijs doet vermoeden dat zij gebaseerd is op de veronderstelling dat de vestigingsstaat van de dochtervennootschap de door die dochtervennootschap behaalde winst zal belasten alvorens zij deze winst uitkeert (zie in die zin arrest van 22 december 2008, Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, punten 36 en 37).
- 286 Los van de vraag of zij *ratione temporis* van toepassing is, wordt een dergelijke uitlegging bovendien bevestigd door artikel 1 van richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van richtlijn 2011/96 (PB 2014, L 219, blz. 40), in die zin dat de vrijstelling voor grensoverschrijdende inkomsten uit deelnemingen slechts mogelijk is indien deze inkomsten niet aftrekbaar zijn door de dochtervennootschap.
- 287 In casu was de Commissie dus niet verplicht het referentiekader uit te breiden tot de regeling van de moeder-dochterrichtlijn, die overigens niet kon leiden tot uitsluiting, althans in zuiver binnenlandse situaties, van elk verband tussen de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen en de belastingheffing over winstuitkeringen.

ii) Gecombineerde lezing van de artikelen 164 en 166 LIR

- 288 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie betogen dat de afbakening van een specifiek referentiekader, in het licht van enkel de artikelen 164 en 166 LIR, het gevolg is van een onjuiste gecombineerde lezing van die twee bepalingen.

- 289 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie betogen dat – naast het feit dat een ZORA geen winstuitkering in de zin van artikel 164 LIR impliceert – artikel 166 LIR niet aldus kan worden uitgelegd dat het voordeel van de vrijstelling op het niveau van de moedermaatschappij afhankelijk wordt gesteld van het ontbreken van belastingaftrek op het niveau van de dochtervennootschap van de inkomsten die tijdens de looptijd van de ZORA zijn gerealiseerd.
- 290 Het Groothertogdom Luxemburg betreurt evenzeer dat de Commissie is voorbijgegaan aan de opmerkingen in zijn brief van 31 januari 2018, waarin duidelijk is uiteengezet dat de artikelen 164 en 166 LIR een verschillende werkingssfeer hebben en dat naleving van artikel 164 LIR geen voorwaarde is voor toepassing van artikel 166 LIR.
- 291 De Commissie beklemtoont met name dat de complementariteit tussen artikel 166 en artikel 164, leden 1 en 2, LIR essentieel is om de samenhang van het Luxemburgse belastingstelsel te verzekeren, zoals in de fiscale rechtsleer is bevestigd.
- 292 Om te beginnen is het juist dat artikel 166 LIR de toekenning van de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van een moedermaatschappij niet formeel afhankelijk stelt van de voorafgaande belasting van de winstuitkeringen op het niveau van haar dochtervennootschap.
- 293 De toekenning van de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen kan niettemin slechts in overweging komen wanneer de door een dochtervennootschap uitgekeerde inkomsten vooraf zijn belast, behalve in het geval van een dubbele niet-belasting van de winst in een zuiver binnenlandse situatie.
- 294 Schematisch voorgesteld voorziet artikel 164 LIR in belastingheffing over de door een vennootschap gegenereerde inkomsten, ongeacht of deze inkomsten worden uitgekeerd of niet. Tot deze inkomsten behoren, overeenkomstig artikel 164, lid 3, LIR, ook verborgen winstuitkeringen. Artikel 166 LIR verleent onder bepaalde voorwaarden vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, teneinde dubbele belasting te voorkomen. Uitgekeerde winsten die worden belast op het niveau van de dochtervennootschap, worden in beginsel namelijk geboekt als belastbare inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij.
- 295 Het verband tussen de twee bepalingen blijkt uitdrukkelijk uit het antwoord van het Groothertogdom Luxemburg van 31 januari 2018. Blijkens het ondubbelzinnige citaat in overweging 202 van het bestreden besluit, dat is opgenomen in voetnoot 223, heeft het Groothertogdom Luxemburg erkend dat „alle deelnemingen waaruit de inkomsten onder de vrijstellingsregeling van artikel 166 LIR [vielen], ook onder de bepalingen van artikel 164 [...] LIR [vielen]”.
- 296 [Zoals gerectificeerd bij beschikking van 16 september 2021] Het verband tussen deze twee bepalingen blijkt des te duidelijker bij lezing van het advies van de Luxemburgse Conseil d'État van 2 april 1965 over het wetsontwerp tot opnemings van artikel 166 in de LIR, waarnaar de Commissie terecht verwijst in de voetnoten 139 en 238 van het bestreden besluit. Zoals de Conseil d'État benadrukt, biedt artikel 166 LIR de mogelijkheid om „om redenen van fiscale billijkheid en economische orde” dubbele of driedubbele belasting van uitgekeerde inkomsten te voorkomen, maar in wezen niet om te voorkomen dat over deze inkomsten in het geheel geen belasting wordt geheven.
- 297 Met andere woorden, de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen geldt alleen voor inkomsten die niet zijn afgetrokken van het belastbare inkomen van de dochtervennootschap.

- 298 Bijgevolg heeft de Commissie geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in overweging 204 van het bestreden besluit een verband vast te stellen tussen de artikelen 164 en 166 LIR, dat wil zeggen tussen de vrijstelling op het niveau van een moedermaatschappij voor de inkomsten uit deelnemingen en de belastingheffing op het niveau van haar dochtervennootschap over de uitgekeerde winst.
- 299 Voorts betogen het Groothertogdom Luxemburg en Engie dat een ZORA geen winstuitkering in de zin van artikel 164 LIR inhoudt, zodat de verwijzing naar dit artikel, met name in de overwegingen 204 en 210 en volgende van het bestreden besluit, onjuist is.
- 300 Hoewel de ZORA-aanwas formeel geen winstuitkering is, komen de vrijgestelde inkomsten uit deelnemingen op het niveau van LNG Holding in wezen overeen met het bedrag van die aanwas, zodat deze, zoals in de overwegingen 210 tot en met 212 van het bestreden besluit terecht wordt gesteld, in de zeer specifieke omstandigheden van het onderhavige geval en gelet op de vennootschapsstructuur met een houdstermaatschappij, een intermediaire vennootschap en een dochtervennootschap, in wezen overeenkomt met een winstuitkering. De Commissie kon zich dus ter afbakening van het specifieke referentiekader op goede gronden baseren op de artikelen 164 en 166 LIR, welke naar nationaal recht de belastingheffing over inkomsten uit deelnemingen regelen.
- 301 Bijgevolg moeten het argument dat de artikelen 164 en 166 LIR tezamen onjuist zijn gelezen en dus ook alle argumenten tot betwisting van de afbakening door de Commissie van het specifieke referentiekader worden afgewezen.

2) Afwijking van de bepalingen inzake de belastingheffing over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen

- 302 In de overwegingen 208 tot en met 226 van het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de Luxemburgse belastingdienst met de betrokken fiscale rulings is afgeweken van de bepalingen betreffende de belastingheffing over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, door de betrokken houdstermaatschappijen de mogelijkheid van vrijstelling te bieden voor inkomsten uit deelnemingen die uit economisch oogpunt overeenkomen met de ZORA-aanwas, welke op het niveau van hun respectieve dochtervennootschappen als kosten werd afgetrokken.
- 303 Vooraf zij benadrukt dat, zoals in de punten 247 en 248 hierboven is vastgesteld, het bewijs van een afwijking van de Luxemburgse bepalingen inzake de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen en de belasting over winstuitkeringen, indien dat gegrond is, leidt tot de vaststelling van een voordeel.
- 304 Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet bij de beoordeling van de voorwaarde inzake het selectieve karakter van het voordeel, die beslissend is voor het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, worden bepaald of de betrokken nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan begunstigen ten opzichte van andere die zich, gelet op de doelstelling van die regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en dus een verschillende behandeling krijgen die in wezen discriminerend is (zie arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

305 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie voeren in wezen aan dat in casu geen afwijking kan worden vastgesteld en betogen daartoe, in de eerste plaats, dat artikel 164 LIR geen regeling van de ZORA inhoudt en dat er geen rechtstreeks en voor de hand liggend verband bestaat tussen de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschappen en de vrijstelling voor de inkomsten uit deelnemingen op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen; in de tweede plaats, dat de aanwas van de ZORA's onzeker was op het moment van de uitgifte ervan; in de derde plaats, dat de artikelen 164 en 166 LIR, elk afzonderlijk beschouwd, correct zijn toegepast; in de vierde plaats, dat de Commissie geen schending van deze twee bepalingen, elk afzonderlijk beschouwd, heeft aangetoond, en, in de vijfde plaats, dat geen voorkeursbehandeling van de groep Engie op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen is aangetoond.

i) Toepassing van artikel 164 LIR op een ZORA en op het bestaan van een verband tussen de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas, op het niveau van de dochtervennootschappen, en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen

306 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie wijzen erop dat artikel 164 LIR in het Luxemburgse recht alleen betrekking heeft op winstuitkeringen, en niet op de ZORA, die deels een schuldinstrument en deels een kapitaalinstrument is.

307 Aldus is de Commissie voorbijgegaan aan de converteerbaarheid van de ZORA, waardoor artikel 164 LIR in casu niet van toepassing is, zodat geen afwijking van die bepaling kan worden vastgesteld. De Commissie heeft haar analyse gebaseerd op een teleologische uitlegging van de Luxemburgse belastingwetgeving en heeft in dat opzicht het legaliteitsbeginsel geschonden, volgens hetwelk belastingwetten strikt moeten worden uitgelegd.

308 Ook is er geen sprake van een dergelijke afwijking, omdat, volgens Engie, geen rechtstreeks en voor de hand liggend verband kan worden vastgesteld tussen de door LNG Holding gerealiseerde winst en de ZORA-aanwas die op het niveau van LNG Supply als kosten is afgetrokken. De Commissie heeft ook ten onrechte de voltooiing van de vooruitbetaalde termijnverkoop in verband gebracht met de daaropvolgende kapitaalvermindering van LNG Supply, welke transactie overigens niet was voorzien op het tijdstip waarop de betrokken fiscale rulings werden afgegeven. Bij gebreke van een dergelijk verband is met de betrokken fiscale rulings in essentie niet afgeweken van het gehanteerde referentiekader.

309 Evenzo is, volgens Engie, de ZORA-aanwas in de boekhouding van LNG Luxembourg als belastbare winst opgenomen, zodat, ervan uitgaande dat een verband wordt vastgesteld tussen het bedrag van de op het niveau van LNG Supply als kosten afgetrokken aanwas en het bedrag dat op het niveau van LNG Holding van belasting is vrijgesteld, de vrijstelling in wezen geen betrekking heeft gehad op een bedrag dat niet belast is geweest.

310 De Commissie betwist de gegrondheid van al deze argumenten. Zij betoogt met name dat wanneer eenzelfde winstbedrag op het niveau van de uitkerende entiteit als kosten kan worden afgetrokken en op het niveau van de begunstigde als inkomsten kan worden vrijgesteld, deze winst in het Groothertogdom Luxemburg aan elke belastingheffing ontsnapt, hetgeen in casu wel degelijk aantoont dat er sprake is van een afwijking van het specifieke referentiekader dat van toepassing is op de houdstermaatschappijen.

- 311 In dit verband is het – anders dan bij een formalistische benadering die erin bestaat elk van de verrichtingen die deel uitmaken van de financiële constructie afzonderlijk te beschouwen – van belang om, zoals de Commissie doet, door de juridische aankleding heen te kijken, teneinde de economische en fiscale realiteit van die constructie te begrijpen. Om uit te maken of de maatregelen van de staat als steunmaatregelen zijn aan te merken, moeten voornamelijk de gevolgen van de steun voor de begunstigde ondernemingen worden gezien (zie arrest van 13 september 2010, Griekenland e.a./Commissie, T-415/05, T-416/05 en T-423/05, EU:T:2010:386, punt 212 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 312 Hoewel de ZORA-aanwas formeel geen winstuitkering vormt, komen de inkomsten uit deelnemingen die zijn vrijgesteld op het niveau van LNG Holding, in wezen overeen met het bedrag van die aanwas, zodat, zoals terecht blijkt uit de overwegingen 210 tot en met 212 van het bestreden besluit, die aanwas in de zeer bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval in wezen overeenkomt met een winstuitkering.
- 313 De betrokken fiscale rulings bekrachtigen verschillende transacties die een geheel van transacties vormen waarbij op circulaire wijze en in onderlinge samenhang de overdracht van een activiteitssector en de financiering daarvan tussen drie tot dezelfde groep behorende vennootschappen ten uitvoer wordt gelegd. Deze transacties werden geacht plaats te vinden in drie opeenvolgende maar onderling afhankelijke fasen, waarbij een houdstermaatschappij, een intermediaire vennootschap en een dochtervennootschap betrokken waren.
- 314 Het is, in de eerste plaats, juist dat de ZORA-aanwas als belastbare winst in de boekhouding van de intermediaire vennootschappen is opgenomen.
- 315 Dit doet echter niet af aan het feit dat het Groothertogdom Luxemburg en Engie in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting uitdrukkelijk hebben bevestigd dat die winst op het niveau van de intermediaire vennootschappen was geneutraliseerd door een verlies van hetzelfde bedrag bij de uitvoering van het tussen de intermediaire vennootschappen en de betrokken houdstermaatschappijen gesloten contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop.
- 316 Bovendien werden de betrokken houdstermaatschappijen krachtens dat contract automatisch houder van de bij de conversie van de betrokken ZORA uitgegeven aandelen, waarin het nominale bedrag van de verstrekte lening en de door de dochtervennootschappen gemaakte winst waren opgenomen.
- 317 Met andere woorden, het tussen de betrokken houdstermaatschappijen en de intermediaire vennootschappen gesloten contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop maakte het in werkelijkheid mogelijk de belastbare winst op het niveau van de intermediaire vennootschappen te neutraliseren en tegelijkertijd de eigendom van de bij de conversie van de betrokken ZORA uitgegeven aandelen over te dragen aan die houdstermaatschappijen.
- 318 Aldus zijn de betrokken houdstermaatschappijen houder geworden van deze aandelen, waarvan de waarde de ZORA-aanwas omvat.
- 319 Het is, in de tweede plaats, juist dat de uitvoering van het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop eveneens een geheel andere verrichting is dan de daaropvolgende intrekking van een deel van de ontvangen aandelen van de dochtervennootschappen.

- 320 Dit laat evenwel onverlet dat in casu, in het geval van LNG Holding, de inkomsten die op haar niveau zijn gerealiseerd door het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop, en a fortiori de inkomsten die zijn gerealiseerd ten gevolge van de intrekking van de LNG Supply-aandelen, economisch gezien daadwerkelijk overeenstemden met het bedrag van de ZORA-aanwas vóór de gedeeltelijke conversie van deze ZORA, hetgeen het Groothertogdom Luxemburg ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht uitdrukkelijk heeft erkend.
- 321 Aan deze vaststelling kan niet worden afgedaan door het argument dat in de betrokken fiscale rulings geen gewag wordt gemaakt over de latere intrekking van een deel van de ontvangen aandelen van de dochtervennootschappen, maar alleen iets wordt gezegd over de uitvoering van het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop.
- 322 Uit de op 20 september 2013 ingediende ruingaanvraag blijkt, volgens het in overweging 43 van het bestreden besluit opgenomen citaat, namelijk duidelijk dat, vóór de conversie van de betrokken ZORA wel degelijk het voornemen bestond om daaropvolgend op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen een deel van de ontvangen aandelen van de dochtervennootschappen in te trekken.
- 323 In deze overweging wordt namelijk opgemerkt dat „[LNG Holding] [d]oor de kapitaalvermindering van [LNG Supply] [...] een winst [boekt] die gelijk is aan het verschil tussen het nominale bedrag van de geconverteerde aandelen en het bedrag van de conversie” en dat „[d]eze winst [...] zichtbaar [is] in de boekhouding van [LNG Holding] en [...] onder de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen [valt]”.
- 324 De uitdrukkelijke verwijzing naar de voorafgaande bevestiging van de Luxemburgse belastingdienst op dit punt wijst er in wezen op dat de door LNG Holding ontvangen inkomsten uit de kapitaalvermindering van LNG Supply de inkomsten waren waarvoor om toepassing van artikel 166 LIR was verzocht, met name in de op 9 september 2008 ingediende ruingaanvraag, waarop het Groothertogdom Luxemburg positief heeft geantwoord.
- 325 Het is, in de derde plaats, juist dat de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschappen formeel losstaat van de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van de houdstermaatschappijen.
- 326 Niettemin bestaat er, in casu, in werkelijkheid een rechtstreeks verband tussen beide verrichtingen. De krachtens artikel 166 LIR op het niveau van LNG Holding vrijgestelde inkomsten komen in wezen overeen met de op het niveau van LNG Supply afgetrokken ZORA-aanwas, zoals het Groothertogdom Luxemburg ter terechtzitting heeft bevestigd.
- 327 De Commissie heeft dus terecht de wisselwerking tussen verschillende, weliswaar formeel onderscheiden doch in wezen gemeenschappelijke, transacties uiteengezet en zich op het standpunt gesteld dat de Luxemburgse belastingdienst, door de bekrachtiging van de vrijstelling op het niveau van de houdstermaatschappijen voor inkomsten uit deelnemingen die uit economisch oogpunt overeenkomen met het bedrag van de ZORA-aanwas die op het niveau van de dochtervennootschappen als kosten is afgetrokken, is afgeweken van het referentiekader dat wordt gevormd door de artikelen 164 en 166 LIR.

ii) Onzekere waarde van een ZORA op de dag van uitgifte

- 328 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie betogen dat de Commissie niet onkundig kon zijn van het feit dat de waardestijging van de ZORA's onzeker was zowel ten tijde van de sluiting ervan als ten tijde van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings. Dit is volgens het Groothertogdom Luxemburg precies het geval voor CEF, temeer daar de ZORA waarvan GSTM de begunstigde was, niet was omgezet.
- 329 Volgens het Groothertogdom Luxemburg en Engie staat de onzekerheid bij de vaststelling van de betrokken fiscale rulings over de toekomstige verwezenlijking van winst door de dochtervennootschappen die de begunstigde waren van de betrokken ZORA, in wezen in de weg aan de vaststelling van een afwijking van het specifieke referentiekader.
- 330 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen, worden beschouwd als staatssteun (arrest van 9 oktober 2014, Ministerio de Defensa en Navantia, C-522/13, EU:C:2014:2262, punt 21).
- 331 Bovendien kan een maatregel staatssteun vormen, zelfs indien het bedrag van de steun, en a fortiori de vaststelling van een voordeel, afhangt van omstandigheden buiten het belastingstelsel.
- 332 Een maatregel kan dus staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU vormen, zelfs indien het voordeel nog niet is verwezenlijkt op de dag waarop de maatregel wordt vastgesteld. De loutere waarschijnlijkheid dat het voordeel zich in de toekomst zal voordoen, is voldoende. Het feit dat het voordeel niet is verwezenlijkt, staat namelijk alleen in de weg aan de terugvordering van de steun, niet aan de kwalificatie ervan als zodanig.
- 333 In casu komen het voordeel en, in fine, de afwijking van het referentiekader zeker duidelijk tot uiting gelet op de winst die door de dochtervennootschappen tijdens de looptijd van de betrokken ZORA is gemaakt. Het blijft evenwel een feit dat de onzekerheid van winstrealisatie door de dochtervennootschappen op de dag van de uitgifte van de betrokken ZORA's niet kan uitsluiten dat aan de betrokken houdstermaatschappijen een selectief voordeel is toegekend en dat een afwijking van het specifieke referentiekader wordt vastgesteld.
- 334 Op de datum van de vaststelling van de betrokken fiscale rulings was de Luxemburgse belastingdienst, gelet op de hem voorgelegde financiële constructie, namelijk van mening dat de inkomsten uit deelnemingen moesten worden vrijgesteld van belasting op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen, aangezien zij uit economisch oogpunt konden overeenkomen met inkomsten die op het niveau van de dochtervennootschappen als kosten werden afgetrokken.
- 335 De Commissie is dus niet ten onrechte tot de slotsom gekomen dat de Luxemburgse belastingdienst bij de vaststelling van de bijzondere belastingregeling voor de betrokken houdstermaatschappijen een rechtskader heeft geschapen op grond waarvan hun een voordeel kon worden toegekend, en hierdoor van het specifieke referentiekader is afgeweken.

iii) Vaststelling van een afwijking uitgaande van het gecombineerde effect van algemene bepalingen

- 336 Engie betoogt dat de Commissie niet mocht uitgaan van het in de wet niet-voorzienere gecombineerde effect van de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschappen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van de houdstermaatschappijen. De toepassing van twee algemene bepalingen op een bepaald geval kan volgens Engie geen voordeel opleveren wanneer de betrokken bepalingen van algemene toepassing zijn en de toepassing van elk van deze bepalingen afzonderlijk in overeenstemming is met hun normale toepassing.
- 337 De Commissie is afgeweken van haar eerdere besluitvormingspraktijk, zoals die blijkt uit bijvoorbeeld besluit 2014/200/EU van 17 juli 2013 betreffende de door Spanje ten uitvoer gelegde steunmaatregel SA.21233 C/11 (ex NN/2011, ex CP 137/06) Belastingregeling voor bepaalde leaseovereenkomsten met het oog op financiering, ook Spaanse belasting-leaseregeling genoemd (PB 2014, L 114, blz. 1; hierna: „besluit inzake de Spaanse belasting-leaseregeling”), op grond waarvan voor elke afzonderlijke belastingmaatregel moest worden afgeweken van de normale toepassing van de betrokken belastingbepalingen. Een dergelijk vereiste zou des te belangrijker zijn wanneer er, zoals in het onderhavige geval, sprake is van verschillende belastingplichtigen.
- 338 Engie voegt daaraan toe dat het door de Commissie in het bestreden besluit ingenomen standpunt berustte op de aanname dat, op grond van een coherentiebeginsel, de toepassing van fiscale bepalingen op een belastingplichtige ondergeschikt was aan de fiscale behandeling van een andere belastingplichtige overeenkomstig andere algemene bepalingen. De Commissie is ook voorbijgegaan aan het arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732), waarin het onderzoek van de gevolgen van een belastingregeling werd beperkt tot gevallen waarin de opzet ervan duidelijk willekeurig of tendentius was.
- 339 Een dergelijk betoog snijdt geen hout.
- 340 Zoals blijkt uit de punten 306 tot en met 327 hierboven, moet naar Luxemburgs recht een verband worden vastgesteld tussen de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van een moedermaatschappij en de aftrekbaarheid van uitgekeerde inkomsten op het niveau van haar dochtervennootschap.
- 341 Alvorens toepassing van een dergelijke vrijstelling kan worden overwogen, moet dus eerst worden nagegaan of de van belasting vrijgestelde inkomsten aan belasting waren onderworpen. De fiscale behandeling van de vennootschap die de uitgekeerde inkomsten ontvangt, hangt, wat artikel 166 LIR betreft, af van de fiscale behandeling van de uitkerende vennootschap.
- 342 In casu bestaat er, overeenkomstig de punten 312 tot en met 327 hierboven, ook een verband tussen de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas op het niveau van LNG Supply en de vrijstelling op het niveau van LNG Holding voor de inkomsten uit deelnemingen die, uit economisch oogpunt, met die aanwas overeenstemmen. Dat verband vloeit voort uit de door Engie opgezette financieringsstructuur zelf en de verschillende contracten die de vennootschappen van de groep Engie met elkaar verbinden, zoals bekrachtigd door de betrokken fiscale rulings. De aandelen van LNG Supply, waarin de waarde van de ZORA-aanwas is opgenomen, gaan namelijk via deze ZORA van LNG Supply over naar LNG Luxembourg en via het contract voor vooruitbetaalde

- termijnverkoop van LNG Luxembourg naar LNG Holding, die uiteindelijk een belastingvrije kapitaalwinst genereert door de intrekking van de ontvangen aandelen. Hiervan is ook sprake tussen GSTM en CEF, ook al is de ZORA waarvan eerstgenoemde de begunstigde is, niet omgezet.
- 343 Wegens dat verband en het feit dat op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen wordt uitgegaan van het gecombineerde effect van beide transacties, wijken de betrokken fiscale rulings af van het specifieke referentiekader. De vrijstelling, in dit geval, op het niveau van LNG Holding voor de inkomsten uit deelnemingen die, uit economisch oogpunt, overeenkwamen met de ZORA-aanwas kon niet in overweging komen, aangezien de ZORA-aanwas als kosten op het niveau van LNG Supply werd afgetrokken.
- 344 Op grond van dit gecombineerde effect heeft de Commissie in de overwegingen 208 en 209 van het bestreden besluit terecht vastgesteld dat er sprake was van een afwijking van het referentiekader bestaande uit de artikelen 164 en 166 LIR.
- 345 Bijgevolg heeft de Commissie, gelet op het bestaan van dergelijke verbanden, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het niveau van de houdstermaatschappijen te baseren op het gecombineerde effect van de aftrekbaarheid van inkomsten op het niveau van een dochtervennootschap en de latere vrijstelling ervoor op het niveau van haar moedermaatschappij.
- 346 Aan deze slotsom wordt niet afgedaan door het in punt 337 hierboven aangehaalde besluit inzake de Spaanse belasting-leaseregeling.
- 347 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, de besluitvormingspraktijk van de Commissie in andere zaken de geldigheid van het bestreden besluit niet kan aantasten, die alleen kan worden beoordeeld in het licht van de objectieve regels van het Verdrag (zie arrest van 20 september 2019, Havenbedrijf Antwerpen en Maatschappij van de Brugse Zeehaven/Commissie, T-696/17, EU:T:2019:652, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 348 Voorts blijkt – los van het feit dat de Commissie niet kan worden gebonden door haar eerdere besluitvormingspraktijk – uit met name de overwegingen 131 en 140 van het besluit inzake de Spaanse fiscale-leaseregeling dat de Commissie, ofschoon het belastingpakket in die zaak bestond uit een combinatie van verschillende afzonderlijke belastingmaatregelen, niet de bedoeling had om de vaststelling van de selectiviteit van de Spaanse fiscale leaseregeling afhankelijk te stellen van de vaststelling van de selectiviteit van elk van de maatregelen waaruit de regeling bestond, op zichzelf beschouwd. Ook bestond de Spaanse fiscale-leaseregeling uit vijf maatregelen waarvan de gecombineerde toepassing noch formeel, noch materieel uit een wetsbepaling bleek, anders dan in het onderhavige geval, waarin de artikelen 164 en 166 LIR aan de orde zijn, waarvan de complementariteit inhoudelijk blijkt uit de gecombineerde lezing ervan.
- 349 Het arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732), kan ook niet aldus worden uitgelegd dat de beoordeling van de gevolgen van een maatregel zich uitsluitend beperkt tot het „arbitraire of partijdige” karakter ervan.

350 Om te beginnen zij erop gewezen dat de zaken die hebben geleid tot het arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732), aanzienlijk verschilden van de onderhavige zaak, in die zin dat de betrokken regeling zelf het referentiekader was op basis waarvan de voorkeursbehandeling van „offshorevennootschappen” was vastgesteld.

351 Voorts zij opgemerkt dat artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid maakt naar de oorzaken en doeleinden van staatsinterventies, maar deze definieert naargelang hun gevolgen, en dus onafhankelijk van de gebruikte technieken. Op de door Engie aangevoerde rechtspraak kan slechts een beroep worden gedaan in omstreden situaties die vergelijkbaar zijn met die in de zaken die hebben geleid tot het arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732).

iv) Geen schending van de artikelen 164 en 166 LIR, elk op zichzelf beschouwd

352 Het Groothertogdom Luxemburg betoogt dat, gezien het feit dat de artikelen 164 en 166 LIR in overeenstemming met het nationale recht zijn toegepast, het aan de Commissie stond om aan te tonen dat de betrokken fiscale rulings schending van deze artikelen opleverden.

353 Gelet op het arrest van 12 november 2013, MOL/Commissie (T-499/10, EU:T:2013:592), had de Commissie de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings moeten vaststellen aan de hand van de bepalingen waarop zij waren gebaseerd, door schending ervan aan te tonen.

354 De Commissie beklemtoont dat de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings niet afhing van de vaststelling van een onjuiste toepassing van de bepalingen op basis waarvan die fiscale rulings zijn vastgesteld, maar veeleer van de selectiviteit van die bepalingen.

355 Dienaangaande zij opgemerkt dat, anders dan het Groothertogdom Luxemburg in de onderhavige zaak stelt, de vaststelling van een afwijking van het specifieke referentiekader niet afhing van de vaststelling van schending van de artikelen 164 en 166 LIR, elk op zichzelf beschouwd. Integendeel, de afwijking moest worden beoordeeld in het licht van een combinatie van de artikelen 164 en 166 LIR, die het specifieke referentiekader vormden, op grond waarvan inkomsten uit deelnemingen niet konden worden vrijgesteld op het niveau van een moedermaatschappij indien die inkomsten niet waren belast op het niveau van haar dochtervennootschap en vice versa.

356 Uit de overwegingen 212 en 213 van het bestreden besluit blijkt echter duidelijk dat met de betrokken fiscale rulings is afgeweken van het specifieke referentiekader, aangezien de groep Engie op grond daarvan op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen een belastingvrijstelling heeft genoten over inkomsten die in economisch opzicht overeenkomen met uitgekeerde winsten die op het niveau van hun dochtervennootschappen niet zijn belast. Dit was evenzo het geval met de ZORA die ten gunste van LNG Supply is uitgegeven. LNG Holding werd namelijk vrijgesteld van belasting over inkomsten uit deelnemingen die, uit economisch oogpunt, overeenkwamen met inkomsten die door LNG Supply als kosten werden afgetrokken.

357 De verplichting om aan te tonen dat de betrokken fiscale rulings de artikelen 164 en 166 LIR hebben geschonden, blijkt ook niet uit het arrest van 12 november 2013, MOL/Commissie (T-499/10, EU:T:2013:592). Anders dan het Groothertogdom Luxemburg stelt, volgt uit dit arrest namelijk enkel dat de selectiviteit van een steunmaatregel kan voortvloeien uit een discretionaire bevoegdheid die door een tekst van algemene strekking aan de administratie wordt verleend,

ongeacht de daadwerkelijke uitoefening van die bevoegdheid. Het preciseert tevens dat, bij gebreke van uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, aan de hand van de inhoud van de maatregel moet worden nagegaan of deze aan de begunstigde ervan een selectief voordeel toekent.

358 Gelet daarop moeten de argumenten die zijn gebaseerd op het niet aantonen van schending van de artikelen 164 en 166 LIR, op zichzelf beschouwd, worden afgewezen.

v) Voorkeursbehandeling van de groep Engie op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen

359 Volgens Engie en het Groothertogdom Luxemburg, daarin gesteund door Ierland, heeft de Commissie niet aangetoond dat de betrokken fiscale rulings de groep Engie bevoordeelden ten opzichte van andere vennootschappen of groepen van vennootschappen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

360 Engie is van mening dat de Commissie niet het bewijs heeft geleverd van het bestaan van afwijkende fiscale rulings en van een weigering van de Luxemburgse belastingdienst om een dergelijke ruling af te geven voor een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie bevindt, noch van het bestaan van een fiscale correctie die ondernemingen treft die de door de betrokken fiscale rulings vastgestelde structuur hebben toegepast.

361 In de onderhavige zaak had alleen de facto discriminatie kunnen worden vastgesteld, zodat in het licht van de arresten van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732), en 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P in C-21/15 P, EU:C:2016:981), de Commissie, in het geval van een individuele maatregel waarbij een algemene regeling wordt toegepast, kenmerken had moeten vaststellen die eigen zijn aan de ondernemingen die door de fiscale rulings werden begunstigd, waardoor het mogelijk is om deze te onderscheiden van de ondernemingen die zouden zijn uitgesloten.

362 Zo niet, dan had de Commissie moeten aantonen dat de door de betrokken fiscale rulings toegepaste fiscale bepalingen, niettegenstaande hun schijnbaar algemene strekking, op zichzelf bepaalde ondernemingen op grond van hun specifieke kenmerken konden bevoordelen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevonden.

363 Het Groothertogdom Luxemburg, daarin gesteund door Ierland, betoogt tevens dat wanneer een willekeurige belastingplichtige een soortgelijke financieringsstructuur kon opzetten als die welke in de betrokken fiscale rulings is onderzocht, zoals de Commissie heeft erkend, de Commissie niet had kunnen stellen dat de betrokken fiscale rulings selectief waren.

364 Ierland beklemtoont dat, aangezien iedere belastingplichtige dezelfde fiscale behandeling kon krijgen als Engie door een soortgelijke financiële regeling te treffen als die welke in de betrokken fiscale rulings in aanmerking is genomen, er amper discriminatie of uitsluiting valt vast te stellen. Volgens Ierland had de Commissie moeten aantonen dat een andere groep ondernemingen feitelijk of rechtens was uitgesloten van een identieke fiscale behandeling, niettegenstaande de toepassing van een soortgelijke financiële constructie. Bij gebreke van een dergelijke vaststelling kan er geen differentiatie door het nationale recht zijn ingevoerd. Het enige verschil is gelegen in de wijze waarop de individuele belastingplichtigen hun zaken wensen te regelen.

- 365 De Commissie is van mening dat het feit dat een financieringsstructuur in beginsel openstaat voor elke marktdeelnemer, niet uitsluit dat de betrokken fiscale rulings selectief zijn.
- 366 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het relevante criterium om vast te stellen of de betrokken maatregel selectief is, erin bestaat na te gaan of er tussen ondernemers die zich – gelet op het doel van de betrokken algemene belastingregeling – in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, een verschil wordt gemaakt dat niet wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van die regeling (arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 60).
- 367 Meer bepaald is de voorwaarde van selectiviteit vervuld wanneer de Commissie kan aantonen dat de maatregel afwijkt van de algemene of „normale” belastingregeling die in de betrokken lidstaat van toepassing is, en door zijn concrete gevolgen marktdeelnemers verschillend behandelt, hoewel de marktdeelnemers die het belastingvoordeel genieten en die welke het niet ontvangen, zich, gelet op het doel van die belastingregeling van de betrokken lidstaat, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (zie in die zin arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 67).
- 368 Uit de rechtspraak volgt eveneens dat het selectieve karakter van een maatregel die afwijkt van een algemene belastingregeling niet kan afhangen van de identificatie van een bijzondere groep van ondernemingen die op grond van specifieke eigenschappen kan worden onderscheiden. Een dergelijke identificatie is daarentegen wel relevant in het geval van een maatregel die niet de vorm aanneemt van een belastingvoordeel dat afwijkt van een algemene belastingregeling maar van de toepassing van een „algemene” belastingregeling die gebaseerd is op criteria die, op zichzelf beschouwd, eveneens algemeen zijn (zie in die zin arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punten 71-78).
- 369 In geval van een belastingmaatregel die afwijkt van een algemene regeling, vloeit de vaststelling van selectiviteit niet noodzakelijkerwijs voort uit de onmogelijkheid voor bepaalde ondernemingen om het voordeel te genieten waarin de betrokken maatregel voorziet, wegens juridische, economische of praktische beperkingen die hen beletten de verrichting te doen die een voorwaarde is voor de toekenning van dat voordeel, maar kan zij voortvloeien uit de loutere vaststelling dat er een verrichting bestaat die weliswaar vergelijkbaar is met die welke een voorwaarde is voor de toekenning van het betrokken voordeel maar die geen recht daarop geeft. Hieruit volgt dat een belastingmaatregel selectief kan zijn, ook al kan elke onderneming vrijelijk kiezen om de handeling te verrichten die de voorwaarde vormt voor de toekenning van het voordeel waarin die maatregel voorziet (zie in die zin arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punten 80-88).
- 370 In casu blijkt duidelijk uit de overwegingen 205 en 215 van het bestreden besluit dat de Commissie van mening was dat de betrokken houdstermaatschappijen fiscaal gunstiger werden behandeld dan vennootschappen die inkomsten uit deelnemingen ontvingen en die dus, anders dan deze houdstermaatschappijen, onderworpen waren aan de regels betreffende de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen en de belastingheffing over winstuitkeringen.
- 371 Terwijl de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van een moedermaatschappij in een zuiver binnenlandse situatie slechts mogelijk is wanneer de uitgekeerde inkomsten worden belast op het niveau van haar dochtervennootschap, genieten de betrokken houdstermaatschappijen in casu de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen voor inkomsten die, uit economisch oogpunt, overeenkomen met het bedrag van de ZORA-aanwas die

op het niveau van hun respectieve dochtervennootschappen als kosten is afgetrokken. Voor dezelfde vergelijkbare transactie, dat wil zeggen de ontvangst van inkomsten uit deelnemingen ten gevolge van een investering in het kapitaal van een dochtervennootschap, zijn bepaalde moedermaatschappijen uitgesloten van het belastingvoordeel dat de betrokken houdstermaatschappijen genieten.

- 372 De Commissie heeft dus rechtens genoegzaam aangetoond dat de betrokken houdstermaatschappijen een fiscale voorkeursbehandeling genoten ten opzichte van om het even welke moedermaatschappij die inkomsten uit deelnemingen kon ontvangen die op het tijdstip van de uitkering ervan niet belast waren.
- 373 De door Engie en het Groothertogdom Luxemburg aangevoerde argumenten kunnen aan deze vaststelling niet afdoen.
- 374 Om te beginnen betoogt Engie dat bij een voor iedereen openstaand financieringssysteem, waarvan de betrokken houdstermaatschappijen gebruik hebben gemaakt, de Commissie, om de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings vast te stellen, moest aantonen dat andere ondernemingen in een vergelijkbare situatie een identieke fiscale behandeling was geweigerd.
- 375 Ervan uitgaande dat houdstermaatschappijen een soortgelijke fiscale behandeling krijgen als CEF en LNG Holding, zou het bestaan van identieke fiscale rulings bij financieringstransacties waarbij ook een ZORA wordt uitgegeven door een intermediaire vennootschap, echter hoogstens een aanwijzing zijn van een eventuele steunregeling, en niet van de afwezigheid van discriminatie.
- 376 Voorts berust de redenering van Engie op het onjuiste uitgangspunt dat het door de Commissie gehanteerde referentiekader bestaat uit de bijzondere belastingregeling voor de betrokken houdstermaatschappijen die uit de betrokken fiscale rulings voortvloeit. Zou de Commissie, om discriminatie vast te stellen, moeten nagaan welke ondernemingen voor dezelfde financiële constructie een identieke fiscale behandeling is geweigerd, dan zou dit namelijk impliceren dat de Commissie die specifieke belastingregeling als referentiekader heeft genomen.
- 377 Het referentiekader wordt evenwel gevormd door de artikelen 164 en 166 LIR, die de belastingheffing over winstuitkeringen hetzij op het niveau van de dochtervennootschap, hetzij op het niveau van de moedermaatschappij regelen, zijnde een kader waarvan de betrokken fiscale rulings afwijken.
- 378 Vervolgens kan evenmin worden ingestemd met het argument dat de Commissie heeft nagelaten een bepaalde groep van ondernemingen te identificeren, waartoe de vennootschappen van de groep Engie zouden behoren, op basis van de eigenschappen die zij zouden hebben als bevoorrechte categorie.
- 379 Overeenkomstig punt 368 hierboven is de identificatie van een dergelijke categorie namelijk slechts vereist in het kader van een algemeen belastingstelsel dat op zich beschouwd het gehanteerde referentiekader vormt.
- 380 Dat is in casu niet het geval, aangezien de Commissie zich voor de vaststelling van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings heeft gebaseerd op de daaruit voortvloeiende ongelijke behandeling, in die zin dat zij een voordeel verschaffen aan de betrokken

houdstermaatschappijen en niet aan andere die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van het specifieke referentiekader, zijnde een kader waarvan de betrokken fiscale rulings afwijken.

381 Bijgevolg heeft de Commissie in het bestreden besluit terecht gesteld dat de betrokken houdstermaatschappijen een fiscale voorkeursbehandeling genoten. De argumenten tegen de vaststelling van een afwijking van de bepalingen inzake de belastingheffing over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, en daarmee tegen de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings, moeten dus ongegrond worden verklaard.

vi) Conclusie betreffende de verlening van een selectief voordeel aan de groep Engie, op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen, in het licht van het specifieke referentiekader

382 Aangezien, om te beginnen, de Commissie de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings heeft aangetoond aan de hand van vier redeneringen, waarvan één subsidiair van aard is, en, voorts, de argumenten tot betwisting van de geldigheid van een van deze redeneringen, namelijk het bestaan van een selectief voordeel op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen in het licht van het specifieke referentiekader, ongegrond zijn verklaard, is het in beginsel – ter wille van de proceseconomie en voor zover zij zonder voorwerp zijn geraakt – passend om overeenkomstig de in de punten 230 en 231 hierboven aangehaalde rechtspraak af te zien van het onderzoek van de argumenten die zijn aangevoerd tegen de overige alternatieve redeneringen.

383 Omdat de redenering die ertoe strekt de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings aan te tonen, ten opzichte van het referentiekader bestaande uit de bepaling inzake rechtsmisbruik nieuw is, acht het Gerecht het evenwel passend om ook de gegrondheid van de daartegen aangevoerde argumenten te onderzoeken.

d) Vermeend ontbreken van een selectief voordeel in het licht van de bepaling inzake rechtsmisbruik

384 In de overwegingen 289 tot en met 312 van het bestreden besluit stelt de Commissie dat de betrokken fiscale rulings Engie een selectief voordeel hebben verleend doordat de bepaling inzake rechtsmisbruik niet is toegepast. Zoals in overweging 290 van het bestreden besluit is vermeld, maakt deze bepaling deel uit van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.

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

386 De verwijzing naar „Engie”, in met name overweging 162 van het bestreden besluit, ter aanduiding van de entiteit op het niveau waarvan de selectiviteit als gevolg van de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik zou worden beoordeeld, verwijst overeenkomstig overweging 16 van het bestreden besluit naar Engie SA en naar de vennootschappen waarover Engie SA direct en indirect zeggenschap heeft – namelijk, in Luxemburg, de betrokken houdstermaatschappijen – de intermediaire vennootschappen en de dochtervennootschappen.

387 Volgens de overwegingen 292 tot en met 298 van het bestreden besluit voldoet de door Engie opgezette financiële constructie aan de vier voorwaarden die voortvloeien uit de Luxemburgse rechtspraak, zoals het Groothertogdom Luxemburg die onder de aandacht van de Commissie heeft gebracht in zijn antwoord van 31 januari 2018 op de brief van 11 december 2017, om rechtsmisbruik vast te stellen: ten eerste, het gebruik van privaatrechtelijke vormen en instellingen; ten tweede, verlaging van de te betalen belasting; ten derde, gebruik van een ongeschikt juridisch middel, en, ten vierde, het ontbreken van extrafiscale beweegredenen.

388 Naast haar vaststelling dat de ZORA-aanwas op het niveau van de dochtervennootschappen, de intermediaire vennootschappen of de betrokken houdstermaatschappijen niet is belast, is de Commissie in de overwegingen 304 tot en met 310 van het bestreden besluit wat betreft de voorwaarde van het gebruik van een ongeschikt juridisch middel tot de slotsom gekomen dat andere financieringsmiddelen beschikbaar waren en in overeenstemming waren met de bedoeling van de Luxemburgse wetgever zoals eigenvermogensinstrumenten of leningsinstrumenten, die niet zouden hebben geleid tot niet-belasting van de door de dochtervennootschappen gegenereerde inkomsten.

389 Een van de beschikbare leningsinstrumenten is, volgens de Commissie, een ZORA die rechtstreeks door een moedermaatschappij wordt uitgegeven ten gunste van haar enige dochtervennootschap, zonder interventie van een intermediaire onderneming. De Commissie legt artikel 22 bis LIR namelijk aldus uit dat, ervan uitgaande dat dit artikel van toepassing is op de ZORA-aanwas, hiermee de belasting op deze aanwas enkel wordt uitgesteld.

390 Artikel 22 bis, lid 2, punt 1, LIR, zoals dat van kracht was op de datum van vaststelling van de betrokken fiscale rulings, waarvan de uitlegging door de Commissie wordt aangevochten, bepaalt het volgende:

„(2) In afwijking van artikel 22, lid 5, leiden de in de punten 1 t/m 4 hieronder bedoelde ruilhandelingen niet tot realisatie van de aan de geruilde goederen inherente kapitaalwinst, tenzij, in de gevallen bedoeld in de punten 1, 3 en 4, de schuldeiser of de vennoot van de toepassing van deze bepaling afziet:

1. tijdens de conversie van een lening: toewijzing aan de schuldeiser van waardepapieren die het aandelenkapitaal van de debiteur vertegenwoordigen. Bij conversie van een converteerbare kapitaallening is de gekapitaliseerde rente over het lopende boekjaar voorafgaand aan de conversie belastbaar op het moment van de ruil;

[...]”

391 Overeenkomstig de overwegingen 278 tot en met 284 van het bestreden besluit betoogt de Commissie dat artikel 22 bis, lid 2, punt 1, LIR, dat in wezen bepaalt dat in geval van de conversie van een lening de toewijzing aan de schuldeiser van waardepapieren die het aandelenkapitaal van de debiteur vertegenwoordigen niet leidt tot realisatie van kapitaalwinst voor de vennootschapsbelasting, tenzij de schuldeiser of de vennoot afziet van de toepassing van deze bepaling, niet van toepassing is op de ZORA-aanwas. Artikel 22 bis LIR bepaalt namelijk dat bij conversie van een converteerbare kapitaallening de gekapitaliseerde rente over het lopende boekjaar voorafgaand aan de conversie belastbaar is op het moment van de ruil. De Commissie benadrukt dat zelfs indien artikel 22 bis LIR op de ZORA-aanwas van toepassing was, deze aanwas daardoor niet permanent van belasting zou zijn vrijgesteld. De belastingheffing zou enkel zijn uitgesteld.

392 Wat betreft de voorwaarde van het ontbreken van extrafiscale beweegredenen, benadrukt de Commissie, in de overwegingen 306 tot en met 313 van het bestreden besluit, dat de financiering van de overdracht van activiteitssectoren door middel van een door een intermediaire vennootschap uitgegeven ZORA in combinatie met een contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop dat is gesloten met een houdstermaatschappij, niet kan zijn ingegeven door een mogelijke beperking van het risicoprofiel van de dochtervennootschappen of door een verbetering van de resultaten en de flexibiliteit van de groep. Het enige motief is geweest om een aanzienlijke belastingbesparing te realiseren.

393 Volgens de Commissie is het voordeel dat Engie heeft genoten als gevolg van de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik selectief, aangezien dat voordeel – zoals is uiteengezet in de overwegingen 311 en 312 van het bestreden besluit waarin is vastgesteld dat de bepaling niet is toegepast in een geval waarin niettemin was voldaan aan de voorwaarden voor toepassing ervan – per definitie niet aan andere ondernemingen ter beschikking stond.

1) Voorafgaande opmerkingen

394 In het bestreden besluit heeft de Commissie de selectiviteit van de bestreden fiscale rulings getoetst aan de bepaling inzake rechtsmisbruik als integrerend onderdeel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.

395 Aangezien de bestreden fiscale rulings niet konden worden afgegeven omdat was voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik, heeft het Groothertogdom Luxemburg aan Engie een selectief voordeel toegekend. Dit voordeel was gebaseerd op niet-toepassing van de wet in een geval waarin niettemin was voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing ervan, en stond „dus per definitie niet aan andere ondernemingen ter beschikking”.

396 In dit verband zij er vooraf op gewezen dat het Groothertogdom Luxemburg en Engie in hun betoog niet opkomen tegen de afbakening van het referentiekader dat de Commissie hanteert om de selectiviteit van de bestreden fiscale rulings aan te tonen in het licht van de bepaling inzake rechtsmisbruik.

397 Het is juist dat, in de overwegingen 290 en 291 van het bestreden besluit, de Commissie als referentiestelsel „het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel” vermeldt, waarvan het hoofddoel zou bestaan in „belasting heffen over de winst van ondernemingen” en waartoe de bepaling inzake rechtsmisbruik zou behoren.

398 Dit laat evenwel onverlet dat, in de overwegingen 299 tot en met 312 van het bestreden besluit, de Commissie een afwijking van alleen de bepaling inzake rechtsmisbruik identificeert door in casu na te gaan of aan de vier cumulatieve voorwaarden is voldaan.

399 Met andere woorden, de argumenten die Engie en het Groothertogdom Luxemburg in hun respectieve schrifturen hebben aangevoerd tegen het feit dat de Commissie in de overwegingen 171 tot en met 199 van het bestreden besluit de selectiviteit van de bestreden fiscale rulings op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen heeft aangetoond door middel van een referentiekader bestaande uit het algemene „Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel”, kunnen in het kader van de onderhavige middelen niet slagen tot betwisting van de afwijking die de Commissie uitsluitend op basis van de bepaling inzake rechtsmisbruik heeft vastgesteld. Dit is met name het geval voor de argumenten waarmee het

Groothertogdom Luxemburg en Engie de Commissie verwijten een afwijking te hebben vastgesteld, niet van de bepalingen van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, zoals uiteengezet in de overwegingen 78 tot en met 81 van het bestreden besluit, maar van een vermeende doelstelling van dit referentiekader.

- 400 Naar het „hoofddoel van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel”, waarnaar de Commissie verwijst in overweging 305 van het bestreden besluit, in het gedeelte betreffende rechtsmisbruik, wordt niet verwezen om op basis van dit „hoofddoel” een afwijking vast te stellen, maar om na te gaan of de fiscale behandeling die door de betrokken fiscale rulings wordt bekrachtigd, in overeenstemming is met de bedoeling van de Luxemburgse wetgever. De verwijzing naar dit „hoofddoel” past dus in een benadering die verschilt van die welke aan de overwegingen 171 tot en met 199 van het bestreden besluit ten grondslag ligt.
- 401 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie betwisten daarentegen, ten eerste, de beoordeling van de criteria waaraan moet zijn voldaan om naar Luxemburgs recht rechtsmisbruik te kunnen vaststellen, en, ten tweede, het bestaan van een voorkeursbehandeling. Alvorens de gegrondheid van de daartoe aangevoerde argumenten te onderzoeken, is het evenwel van belang in te gaan op de argumenten die het Groothertogdom Luxemburg heeft aangevoerd tegen de ontvankelijkheid van de redenering op basis van de bepaling inzake rechtsmisbruik.

2) Vermeende nieuwheid van de redenering op basis van de bepaling inzake rechtsmisbruik

- 402 Het Groothertogdom Luxemburg betoogt dat de redenering van de Commissie waarmee zij stelt dat een selectief voordeel is toegekend wegens een afwijking van de bepaling inzake rechtsmisbruik, „niet-ontvankelijk” is. De Commissie heeft deze grief tijdens de administratieve procedure enkel vermeld en niet verder uitgewerkt.
- 403 Volgens het Groothertogdom Luxemburg had het besluit tot inleiding van de procedure, met het oog op de toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik, namelijk geen betrekking op de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen op het niveau van de houdstermaatschappijen, maar op de aftrekbaarheid van de aanwas op het niveau van de dochtervennootschappen. Bovendien heeft de brief van de Commissie van 11 december 2017 de lacunes in het besluit tot inleiding van de procedure op dit punt niet aangevuld.
- 404 In dit verband zij erop gewezen dat de Commissie sinds het besluit tot inleiding van de procedure de nadruk heeft gelegd op de niet-toepassing van deze bepaling, zoals blijkt uit punt 204 hierboven. Bovendien heeft de Commissie, hoewel zij haar argumenten over de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik in haar brief van 11 december 2017 niet heeft samengevat, de partijen opnieuw verzocht om aanvullende opmerkingen over dit punt in te dienen.
- 405 Bijgevolg moet het argument van het Groothertogdom Luxemburg dat de op de bepaling inzake rechtsmisbruik gebaseerde redenering van de Commissie nieuw is en waarmee wordt beoogd de „ontvankelijkheid” van die redenering te betwisten, ongegrond worden verklaard.

3) Afwijking van de bepaling inzake rechtsmisbruik

- 406 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie betwisten de toepassing in casu van de bepaling inzake rechtsmisbruik. Behalve dat de Commissie voor de vaststelling van selectiviteit op dit punt had moeten verwijzen naar de administratieve praktijk van de Luxemburgse belastingdienst,

verwijten het Groothertogdom Luxemburg en Engie haar verschillende beoordelingsfouten te hebben gemaakt bij de toepassing van de criteria waaraan volgens het Luxemburgse recht moet zijn voldaan om de toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik te rechtvaardigen. Zij betogen dat, aangezien niet aan de criteria was voldaan, de Luxemburgse autoriteiten niet tot de slotsom konden komen dat er sprake was van rechtsmisbruik, en dat bijgevolg geen afwijking van die bepaling kon worden vastgesteld. Ook al zou de bepaling inzake rechtsmisbruik van toepassing zijn, het Groothertogdom Luxemburg en Engie betogen hoe dan ook, om te beginnen, dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de vennootschappen van de groep Engie werden bevoordeeld, en, voorts, dat het verbieden van de financiële constructie wegens het vermeende misbruik ervan zou leiden tot een inbreuk op de vrijheid van vestiging.

407 De Commissie betoogt met name dat in casu is voldaan aan de vier uit de Luxemburgse praktijk afgeleide criteria voor de vaststelling van rechtsmisbruik. Het is duidelijk dat de ondernemingen van de groep die aan de constructie deelnamen, hun winsten van belasting vrijgesteld zagen, terwijl economisch gelijkwaardige transacties die buiten diezelfde constructie werden verricht, werden belast.

i) Vermeende niet-inaanmerkingneming van de administratieve praktijk van de Luxemburgse belastingdienst

408 Vooraf zij opgemerkt dat de dossiers in de gevoegde zaken T-516/18 en T-525/18 geen enkel bewijs bevatten dat zowel het Groothertogdom Luxemburg als Engie de Commissie tijdens de administratieve procedure in kennis heeft gesteld van de Luxemburgse administratieve praktijk waarop eventueel noodzakelijkerwijs een beroep had moeten worden gedaan om, op dit punt, de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings uit te sluiten.

409 Los van deze vaststelling moet worden vastgesteld dat de Commissie, zoals blijkt uit de overwegingen 293 tot en met 298 van het bestreden besluit, terecht heeft verwezen naar een dienstmededeling van de Luxemburgse administratie uit 1989 en naar de Luxemburgse rechtspraktijk, waaruit zij de vier criteria heeft afgeleid waaraan moet zijn voldaan om naar Luxemburgs recht te kunnen spreken van rechtsmisbruik. Bovendien leek het niet nodig om rekening te houden met de administratieve praktijk, aangezien de bepaling inzake rechtsmisbruik in casu geen uitleggingsproblemen opleverde.

ii) Beoordeling van de criteria ter rechtvaardiging van de toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik

410 Partijen zijn het eens over de criteria waaraan moet zijn voldaan om naar Luxemburgs recht te kunnen spreken van rechtsmisbruik. Gelet op de overwegingen 301 tot en met 306 van het bestreden besluit en het arrest van de tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg (bestuursrechter in eerste aanleg, Luxemburg) van 7 februari 2013, dat als bijlage bij het verzoekschrift in zaak T-516/18 is gevoegd, is voor een dergelijke vaststelling vereist dat is voldaan aan vier criteria: gebruik van privaatrechtelijke vormen en instellingen, verlaging van de belastingdruk, gebruik van een ongeschikt juridisch middel en het ontbreken van extrafiscale beweegredenen.

411 Wat het eerste criterium betreft, wordt in casu niet betwist dat Engie gebruik heeft gemaakt van vormen uit het privaatrecht die door de betrokken fiscale rulings zijn bekrachtigd. Zoals in punt 34 hierboven is opgemerkt, hebben de betrokken fiscale rulings namelijk betrekking op

verschillende intragroeptransacties die tezamen één enkele transactie vormen voor LNG Supply en GSTM, namelijk respectievelijk de intragroepsoverdracht van de activiteiten in de sector vloeibaar aardgas en de overdracht van de activiteiten op het gebied van financiering en kasmiddelen, waarvan de bekostiging eveneens binnen dezelfde groep werd verstrekt. Deze transacties werden van meet af aan geacht plaats te vinden in drie opeenvolgende doch onderling afhankelijke fasen, waarbij de betrokken houdstermaatschappijen, de intermediaire vennootschappen en de dochtervennootschappen betrokken waren.

412 Engie en het Groothertogdom Luxemburg betwisten daarentegen de beoordeling van de andere drie criteria waaraan moet zijn voldaan om rechtsmisbruik naar Luxemburgs recht vast te stellen.

– *Criterium inzake verlaging van de belastingdruk*

413 Wat het tweede criterium betreft, stellen het Groothertogdom Luxemburg en Engie dat de betrokken fiscale rulings niet hebben geleid tot een verlaging van de belastingdruk voor de betrokken dochtervennootschappen, intermediaire vennootschappen en houdstermaatschappijen.

414 Opgemerkt zij, zoals de Commissie in overweging 302 van het bestreden besluit heeft gedaan, dat de betrokken constructie in werkelijkheid tot gevolg had dat de ZORA-aanwas noch op het niveau van de betrokken dochtervennootschappen, noch op het niveau van de intermediaire vennootschappen, noch op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen werd belast.

415 Terwijl de dochtervennootschappen om te beginnen de ZORA-aanwas van hun belastbaar inkomen kunnen aftrekken, afgezien van een met de belastingdienst overeengekomen marge, worden de intermediaire vennootschappen vervolgens niet belast over deze aanwas, in die zin dat zij, als gevolg van het met de betrokken houdstermaatschappijen gesloten contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop bij de conversie van de betrokken ZORA een verlies lijden ten belope van hetzelfde bedrag, dat in hun boekhouding de kapitaalwinst neutraliseert die met deze aanwas overeenkomt.

416 Ten slotte genieten de betrokken houdstermaatschappijen, gelet op de betrokken fiscale rulings, een vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, die in casu is toegepast voor inkomsten die, uit economisch oogpunt, overeenkomen met de ZORA-aanwas, zoals het Groothertogdom Luxemburg ter terechtzitting heeft bevestigd.

417 Om dit fiscale resultaat te bereiken, spelen de intermediaire vennootschappen een doorslaggevende rol. Hoewel zij, uit het oogpunt van de financieringstransactie, een overbodige schakel kunnen lijken in de door Engie opgezette financiële constructie, vormen zij uit fiscaal oogpunt een essentiële schakel hierin, in tegenstelling tot wat het Groothertogdom Luxemburg en Engie beweren.

418 Vanuit het oogpunt van de financieringstransactie zorgen de intermediaire vennootschappen, in hun relatie met de dochtervennootschappen, voor de financiering van de betrokken ZORA en ontvangen zij, bij de conversie van de ZORA, de aandelen waarvan de waarde het nominale bedrag van deze ZORA en de ZORA-aanwas omvat.

- 419 In hun betrekkingen met de betrokken houdstermaatschappijen ontvangen de intermediaire vennootschappen bij de uitgifte van de betrokken ZORA het nominale bedrag daarvan en zorgen zij bij de conversie van deze ZORA voor de eigendomsoverdracht van de door de dochtervennootschappen uitgegeven aandelen, waarvan de waarde zowel het nominale bedrag als de ZORA-aanwas omvat.
- 420 De intermediaire vennootschappen voeren dus enkel de financieringstransactie uit waartoe de betrokken houdstermaatschappijen hebben besloten met het oog op de overdracht van de activiteitssectoren ten gunste van de dochtervennootschappen.
- 421 Om te beginnen zijn de intermediaire ondernemingen, vanuit fiscaal oogpunt, niet onderworpen aan enige feitelijke belastingheffing over de ZORA-aanwas. De intermediaire vennootschappen boeken bij de conversie van de ZORA weliswaar een kapitaalwinst die overeenkomt met de ZORA-aanwas, maar zij lijden tegelijkertijd, door het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop, een verlies voor hetzelfde bedrag als de aanwas.
- 422 Dit was met name het geval op de dag van de conversie van het deel van de ZORA dat ten gunste van LNG Supply was uitgegeven. Doordat niet voor artikel 22 bis LIR werd gekozen, heeft LNG Luxembourg een kapitaalwinst geboekt die, zoals het Groothertogdom Luxemburg ter terechtzitting heeft bevestigd, geneutraliseerd is door een verlies van hetzelfde bedrag als gevolg van de toepassing van het met LNG Holding gesloten contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop. Zonder het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop hadden de intermediaire vennootschappen belasting over de ZORA-aanwas moeten betalen.
- 423 Voorts maken de intermediaire vennootschappen het mogelijk om, althans op het eerste gezicht, de winst die de betrokken houdstermaatschappijen hebben gemaakt door de intrekking van een deel van de in het kader van het contract voor vooruitbetaalde termijnverkoop ontvangen aandelen, los te koppelen van de winst die overeenkomt met de ZORA-aanwas en de toepassing van artikel 166 LIR in gang te zetten. Aangezien de ZORA-aanwas niet kon worden beschouwd als inkomsten uit deelnemingen in de zin van artikel 166 LIR, kon deze bepaling namelijk geen recht op vrijstelling voor deze aanwas funderen.
- 424 Met andere woorden, gelet op de ZORA waarvan LNG Supply de begunstigde is, stelt de interventie van LNG Luxembourg, als intermediaire vennootschap, LNG Holding in staat de inkomsten uit de intrekking van de aandelen van LNG Supply aan te kleden als inkomsten uit deelnemingen, terwijl deze inkomsten in wezen overeenstemmen met de ZORA-aanwas. Een dergelijk resultaat had niet kunnen worden bereikt in het geval van een rechtstreeks tussen LNG Supply en LNG Holding gesloten ZORA.
- 425 Zoals de Commissie in overweging 304 van het bestreden besluit heeft betoogd, kan, anders dan het Groothertogdom Luxemburg en Engie stellen, het sluiten van een ZORA tussen twee vennootschappen niet tot hetzelfde fiscale resultaat leiden als het resultaat dat wordt verkregen dankzij de interventie van de intermediaire vennootschappen in de betrokken financieringsstructuur.
- 426 Het is juist dat in het geval van een ZORA tussen een dochtervennootschap en haar moedermaatschappij de ZORA-aanwas aftrekbaar zou zijn geweest op het niveau van de dochtervennootschap, afgezien van een met de Luxemburgse belastingdienst overeengekomen marge.

- 427 Dit laat evenwel onverlet dat de aanwas op het niveau van de moedermaatschappij belast zou zijn geweest, hetzij op het tijdstip van de conversie van de betrokken ZORA, hetzij op een later tijdstip, afhankelijk van de in artikel 22 bis LIR geboden mogelijkheid.
- 428 Om te beginnen kan – hoewel de vennootschap die de geconverteerde aandelen aanhoudt, op het tijdstip van de conversie van een ZORA kan opteren voor artikel 22 bis LIR om niet te worden belast op het tijdstip van de conversie en aldus de fiscale neutraliteit van de transactie te verzekeren – ditzelfde artikel niet aldus worden uitgelegd dat de gerealiseerde kapitaalwinst in de toekomst niet zal worden belast.
- 429 Een dergelijke lezing wordt bevestigd door een circulaire van 27 november 2002 van de Luxemburgse belastingdienst waarin, gelet op overweging 283 van het bestreden besluit en het in voetnoot 288 weergegeven citaat, valt te lezen dat „[h]et doel van artikel 22 bis LIR is om vast te leggen welke ruilhandelingen met waardepapieren fiscaal neutraal kunnen worden uitgevoerd” en dat „[dit artikel] echter niet [beoogt] de kapitaalwinst die zonder deze maatregel belastbaar zou zijn geweest bij de overdrager permanent van belasting vrij te stellen, maar de belasting ervan uit te stellen”.
- 430 Bovendien wordt in het wetsontwerp van 17 juli 2018 tot omzetting in Luxemburgs recht van richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 193, blz. 1), waarnaar Engie in haar pleidooien verwijst, gepreciseerd dat „artikel 22 bis LIR ertoe strekt belastingplichtigen toe te staan de belasting van kapitaalwinsten die voortvloeien uit een ruilhandelingen met waardepapieren in welomschreven situaties uit te stellen”. Het is juist dat dit ontwerp van na het bestreden besluit dateert, maar het illustreert niettemin het standpunt van de Luxemburgse wetgever over de betekenis die aan dit artikel moet worden gegeven.
- 431 Voorts hadden eventuele inkomsten die een moedermaatschappij in geval van een rechtstreekse ZORA ontvangt na de intrekking van een deel van de aandelen, geen aanleiding kunnen geven tot vrijstelling van belasting ingevolge artikel 166 LIR, ook al sluiten de artikelen 166 en 22 bis LIR deze niet formeel uit.
- 432 Elke andersluidende uitlegging zou namelijk indruisen tegen het doel van artikel 22 bis LIR, dat erin bestaat, zoals de Luxemburgse belastingdienst in de circulaire van 27 november 2002 beklemtoont, de belastingheffing over eventuele kapitaalwinsten in de tijd uit te stellen, en niet om ervoor te zorgen dat zij uiteindelijk niet worden belast.
- 433 Een dergelijke uitlegging blijkt overigens in wezen uit de verduidelijkingen van het Groothertogdom Luxemburg in de loop van de administratieve procedure in zijn brief aan de Commissie van 31 januari 2018.
- 434 Wat betreft de vraag of een ZORA een deelnemingsinstrument is in de zin van artikel 166 LIR en een waardepapier in de zin van artikel 164 LIR, heeft het Groothertogdom Luxemburg duidelijk gemaakt dat „de ZORA’s die respectievelijk door [LNG Supply] en [GSTM] zijn uitgegeven, hun karakter van leningsovereenkomst [moesten] behouden en de facto [waren] uitgesloten van het toepassingsgebied van de artikelen 164 en 166 LIR, die van toepassing zijn op inkomsten uit deelnemingen”.

- 435 Met andere woorden, indien een ZORA, zoals het Groothertogdom Luxemburg tijdens de administratieve procedure heeft gesteld, het karakter van een leningsovereenkomst moet behouden, volgt hieruit dat de inkomsten uit een dergelijke overeenkomst niet in aanmerking kunnen komen voor een belastingvrijstelling op basis van artikel 166 LIR, dat betrekking heeft op inkomsten uit deelnemingen.
- 436 Bijgevolg is de Commissie niet ten onrechte tot de slotsom gekomen dat in casu was voldaan aan het criterium van verlaging van de belastingdruk.
- *Criterium inzake het gebruik van een ongeschikt juridisch middel*
- 437 Wat betreft het derde criterium, namelijk het gebruik van een ongeschikt juridisch middel, beklemtonen het Groothertogdom Luxemburg en Engie dat het in casu passend was om een indirecte ZORA te gebruiken, dat wil zeggen een ZORA waarbij een intermediaire vennootschap betrokken was, om de overdracht van de betrokken activiteitssectoren aan de dochtervennootschappen te financieren.
- 438 In tegenstelling tot wat de Commissie beweert, is de financieringsstructuur adequaat en niet gelijkwaardig aan andere financieringsmethoden, zoals financiering met vreemd of eigen vermogen. Engie benadrukt dat in het geval van een kapitaalinjectie de dochtervennootschappen overgekapitaliseerd zouden zijn geweest, waardoor zij niet zouden hebben kunnen profiteren van een hefboomeffect en van voldoende onderhandelingsruimte met derde investeerders. Evenzo zouden de dochtervennootschappen in het geval van een lening verplicht zijn geweest tot geldelijke terugbetaling, hetgeen bij de ZORA niet het geval was.
- 439 Engie beroept zich hoe dan ook op het recht om te kunnen kiezen voor de minst belaste financieringswijze en verwijt de Commissie dat zij, om tot de slotsom van de ongeschiktheid van de financieringsstructuur te komen, haar eigen uitlegging van de bedoeling van de Luxemburgse wetgever heeft opgelegd door op onjuiste wijze te verwijzen naar de doelstelling van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.
- 440 In dit verband zij er vooraf op gewezen dat volgens de in overweging 297 van het bestreden besluit aangehaalde brief van het Groothertogdom Luxemburg van 31 december 2018 de voorwaarde inzake het gebruik van een ongeschikt juridisch middel betrekking heeft op de rechtssituatie waarin een belastingplichtige kiest voor een juridisch middel dat rechtstreeks in strijd is met de kennelijke bedoeling van de wetgever die overeenstemt met het doel of de opzet van de wet.
- 441 De door Engie op touw gezette complexe financiële constructie, die in de betrokken fiscale rulings in aanmerking is genomen, mag dan wel de financiering van de overdracht van de activiteitssectoren aan de betrokken dochtervennootschappen mogelijk maken, zij leidt er in werkelijkheid ook toe, zoals de Commissie in de overwegingen 304 en 305 van het bestreden besluit terecht heeft opgemerkt, dat de ZORA-aanwas niet wordt belast.
- 442 Bijgevolg kan de door Engie voorgestane financieringsmethode niet als geschikt worden aangemerkt, aangezien zij rechtstreeks indruist tegen de bedoeling van de Luxemburgse wetgever die op fiscaal gebied redelijkerwijs geen complexe financiële constructies kan bevorderen die in werkelijkheid leiden tot dubbele niet-belasting van de uitgekeerde inkomsten, zowel op het niveau van een dochtervennootschap als op het niveau van haar moedermaatschappij.

- 443 In die zin heeft de Commissie geen beoordelingsfout gemaakt door in overweging 305 van het bestreden besluit te verklaren dat de fiscale behandeling waarin de betrokken fiscale rulings voorzien, rechtstreeks indruist tegen de doelstelling van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, die ertoe strekt de door een vennootschap gemaakte winst, zoals deze in haar boekhouding is opgenomen, in beginsel te belasten. Een dergelijke doelstelling volgt uit een gecombineerde lezing van de in de overwegingen 78 tot en met 81 van het bestreden besluit genoemde bepalingen van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel.
- 444 Aldus kan de Commissie niet worden verweten de doelstelling van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel willekeurig te hebben bepaald en in wezen haar bedoeling in de plaats te hebben gesteld van die van de Luxemburgse wetgever.
- 445 Er bestonden andere, laagdrempelige financieringsmethoden die – zoals de Commissie in de overwegingen 304 en 310 van het bestreden besluit terecht beklemtoont – bij gelijktijdige financiering van de overdracht van de betrokken activiteitssectoren aan de dochtervennootschappen hadden geleid tot winst die, in voorkomend geval, belastbaar zou zijn geweest op het niveau van de betrokken dochtervennootschappen, intermediaire vennootschappen of houdstermaatschappijen.
- 446 Om te beginnen hadden de dochtervennootschappen door middel van een eigen-vermogensinstrument over extra eigen vermogen kunnen beschikken voor een bedrag dat gelijk is aan het in casu nominale bedrag van de betrokken ZORA. In dat geval zou de winst van de dochtervennootschappen, met name gelet op de artikelen 164 en 166 LIR, zijn belast, hetzij op het niveau van de dochtervennootschappen zelf, hetzij op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen.
- 447 Voorts zou, indien de overdracht van de activiteitssector was gefinancierd door middel van een niet-kapitaliserende lening die bij een concernvennootschap was aangegaan, de winst die de dochtervennootschappen tijdens de looptijd van de lening hadden behaald, eveneens op het niveau van die vennootschappen zijn belast. Bovendien zou de door de lening gegenereerde rente weliswaar aftrekbaar zijn geweest op het niveau van de dochtervennootschappen, maar belastbaar zijn geweest op het niveau van hetzij de intermediaire vennootschappen, hetzij de betrokken houdstermaatschappijen, afhankelijk van welke vennootschappen in dit geval de schuldeisende vennootschappen zouden zijn geweest.
- 448 Tot slot zou, gelet op de punten 425 tot en met 435 hierboven, hetzelfde het geval zijn geweest bij het sluiten van een rechtstreekse ZORA tussen de betrokken dochtervennootschappen en houdstermaatschappijen, zoals de Commissie in overweging 304 van het bestreden besluit terecht heeft betoogd en anders dan het Groothertogdom Luxemburg en Engie stellen.
- 449 Daarom hadden in dit geval andere juridische middelen geschikt kunnen worden geacht om de overdracht van de activiteitssectoren aan de dochtervennootschappen te financieren.

– *Criterium inzake het ontbreken van extrafiscale beweegredenen*

- 450 Wat dit laatste criterium betreft, betogen het Groothertogdom Luxemburg en Engie dat met de financieringstransactie geen uitsluitend fiscale doelstelling werd nagestreefd en dat zij was ingegeven door geldige economische redenen. Volgens Engie was het namelijk economisch verantwoord om de activiteit via een indirecte ZORA te financieren.

- 451 Afgezien van het feit dat een antimisbruikclausule pas als gevolg van een hervorming in 2015 in de moeder-dochterrichtlijn is opgenomen, volgt uit de antimisbruikclausule in richtlijn 2016/1164 dat een transactie niet als misbruik kan worden aangemerkt als zij tot stand is gekomen om geldige commerciële redenen die de economische realiteit weerspiegelen.
- 452 Evenmin kan de Commissie zich uitsluitend baseren op de betrokkenheid van intermediaire vennootschappen en het gebruik van complexe financiële producten om tot de slotsom te komen dat een transactie misbruik oplevert. Dit klemt temeer daar een ZORA die tussen twee vennootschappen wordt uitgevoerd zonder interventie van een intermediaire vennootschap, aldus het Groothertogdom Luxemburg en Engie, tot een identiek resultaat overeenkomstig artikel 22 bis LIR kan leiden.
- 453 Dienaangaande hebben het Groothertogdom Luxemburg en Engie van meet af aan moeite om aan te tonen hoe de financiering door middel van met name een kapitaalbreng geen geldig financieringsinstrument zou zijn geweest op grond dat daardoor het financiële risico van de dochtervennootschappen zou zijn vergroot. Tijdens de gerechtelijke procedure hebben zij namelijk geen enkel bewijs aangevoerd waaruit blijkt dat de alternatieve methoden die de Commissie in de overwegingen 304, 309 en 310 van het bestreden besluit in overweging heeft genomen, waaronder een kapitaalbreng, de risico's zouden hebben vergroot die de dochtervennootschappen zouden hebben gelopen in het kader van de bij de betrokken fiscale rulings bekrachtigde constructie.
- 454 Indien een kapitaalbreng voor het nominale bedrag van de betrokken ZORA had plaatsgevonden, zou de dochtervennootschap a priori in staat zijn geweest de overgedragen activiteit te financieren, terwijl zij een risico had gelopen dat gelijkwaardig was aan het risico dat zich zou hebben voorgedaan ingeval de ZORA-aanwas negatief was geweest.
- 455 In geval van een kapitaalverhoging hadden de dochtervennootschappen immers kunnen beschikken over een eigen vermogen voor een bedrag dat gelijk was aan het bedrag van de lening dat zij dankzij de door de intermediaire vennootschappen uitgegeven ZORA hadden ontvangen.
- 456 Ook deze kapitaalbreng zou gepaard zijn gegaan met een uitgifte van nieuwe aandelen, op dezelfde wijze als voor de terugbetaling van de ZORA. Bovendien omvatten de na de conversie van de betrokken ZORA uitgegeven aandelen, in geval van positieve aanwas, het nominale bedrag van de lening alsmede die aanwas, in tegenstelling tot een eenvoudige kapitaalverhoging die slechts tot het nominale bedrag van de lening zou zijn doorgevoerd, zodat het argument inzake een risico van overkapitalisatie geen doel treft.
- 457 Evenzo wordt, zoals de Commissie in overweging 309 van het bestreden besluit terecht benadrukt, het aanvangskapitaal van een dochtervennootschap op dezelfde wijze beïnvloed door eventuele verliezen, ongeacht of dit binnen de context van een kapitaalbreng dan wel in geval van een ZORA is, indien die verliezen hoger zijn dan het bedrag van de inbreng dan wel het nominale bedrag van die ZORA.
- 458 Bovendien ligt het financiële risico evenzeer bij de betrokken houdstermaatschappijen, zowel in het geval van een kapitaalbreng als, zoals in casu, in het geval van de indirecte uitgifte van een ZORA. In het geval van een kapitaalbreng zullen, indien de verliezen groter zijn dan de kapitaalbreng, de overeenkomstige aandelen een verminderde waarde hebben en, in het geval

van negatieve aanwas bij een ZORA, zal de emittent het risico dragen dat zijn vordering vermindert en, in voorkomend geval, een waarde bereikt die lager is dan het nominale bedrag van de betrokken ZORA.

- 459 Een belastingplichtige kan weliswaar niet worden verweten de minst belaste juridische weg te kiezen, maar dit geldt dus niet wanneer, ofschoon er andere geschikte wegen zijn, de juridische weg waaraan de voorkeur wordt gegeven, uitsluitend voor fiscale doeleinden wordt gekozen en feitelijk resulteert in het niet heffen van belasting.
- 460 Ook het argument dat is ontleend aan de keuze voor een financiering die wordt vergoed naar de prestaties van de dochtervennootschappen, moet worden afgewezen.
- 461 Weliswaar is de vergoeding voor de emitterende vennootschap bij een ZORA hoger naarmate de inschrijvende vennootschap meer winst maakt, maar een dergelijke prestatiebeloning kan ook worden verkregen in geval van financiering door middel van een kapitaalbreng, in die zin dat zij zich eenvoudigweg manifesteert in hogere uitkeerbare winsten.
- 462 Ook al vindt het gebruik van een ZORA zijn rechtvaardiging uitsluitend in de wens om een financieringsinstrument te kiezen dat een rendement op basis van de prestaties van de dochtervennootschappen oplevert, dan nog kan een dergelijk doel ook worden bereikt door een directe ZORA, en niet door een indirecte ZORA, die, zoals uit de punten 448 en 449 hierboven blijkt, in tegenstelling tot de eerstgenoemde, tot gevolg heeft dat de ZORA-aanwas van de dochtervennootschappen nagenoeg niet wordt belast.
- 463 Bijgevolg moeten de argumenten die zijn aangevoerd om het bestaan van extrafiscale beweegredenen aan te tonen, ongegrond worden verklaard.

– *Voorkeursbehandeling van de vennootschappen van de groep Engie*

- 464 Het Groothertogdom Luxemburg en Engie betogen hoe dan ook dat, in de veronderstelling dat de bepaling inzake rechtsmisbruik van toepassing is, de Commissie geenszins heeft aangetoond dat de vennootschappen van de groep Engie werden bevoordeeld ten opzichte van andere vennootschappen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevonden.
- 465 Bovendien zou, volgens het Groothertogdom Luxemburg, een verbod van de financieringsstructuur op grond dat deze misbruik zou kunnen opleveren, hebben geleid tot schending van de in artikel 49 VWEU verankerde vrijheid van vestiging.
- 466 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het relevante criterium om vast te stellen of de betrokken maatregel selectief is, erin bestaat na te gaan of er tussen ondernemers die zich gelet op het doel van de betrokken algemene belastingregeling in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, een verschil wordt gemaakt dat niet wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van die regeling (arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 60).
- 467 Meer in het bijzonder is de selectiviteitsvoorwaarde vervuld wanneer de Commissie kan aantonen dat de nationale maatregel die een belastingvoordeel toekent, afwijkt van de algemene of „normale” belastingregeling die in de betrokken lidstaat van toepassing is en door zijn concrete gevolgen marktdeelnemers verschillend behandelt, hoewel de marktdeelnemers die het belastingvoordeel genieten en die welke het niet ontvangen, zich, gelet op het doel van die

belastingregeling van de betrokken lidstaat, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 67).

- 468 Aangezien in casu aan de criteria voor de vaststelling van misbruik van recht is voldaan, kan niet op goede gronden worden betwist dat de groep Engie een fiscale voorkeursbehandeling heeft genoten als gevolg van de niet-toepassing, in de betrokken fiscale rulings, van de bepaling inzake rechtsmisbruik, zoals de Commissie terecht heeft bevestigd in overweging 312 van het bestreden besluit.
- 469 Gelet op het door de bepaling inzake rechtsmisbruik nagestreefde doel, te weten de bestrijding van fiscaal misbruik, bevinden Engie en in het bijzonder de betrokken houdstermaatschappijen zich namelijk in een feitelijke en juridische situatie die vergelijkbaar is met die van alle Luxemburgse belastingplichtigen, die niet erop mogen vertrouwen dat de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik in gevallen waarin is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing ervan, hun voordeel zal opleveren.
- 470 Het bestaan van discriminatie blijkt des te meer uit het feit dat de Luxemburgse administratie in het verleden de bepaling inzake rechtsmisbruik reeds heeft toegepast. Zo heeft de Cour administrative du Grand-Duché du Luxembourg (hoogste bestuursrechter, Luxemburg) in een arrest van 7 februari 2013, dat als bijlage bij het verzoekschrift in zaak T-516/18 is gevoegd, een vonnis in eerste aanleg in een zaak tussen de directeur van de directe belastingen en een vennootschap betreffende de toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik op deze vennootschap bevestigd.
- 471 De Luxemburgse belastingdienst heeft dus de niet-toepassing van de bepaling inzake misbruik van recht voorbehouden aan de groep Engie.
- 472 De Commissie heeft dus rechtens genoegzaam aangetoond dat is afgeweken van het referentiekader dat de bepaling inzake rechtsmisbruik omvat.

– *Vermeende schending van de vrijheid van vestiging*

- 473 Het Groothertogdom Luxemburg betoogt dat het verbod van de financiële constructie omdat deze misbruik zou inhouden, zou leiden tot schending van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU.
- 474 Opgemerkt zij dat, aangezien het om een zuiver interne situatie gaat, artikel 49 VWEU in beginsel niet van toepassing kan zijn. Bovendien zou, in de veronderstelling dat de vrijheid van vestiging van toepassing is, de vaststelling van een mogelijke beperking gerechtvaardigd kunnen zijn door het feit zelf dat rechtsmisbruik wordt bestreden (zie in die zin arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a., C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 177).
- 475 Naar Unierecht bestaat namelijk een algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht. Een dergelijk beginsel beoogt met name de verrichting te voorkomen van enkel formele of kunstmatige transacties waarvoor geen economische en commerciële rechtvaardiging bestaat, met als voornaamste doel de verkrijging van een wederrechtelijk voordeel (arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a., C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punten 96 en 125).

- 476 Dit is met name het geval wanneer er sprake is van een kunstmatige constructie in het kader waarvan, doordat aan de concernstructuur een doorstroomvennootschap wordt toegevoegd tussen een vennootschap die inkomsten uitkeert en de uiteindelijk gerechtigde tot deze inkomsten, de betaling van belasting over deze inkomsten wordt ontweken (zie in die zin arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a., C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 127).
- 477 Aangezien in de betrokken fiscale rulings van de toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik is afgeweken in een geval waarin niettemin was voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van die bepaling, heeft de Commissie dus terecht de selectiviteit ervan vastgesteld.
- 478 Bijgevolg moeten het eerste en het tweede middel in zaak T-516/18 en het tweede en het derde middel in zaak T-525/18, waarmee wordt betoogd dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat de betrokken fiscale rulings selectief waren in het licht van het specifieke referentiekader en de bepaling inzake rechtsmisbruik, ongegrond worden verklaard, zonder dat hoe dan ook uitspraak behoeft te worden gedaan over de gegrondheid van de argumenten die tegen de andere redeneringen zijn aangevoerd.

6. Vierde middel in zaak T-525/18: onjuiste kwalificatie van de betrokken fiscale rulings als individuele steun

- 479 Engie beklemtoont dat de selectiviteit van een individuele fiscale ruling slechts kan worden vastgesteld aan de hand van de teksten en de administratieve praktijk die op de betrokken belastingmaatregel van toepassing zijn.
- 480 Had de Commissie echter rekening gehouden met de teksten en de administratieve praktijk die van toepassing zijn op de betrokken fiscale rulings, dan zou zij volgens Engie op dezelfde wijze als in besluit (EU) 2016/1699 van de Commissie van 11 januari 2016 betreffende de staatssteunregeling inzake vrijstelling van overwinst SA.37667 (2015/C) (ex 2015/ NN) door België ten uitvoer gelegd (PB 2016, L 260, blz. 61), een steunregeling hebben moeten onderkennen.
- 481 Engie wijst er namelijk op dat andere ondernemingen van dezelfde financieringsstructuur gebruikmaken in het kader van identieke fiscale rulings, zoals is bevestigd door de verklaringen van het met mededinging belaste lid van de Commissie.
- 482 Bovendien heeft de Commissie in het bestreden besluit erkend dat de door de betrokken fiscale rulings bekrachtigde financieringsstructuur „voor om het even welke groep in Luxemburg” openstond en dat „een bepaalde categorie ondernemingen – de concerns die een rechtstreekse ZORA [gebruikten] – dezelfde fiscale behandeling [...] kon krijgen”.
- 483 In haar repliek voegt Engie daaraan toe dat de Commissie had moeten aantonen dat de bepalingen waarop de betrokken fiscale rulings waren gebaseerd, niettegenstaande hun algemene strekking, op zichzelf konden leiden tot de toekenning van een selectief voordeel.
- 484 Wat het bestaan van een mogelijke steunregeling betreft, wijst de Commissie er, om te beginnen, op dat groepen van ondernemingen die gebruikmaken van een rechtstreekse ZORA, niet dezelfde fiscale behandeling kunnen genieten als de groep Engie, zoals uitdrukkelijk blijkt uit het bestreden besluit. Voorts betoogt zij dat haar niet kan worden belet te concluderen dat er sprake is van

individuele steun, zelfs indien die steun deel uitmaakte van een grotere regeling. De verwijzing naar het besluit in de zaak van de Belgische vrijstellingsregeling voor overwinst en naar de methode die de Commissie in dat besluit heeft gevolgd, is dus niet relevant.

- 485 In dit verband moet, los van de vraag of er identieke fiscale rulings bestaan, worden benadrukt dat de Commissie een maatregel ter uitvoering van een algemene regeling als individuele steun kan aanmerken zonder eerst te moeten aantonen dat de bepalingen die aan die regeling ten grondslag liggen een steunregeling vormen, zelfs indien dat het geval zou zijn (zie, naar analogie, arrest van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, EU:C:2011:368, punt 63).
- 486 Bovendien blijkt uit de punten 382 en 477 hierboven dat de Commissie rehtens genoegzaam heeft aangetoond dat de betrokken fiscale rulings de betrokken houdstermaatschappijen een selectief voordeel hebben verleend, aangezien met die rulings is afgeweken van de artikelen 164 en 166 LIR en van de bepaling inzake rechtsmisbruik.
- 487 Bijgevolg heeft de Commissie geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de betrokken fiscale rulings als individuele steun op te vatten.
- 488 Het vierde middel in zaak T-525/18 moet bijgevolg ongegrond worden verklaard.

7. Zevende middel in zaak T-525/18 en vijfde middel in zaak T-516/18: subsidiair, onjuiste rechtsopvatting bij de verplichting tot terugvordering van de vermeende steun

- 489 Volgens het Groothertogdom Luxemburg en Engie heeft de Commissie de algemene beginselen van rechtszekerheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen geschonden door in artikel 2 van het bestreden besluit de terugvordering van de steun te gelasten.
- 490 Allereerst is de benadering van de Commissie, die berust op de vaststelling dat de combinatie van twee fiscale maatregelen een voordeel oplevert, wegens de nieuwheid ervan noch voor het Groothertogdom Luxemburg, noch voor Engie voorzienbaar geweest.
- 491 De nieuwheid van deze benadering blijkt des te sterker uit het onderzoek van de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings in het licht van het doel van het referentiekader bestaande uit de bepalingen die de grondslag vormen van het Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel, en ook uit de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik.
- 492 Volgens Engie moet de onvoorspelbaarheid van het bestreden besluit daarom ertoe leiden dat, overeenkomstig de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, wordt afgezien van de verplichting tot terugvordering van de steun.
- 493 Vervolgens wijzen het Groothertogdom Luxemburg en Engie erop dat de Commissie in haar praktijk de verplichting tot terugvordering van steun reeds heeft afgezwakt in gevallen waarin „de complexiteit van de analyse van de fiscale maatregelen in het licht van de regels inzake staatssteun een bron van rechtsonzekerheid [was]”.
- 494 Ten slotte heeft de Commissie, volgens Engie, de rechtszekerheid ondermijnd door over te gaan tot een verkapte fiscale harmonisatie van de Luxemburgse bepalingen die aan duidelijkheid en nauwkeurigheid niets te wensen overlieten en de Luxemburgse autoriteiten geen beoordelingsmarge boden bij de vaststelling van de fiscale rulings.

- 495 De Commissie betwist de gegrondheid van al deze argumenten. Zij preciseert het rechtszekerheidsbeginsel geenszins te hebben geschonden door de terugvordering van de toegekende steun te gelasten, en voegt daaraan toe dat de door Engie aangevoerde complexiteit niet voortvloeit uit haar redenering, maar uit de door Engie op touw gezette en in de betrokken fiscale rulings door de Luxemburgse belastingdienst bekrachtigde fiscale constructie. Bovendien is haar redenering geenszins nieuw en is zij gebaseerd op klassieke uitgangspunten inzake staatssteun.
- 496 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat artikel 16 van verordening 2015/1589 bepaalt dat wanneer negatieve besluiten worden genomen in gevallen van onrechtmatige steun, de Commissie besluit dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen, tenzij zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Unierecht.
- 497 In casu heeft de Commissie geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het Groothertogdom Luxemburg in artikel 2 van het bestreden besluit te gelasten de steun terug te vorderen. Anders dan het Groothertogdom Luxemburg en Engie stellen, is een dergelijke verplichting niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, noch met het beginsel van wederzijds vertrouwen.
- 498 In de eerste plaats vereist het rechtszekerheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht, dat de rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, opdat de belanghebbenden daaraan houvast hebben in de door het Unierecht beheerste rechtssituaties en -betrekkingen (arrest van 8 december 2011, France Télécom/Commissie, C-81/10 P, EU:C:2011:811, punt 100).
- 499 Met andere woorden, de belanghebbenden moeten in staat zijn de omvang van de verplichtingen die een Unieregeling hen oplegt, nauwkeurig te kennen, en deze belanghebbenden moeten ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen (arrest van 11 december 2012, Commissie/Spanje, C-610/10, EU:C:2012:781, punt 49).
- 500 In het onderhavige geval was de redenering van de Commissie weliswaar van toepassing op een fiscale ruling, maar zij was geenszins ongebruikelijk in haar besluitvormingspraktijk.
- 501 Evenzo is de wijze waarop de Commissie de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings heeft aangetoond, gebaseerd op de gebruikelijke redenering van de Commissie en op vaste rechtspraak inzake staatssteun.
- 502 Overigens slaat, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, de werkelijke complexiteit die in de onderhavige zaak kan worden vastgesteld, op de door de groep Engie opgezette en door het Groothertogdom Luxemburg goedgekeurde fiscale constructie ter financiering van de overdracht van activiteitssectoren aan de dochtervennootschappen van de groep Engie.
- 503 Derhalve heeft de Commissie door de terugvordering van de steun te gelasten het rechtszekerheidsbeginsel niet geschonden.
- 504 In de tweede plaats geldt dezelfde constatering voor het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

- 505 Volgens het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, een fundamenteel beginsel van het Unierecht, kan namelijk iedere marktdeelnemer bij wie een instelling gegronde verwachtingen heeft gewekt, zich op dat beginsel beroepen (arrest van 22 april 2016, Frankrijk/Commissie, T-56/06 RENV II, EU:T:2016:228, punt 42).
- 506 Gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten kunnen ondernemingen die steun genieten in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van artikel 108 VWEU is toegekend (arrest van 12 september 2007, Italië/Commissie, T-239/04 en T-323/04, EU:T:2007:260, punt 154).
- 507 Ook het gedrag van de Commissie heeft geenszins gerechtvaardigde verwachtingen gewekt over de staatssteunrechtelijke rechtmatigheid van de betrokken fiscale rulings.
- 508 Derhalve heeft de Commissie het vertrouwensbeginsel niet geschonden door de terugvordering van de steun te gelasten.
- 509 Het zevende middel in zaak T-525/18 en het vijfde middel in zaak T-516/18 moeten dus ongegrond worden verklaard en bijgevolg moeten de beroepen in hun geheel worden verworpen.

V. Kosten

A. Zaak T-516/18

- 510 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien het Groothertogdom Luxemburg in het ongelijk is gesteld, dient deze lidstaat overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in zijn eigen kosten en in die van de Commissie.
- 511 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten. Ierland zal dus zijn eigen kosten dragen.

B. Zaak T-525/18

- 512 Aangezien Engie in het ongelijk is gesteld, dient zij op grond van artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in haar eigen kosten en in die van de Commissie.

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **De zaken T-516/18 en T-525/18 worden gevoegd voor het arrest.**
- 2) **De beroepen worden verworpen.**
- 3) **Het Groothertogdom Luxemburg draagt naast zijn eigen kosten de kosten van de Europese Commissie in zaak T-516/18.**
- 4) **Engie Global LNG Holding Sàrl, Engie Invest International SA en Engie dragen naast hun eigen kosten de kosten van de Commissie in zaak T-525/18.**
- 5) **Ierland draagt zijn eigen kosten.**

Van der Woude

Tomljenović

Schalin

Škvařilová-Pelzl

Nõmm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 mei 2021.

ondertekeningen

Inhoud

I.	Voorgeschiedenis van het geding	2
	A. Groep Engie	2
	B. Fiscale rulings	3
	1. Fiscale rulings betreffende de overdracht van activiteiten ten gunste van LNG Supply	4
	2. Fiscale rulings met betrekking tot de overdracht van activiteiten ten gunste van GSTM	5
	3. Beknopt overzicht van de financieringsstructuren opgezet door de vennootschappen van de groep Engie	6
	4. Gevolg van de gedeeltelijke conversie van de door LNG Supply gesloten ZORA	8
	C. Formele onderzoeksprocedure	9
II.	Bestreden besluit	9
	A. Toerekenbaarheid aan de staat	10
	B. Verlening van een voordeel	10
	C. Selectiviteit van de betrokken fiscale rulings	11
	1. Selectiviteit op het niveau van de houdstermaatschappijen	11
	a) Afwijking van het ruime referentiekader bestaande uit het algemene Luxemburgse vennootschapsbelastingstelsel	12
	b) Afwijking van het specifieke referentiekader bestaande uit de bepalingen inzake de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen	12
	2. Selectiviteit op het niveau van de groep Engie	13
	3. Selectiviteit als gevolg van de niet-toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik	14
	4. Geen rechtvaardiging	15
	D. Verstoring van de concurrentie	15
	E. Begunstigde van de steun	15
	F. Terugvordering van de steun	15
III.	Procedure en conclusie van partijen	16
	A. Schriftelijke behandeling in zaak T-516/18	16
	1. Samenstelling van de rechtsprekende formatie	16

2. Verzoek om toelating tot interventie	16
3. Verzoek om vertrouwelijke behandeling	16
4. Conclusies van partijen	17
B. Schriftelijke behandeling in zaak T-525/18	17
1. Samenstelling van de rechtsprekende formatie	17
2. Verzoek om vertrouwelijke behandeling	18
3. Conclusies van partijen	18
IV. In rechte	18
A. Voeging van de zaken T-516/18 en T-525/18 en antwoord op het verzoek om vertrouwelijke behandeling	18
B. Ten gronde	19
1. Vijfde middel in zaak T-525/18 en derde middel in zaak T-516/18: in wezen, bestaan van verkapte belastingharmonisatie	20
a) Vermeende schending van de artikelen 4 en 5 VEU en de artikelen 3 tot en met 5 VWEU en de artikelen 113 tot en met 117 VWEU	20
b) Vermeend misbruik van bevoegdheid	22
2. Achtste middel in zaak T-525/18 en zesde middel in zaak T-516/18: niet-nakoming van de motiveringsplicht	23
3. Zesde middel in zaak T-525/18 en vierde middel in zaak T-516/18: schending van de procedurele rechten	25
4. Eerste middel in zaak T-525/18: geen bekostiging met staatsmiddelen en niet-toerekenbaarheid aan de staat van de betrokken fiscale rulings	29
5. Eerste en tweede middel in zaak T-516/18 en tweede en derde middel in zaak T-525/18: onjuiste beoordelingen en onjuiste rechtsopvattingen bij de vaststelling van een selectief voordeel	31
a) Voorafgaande opmerkingen	31
b) Verwarring tussen de voorwaarden voor het bestaan van een voordeel en de voorwaarden inzake de selectiviteit van de betrokken fiscale rulings	32
c) Ontbreken van een selectief voordeel op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen in het licht van het specifieke referentiekader	34
1) Afbakening van het specifieke referentiekader bestaande uit de bepalingen inzake de belasting over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen	36

i)	Geen uitbreiding van het referentiekader tot de moeder-dochterrichtlijn	36
ii)	Gecombineerde lezing van de artikelen 164 en 166 LIR	39
2)	Afwijking van de bepalingen inzake de belastingheffing over winstuitkeringen en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen	41
i)	Toepassing van artikel 164 LIR op een ZORA en op het bestaan van een verband tussen de aftrekbaarheid van de ZORA-aanwas, op het niveau van de dochtervennootschappen, en de vrijstelling voor inkomsten uit deelnemingen, op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen	42
ii)	Onzekere waarde van een ZORA op de dag van uitgifte	45
iii)	Vaststelling van een afwijking uitgaande van het gecombineerde effect van algemene bepalingen	46
iv)	Geen schending van de artikelen 164 en 166 LIR, elk op zichzelf beschouwd	48
v)	Voorkeursbehandeling van de groep Engie op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen	49
vi)	Conclusie betreffende de verlening van een selectief voordeel aan de groep Engie, op het niveau van de betrokken houdstermaatschappijen, in het licht van het specifieke referentiekader	52
d)	Vermeend ontbreken van een selectief voordeel in het licht van de bepaling inzake rechtsmisbruik	52
1)	Voorafgaande opmerkingen	54
2)	Vermeende nieuwheid van de redenering op basis van de bepaling inzake rechtsmisbruik	55
3)	Afwijking van de bepaling inzake rechtsmisbruik	55
i)	Vermeende niet-inaanmerkingneming van de administratieve praktijk van de Luxemburgse belastingdienst	56
ii)	Beoordeling van de criteria ter rechtvaardiging van de toepassing van de bepaling inzake rechtsmisbruik	56
–	Criterium inzake verlaging van de belastingdruk	57
–	Criterium inzake het gebruik van een ongeschikt juridisch middel	60
–	Criterium inzake het ontbreken van extrafiscale beweegredenen	61
–	Voorkeursbehandeling van de vennootschappen van de groep Engie	63
–	Vermeende schending van de vrijheid van vestiging	64

6. Vierde middel in zaak T-525/18: onjuiste kwalificatie van de betrokken fiscale rulings als individuele steun	65
7. Zevende middel in zaak T-525/18 en vijfde middel in zaak T-516/18: subsidiair, onjuiste rechtsopvatting bij de verplichting tot terugvordering van de vermeende steun	66
V. Kosten	68
A. Zaak T-516/18.....	68
B. Zaak T-525/18.....	68