



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. PIKAMÄE

van 16 december 2021¹

Zaak C-885/19 P

**Fiat Chrysler Finance Europe
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Staatssteun – Door het Groothertogdom Luxemburg ten uitvoer gelegde steunmaatregel – Besluit waarbij de steun onverenigbaar met de interne markt en onrechtmatig wordt verklaard en terugvordering ervan wordt gelast – Fiscale ruling (*advance tax ruling*) – Zakelijkheidsbeginsel – Voordeel – Selectiviteit – Rechtszekerheidsbeginsel”

Inhoud

I.	Inleiding	3
II.	Voorgeschiedenis van het geding	4
	A. Door de Luxemburgse belastingautoriteiten aan FFT verleende ruling en administratieve procedure bij de Commissie	4
	B. Litigieus besluit	4
	1. Beschrijving van de wezenlijke inhoud van de betrokken ruling	4
	2. Beschrijving van de relevante Luxemburgse regels	5
	3. Beschrijving van de OESO-richtsnoeren	5
	4. Beoordeling van de betrokken ruling	6
	C. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest	9
	D. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen in hogere voorziening	12

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

III. Hogere voorziening	12
A. Tweede middel	13
1. Argumenten van partijen	13
2. Relevantie van het tweede middel	13
3. Gegrondheid van het eerste onderdeel	14
4. Gegrondheid van het tweede onderdeel	17
B. Eerste middel	20
1. Argumenten van partijen	20
2. Eerste onderdeel	22
a) Ontvankelijkheid	22
b) Gegrondheid	24
1) Opmerkingen vooraf	24
2) Beoordeling	25
3. Tweede onderdeel	30
a) Relevantie	30
b) Gegrondheid	31
C. Derde middel	36
1. Argumenten van partijen	36
2. Eerste onderdeel	37
a) Relevantie	37
b) Gegrondheid	37
3. Tweede onderdeel	40
a) Relevantie	40
b) Gegrondheid	40
D. Conclusie inzake de hogere voorziening	42
IV. Kosten	43
V. Conclusie	43

I. Inleiding

1. „Tax ruling” of „tax rescript” is een gangbare praktijk waarbij ondernemingen de belastingadministratie om een „ruling” (voorafgaande beslissing) kunnen verzoeken betreffende de belasting die zij verschuldigd zullen zijn. De term „ruling” verwijst in het algemeen naar het feit dat een belastingadministratie, meestal op verzoek van de belastingplichtige, een officieel standpunt inneemt over de toepassing van sommige geldende wettelijke bepalingen op een gegeven situatie of op een of meerdere transacties die nog geen fiscale gevolgen hebben gehad. De belastingplichtigen trachten dus om, met betrekking tot de fiscale behandeling van hun transacties, waarborgen te verkrijgen die voor de administratie bindend zijn.

2. In juni 2014 heeft de Europese Commissie een reeks onderzoeken gestart om na te gaan of de praktijken van de belastingautoriteiten van verschillende lidstaten ten aanzien van multinationale ondernemingen, inzonderheid wat betreft de verdeling van de winsten tussen de verschillende staten waar deze ondernemingen actief zijn, in overeenstemming waren met de Verdragsbepalingen betreffende staatssteun. Een van die onderzoeken heeft geleid tot de vaststelling van het besluit betreffende de steun die de Luxemburgse belastingautoriteiten hadden verleend aan het Fiat-concern².

3. Tegelijkertijd hebben de onthullingen van het journalistieke onderzoek dat bekendstaat als „Lux Leaks” dit onderwerp in november 2014 onder de aandacht van het grote publiek gebracht, met vaak verontwaardigde reacties als gevolg.³ Naar aanleiding van deze onthullingen hebben verscheidene beleidsmakers, zowel op Europees als op internationaal niveau, actie ondernomen om een einde te maken aan wat nu werd gezien als een ernstige schending van de fiscale rechtvaardigheid. De recentste van deze acties heeft de vorm aangenomen van een overeenkomst tot invoering van een wereldwijde belasting op de inkomsten van multinationale ondernemingen.⁴

4. Hoewel het Hof zich bewust is van de politieke, economische en zelfs maatschappelijke context van deze zaak, moet het in zijn te wijzen arrest de vragen die de benadering van de Commissie bij de vaststelling van het litigieuze besluit doet rijzen, uitsluitend op juridische gronden onderzoeken. Het arrest van het Gerecht in de zaken Luxemburg en Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie⁵, waarbij deze benadering is onderschreven, vormt het voorwerp van deze hogere voorziening.

5. Het vernieuwende karakter van de benadering van de Commissie bestond met name in de invoering van het zakelijkheidsbeginsel bij het onderzoek van het bestaan van een economisch voordeel. In deze omstandigheden zal het Hof zich in zijn te wijzen arrest met name kunnen uitspreken over bepaalde kwesties betreffende de toepassing van dit beginsel, zoals het feit dat,

² Besluit (EU) 2016/2326 van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 (2014/C) (ex 2014/NN) door Luxemburg ten gunste van Fiat ten uitvoer gelegd (PB 2016, L 351, blz. 1; hierna: „litigieus besluit”).

³ Dit is een onderzoek dat gezamenlijk is uitgevoerd door het in Amerika gevestigde International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ; internationaal consortium van onderzoeksjournalisten) en veertig andere media. Zie in dit verband met name het artikel in de krant *Le Monde*, dat beschikbaar is op het volgende internetadres:
https://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2014/11/05/evasion-fiscale-tout-sur-les-secrets-du-luxembourg_4518895_4862750.html.

⁴ Zie in dit verband met name het document „Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”, dat tot stand is gekomen binnen het OECD/G20 Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting, en dat op 8 oktober 2021 door 136 aangesloten jurisdicties is goedgekeurd. Dit document is beschikbaar op het volgende internetadres:
<https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>

⁵ Arrest van 24 september 2019 (T-755/15 en T-759/15, EU:T:2019:670; hierna: „bestreden arrest”).

teneinde vast te stellen of er sprake is van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, rekening moet worden gehouden met de gevolgen van een ruling voor het betrokken concern in zijn geheel.

II. Voorgeschiedenis van het geding

A. Door de Luxemburgse belastingautoriteiten aan FFT verleende ruling en administratieve procedure bij de Commissie

6. Op 14 maart 2012 heeft de belastingadviseur van Fiat Chrysler Finance Europe, voorheen Fiat Finance and Trade Ltd (hierna: „FFT”), aan de Luxemburgse belastingautoriteiten een brief gestuurd met het verzoek om goedkeuring van een overeenkomst inzake verrekenprijzen. Ter ondersteuning van dit verzoek heeft hij hun ook een verslag van zijn hand overgelegd met een analyse van de verrekenprijzen die worden toegepast op de door FFT verrichte transacties.

7. Op 3 september 2012 hebben de Luxemburgse belastingautoriteiten in antwoord op het verzoek van FFT een ruling vastgesteld (hierna: „betrokken ruling”). Deze ruling was vervat in een brief waarin was vermeld dat „met betrekking tot de brief van 14 maart 2012 over de groepsinterne financieringsactiviteiten van FFT [werd] bevestigd dat de analyse van de verrekenprijzen [was] verricht overeenkomstig circulaire 164/2 van 28 januari 2011 en [voldeed] aan het zakelijkheidsbeginsel”.

8. Op 19 juni 2013 heeft de Commissie het Groothertogdom Luxemburg een eerste verzoek gestuurd om gedetailleerde inlichtingen over de nationale rullingpraktijken. Dit eerste verzoek om inlichtingen werd gevolgd door een groot aantal uitwisselingen tussen het Groothertogdom Luxemburg en de Commissie, totdat laatstgenoemde op 24 maart 2014 een besluit heeft vastgesteld waarbij zij het Groothertogdom Luxemburg gelastte om haar inlichtingen te verstrekken.

9. Op 11 juni 2014 heeft de Commissie voor de betrokken ruling de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU ingeleid. Op 21 oktober 2015 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld, waarbij zij verklaarde dat deze ruling staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

B. Litigieus besluit

1. Beschrijving van de wezenlijke inhoud van de betrokken ruling

10. De Commissie heeft de betrokken ruling aldus omschreven dat daarbij een methode werd goedgekeurd om binnen het Fiat/Chrysler-concern winst toe te rekenen aan FFT, waardoor FFT jaarlijks het bedrag aan vennootschapsbelasting kon bepalen dat zij verschuldigd was aan het Groothertogdom Luxemburg. De Commissie heeft gepreciseerd dat deze ruling voor de belastingadministratie bindend was gedurende een periode van vijf jaar, namelijk vanaf het belastingjaar 2012 tot en met het belastingjaar 2016.⁶

⁶ Overwegingen 9 en 52 tot en met 54 van het litigieuze besluit.

2. Beschrijving van de relevante Luxemburgse regels

11. De Commissie heeft aangegeven dat de betrokken ruling was vastgesteld op grond van artikel 164, lid 3, van het Luxemburgse wetboek van inkomstenbelasting (loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, telle que modifiée (L.I.R.); wet van 4 december 1967 betreffende de inkomstenbelasting, zoals gewijzigd; hierna: „belastingwetboek”)⁷, en circulaire L.I.R. nr. 164/2 van de directeur van de Luxemburgse belastingen van 28 januari 2011 (hierna: „circulaire nr. 164/2”). In dit verband heeft de Commissie opgemerkt dat dit artikel de vastlegging in het Luxemburgse belastingrecht vormde van het zakelijkheidsbeginsel, volgens hetwelk transacties tussen vennootschappen van hetzelfde concern moeten worden vergoed alsof zij waren aangegaan tussen onafhankelijke vennootschappen die in vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen. Voorts heeft zij opgemerkt dat in circulaire nr. 164/2 met name wordt gepreciseerd hoe een zakelijke vergoeding moet worden bepaald wanneer deze transacties zijn verricht door groepsfinancieringsmaatschappijen.⁸

3. Beschrijving van de OESO-richtsnoeren

12. De Commissie heeft de beginselen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) inzake verrekenprijzen uiteengezet en daarbij aangegeven dat de term „verrekenprijzen” verwijst naar de prijzen die in rekening worden gebracht voor commerciële transacties tussen verschillende entiteiten van eenzelfde concern. Zij heeft erop gewezen dat, om te vermijden dat multinationale ondernemingen ertoe zouden worden aangezet om zo min mogelijk winst toe te rekenen in landen waar hun winst zwaarder wordt belast, de belastingdiensten alleen verrekenprijzen tussen geïntegreerde vennootschappen mogen aanvaarden wanneer de transacties, overeenkomstig het zakelijkheidsbeginsel, worden vergoed alsof zij waren aangegaan door onafhankelijke vennootschappen die in vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen. De Commissie heeft gepreciseerd dat dit beginsel is neergelegd in artikel 9 van het modelbelastingverdrag van de OESO inzake inkomen en vermogen.⁹

13. De Commissie heeft eraan herinnerd dat de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (richtsnoeren inzake verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten, vastgesteld door het Comité voor Fiscale Aangelegenheden van de OESO op 27 juni 1995 en herzien op 22 juli 2010; hierna: „OESO-richtsnoeren”) vijf methoden vermelden waarmee een benadering van zakelijke prijzen voor transacties en winsttoerekening tussen geïntegreerde vennootschappen kan worden bekomen.¹⁰

14. De tweede methode is de Transactional Net Margin Method (transactionele methode van de nettomarge; hierna: „TNMM”), te weten een indirecte methode die wordt gebruikt om tot een benadering van zakelijke verrekenprijzen voor transacties en winsttoerekening tussen vennootschappen van eenzelfde concern te komen. De Commissie heeft deze methode omschreven als het ramen, op grond van het zakelijkheidsbeginsel, van het potentiële

⁷ Dit artikel luidt als volgt: „Verkapte winstuitkeringen moeten in het belastbaar inkomen worden opgenomen. Van verkapte winstuitkeringen is met name sprake indien een deelgerechtigde, vennoot of belanghebbende al dan niet rechtstreeks voordelen van een vennootschap of vereniging ontvangt die hij normalerwijze niet zou hebben ontvangen als hij die hoedanigheid niet had gehad.” Opgemerkt zij dat deze bepaling niet langer van kracht is sinds het Groothertogdom Luxemburg op 1 januari 2017 de nieuwe artikelen 56 en 56 bis betreffende het zakelijkheidsbeginsel in het belastingwetboek heeft ingevoegd.

⁸ Overwegingen 74 tot en met 83 van het litigieuze besluit.

⁹ Overwegingen 84 tot en met 87 van het litigieuze besluit.

¹⁰ Overwegingen 88 en 89 van het litigieuze besluit.

winstbedrag voor een activiteit als geheel beschouwd, in plaats van voor specifieke transacties. Zij heeft verder gepreciseerd dat voor deze beoordeling moest worden gekozen voor een winstindicator, zoals de kosten, de omzet of vaste investeringen, en dat daarop een winstpercentage moest worden toegepast dat overeenkomt met het percentage dat bij vergelijkbare transacties op de vrije markt wordt waargenomen.¹¹

4. *Beoordeling van de betrokken ruling*

15. Wat de derde en de vierde voorwaarde voor het bestaan van staatssteun betreft, was de Commissie van mening dat de betrokken ruling FFT een selectief voordeel verleende, aangezien deze ruling had geleid tot een vermindering van de door betrokkene in Luxemburg verschuldigde belasting, doordat werd afgeweken van de belasting die FFT krachtens het gewone stelsel van de vennootschapsbelasting had moeten betalen. Zij is tot deze conclusie gekomen na een *gelijktijdig onderzoek* van het voordeel en de selectiviteit. Dit onderzoek was gestructureerd volgens de drie door het Hof gedefinieerde stappen om te bepalen of een belastingmaatregel als selectief moet worden aangemerkt.

16. In de eerste stap van haar analyse is de Commissie ervan uitgegaan dat het referentiekader het algemene stelsel van de vennootschapsbelasting in Luxemburg was en dat dit stelsel tot *doel* had de winsten van alle in Luxemburg gevestigde vennootschappen te belasten. Het verschil in de berekening van de belastbare winst van respectievelijk onafhankelijke en geïntegreerde vennootschappen had volgens de Commissie geen gevolgen voor dat doel, namelijk het belasten van de winst van alle in Luxemburg gevestigde vennootschappen, ongeacht of het geïntegreerde vennootschappen betrof. Hetzelfde gold voor de bijzondere bepalingen voor concerns, die uitsluitend tot doel hadden die twee soorten vennootschappen gelijk te behandelen. Bovendien bevestigde het doel van de betrokken ruling, namelijk het vaststellen van de belastbare winst van FFT voor de vennootschapsbelasting in het kader van het genoemde stelsel, dat dit stelsel het referentiekader vormde, aangezien FFT voor dit doel niet apart werd geplaatst op grond dat zij deel uitmaakte van een concern. De Commissie was dienaangaande van mening dat geïntegreerde en niet-geïntegreerde vennootschappen in een feitelijk en juridisch vergelijkbare positie verkeerden ten aanzien van het doel van het algemene stelsel van de vennootschapsbelasting in Luxemburg.¹²

17. In de tweede stap van haar analyse heeft de Commissie allereerst opgemerkt dat de vraag of een fiscale maatregel een afwijking van het referentiekader vormt, *doorgaans inhoudt* dat moet worden nagegaan of via deze maatregel een voordeel is verleend aan de begunstigde. Wanneer een belastingmaatregel leidt tot een ongerechtvaardigde vermindering van de belasting die is verschuldigd door een begunstigde die anders uit hoofde van het referentiekader aan een hogere belasting zou zijn onderworpen, vormt die vermindering volgens de Commissie zowel het door die maatregel toegekende voordeel als de afwijking van het referentiekader. Bovendien heeft de Commissie opgemerkt dat, volgens vaste rechtspraak, in geval van een individuele maatregel zoals de betrokken ruling, bij de vaststelling van een voordeel in beginsel kan worden vermoed dat er sprake is van selectiviteit.¹³

¹¹ Overweging 91 van het litigieuze besluit.

¹² Overwegingen 193 tot en met 199 van het litigieuze besluit.

¹³ Overwegingen 216 tot en met 218 van het litigieuze besluit.

18. Wat de vaststelling van het voordeel in de onderhavige zaak betreft, heeft de Commissie eraan herinnerd dat een fiscale maatregel die ertoe leidt dat een tot een concern behorende vennootschap verrekenprijzen hanteert die lager liggen dan de prijzen die tussen onafhankelijke ondernemingen zouden worden gehanteerd, die onderneming een voordeel verleent, doordat deze maatregel resulteert in een verlaging van de heffingsgrondslag van de onderneming en dus van de belasting die zij volgens het algemene stelsel van de vennootschapsbelasting verschuldigd is. Volgens de Commissie heeft het Hof op die manier erkend dat het zakelijkheidsbeginsel, te weten „[h]et beginsel dat transacties tussen ondernemingen van [de]zelfde groep moeten worden vergoed als waren zij overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen die in vergelijkbare omstandigheden onder zakelijke voorwaarden onderhandelen”¹⁴, als ijkpunt dient om te bepalen of een tot een concern behorende vennootschap een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU geniet. De Commissie heeft derhalve gepreciseerd dat zij moest nagaan of de methode die de Luxemburgse belastingdienst in de betrokken ruling had goedgekeurd, afweek van een methode die leidde tot een betrouwbare benadering van een marktconforme uitkomst en dus van het zakelijkheidsbeginsel. In een dergelijk geval zou, volgens de Commissie, de betrokken ruling worden geacht FFT een selectief voordeel te verlenen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.¹⁵

19. Gelet op het voorgaande heeft de Commissie geoordeeld dat een aantal keuzen inzake methode en parameters en een aantal aanpassingen, die door het Groothertogdom Luxemburg waren goedgekeurd en die ten grondslag lagen aan de analyse van de verrekenprijzen in de betrokken ruling, hadden geleid tot een vermindering van de vennootschapsbelasting die de onafhankelijke ondernemingen hadden moeten betalen.¹⁶

20. Wat ten eerste het eigen vermogen betreft dat in aanmerking komt voor een vergoeding was de Commissie van mening dat het door de belastingadviseur gehanteerde hypothetisch wettelijk vermogen (toetsingsvermogen) van FFT in het kader van de toepassing van de TNMM geen passende winstniveau-indicator vormde voor het ramen van een zakelijke vergoeding voor de door FFT uitgeoefende functies. De Commissie heeft dan ook vastgesteld dat de belastingadviseur, door als basis voor de toepassing van het Capital Asset Pricing Model (waarderingsmodel voor financiële activa; hierna: „CAPM”), voor het jaar 2011, het hypothetisch toetsingsvermogen van 28,5 miljoen EUR in aanmerking te nemen in plaats van het boekhoudkundig eigen vermogen van 287,5 miljoen EUR, de belastbare vergoeding van FFT door 10 heeft gedeeld.¹⁷

21. Wat ten tweede de toepassing van het Bazel II-akkoord voor de vaststelling van het hypothetisch toetsingsvermogen betreft, was de Commissie van mening dat het Groothertogdom Luxemburg blijk had gegeven van onjuiste opvattingen, waardoor het bedrag van het hypothetisch toetsingsvermogen van FFT door deze lidstaat te laag was geraamd en het bedrag van de door FFT verschuldigde belasting was verlaagd.¹⁸

22. Ten derde was de Commissie van mening dat de belastingadviseur van FFT op het resterende vermogen van deze vennootschap een aantal verminderingen had toegepast die afweken van een marktconforme uitkomst. Zij heeft dienaangaande met name geoordeeld dat de beslissing van de belastingadviseur om de component van het eigen vermogen met de aanduiding „kapitaal ter

¹⁴ Overwegingen 225 en 226 van het litigieuze besluit.

¹⁵ Overwegingen 222 tot en met 227 van het litigieuze besluit.

¹⁶ Overwegingen 234 tot en met 301 van het litigieuze besluit.

¹⁷ Overwegingen 248 tot en met 266 van het litigieuze besluit.

¹⁸ Overwegingen 267 tot en met 276 van het litigieuze besluit.

dekking van de financiële investeringen in [Fiat Finance North America Inc. (hierna: ‚FFNA’) en [Fiat Finance Canada (hierna: ‚FFC’)]” uit het geheel te halen en daaraan voor de bepaling van de heffingsgrondslag van FFT een vergoeding van nihil toe te kennen, niet passend was.¹⁹

23. Ten vierde was de Commissie van mening dat de keuze van de belastingadviseur om bij de toepassing van het CAPM een bèta van 0,29 te hanteren voor de vaststelling van het op het hypothetisch toetsingsvermogen van FFT toe te passen rendement op eigen vermogen, een toewijzing van winst aan deze vennootschap meebracht die niet in overeenstemming was met het zakelijkheidsbeginsel.²⁰

24. Zo was de Commissie met name van oordeel dat, ten eerste, het niveau van de passende vergoeding voor de financierings- en treasuryfuncties van FFT moest worden vastgesteld op basis van het boekhoudkundig eigen vermogen, ten tweede, 2012 een passend referentiejaar was om de heffingsgrondslag van FFT in Luxemburg te bepalen, ten derde, het rendement op eigen vermogen vóór belasting van 6,05 % (en het rendement ná belasting van 4,3 %), dat bij de betrokken ruling was aanvaard en was berekend volgens het CAPM, veel lager was dan de in de financiële sector verlangde vermogensrendementen, die steeds 10 % en hoger waren gebleven, en, ten vierde, het verlangde rendement op eigen vermogen, na belastingen toegepast op het volledige bedrag van het boekhoudkundig eigen vermogen, 10 % was.²¹

25. Subsidiair was de Commissie van mening dat de betrokken ruling hoe dan ook een selectief voordeel opleverde, ook in het licht van het beperktere referentiekader waarop het Groothertogdom Luxemburg en FFT zich beriepen, dat bestond uit artikel 164, lid 3, van het belastingwetboek en circulaire nr. 164/2, waarmee het zakelijkheidsbeginsel werd vastgelegd in het Luxemburgse belastingrecht.²² Voorts heeft de Commissie het argument van FFT afgewezen dat, om aan te tonen dat de betrokken ruling tot een selectieve behandeling in haar voordeel leidde, de Commissie die ruling had moeten vergelijken met de praktijk van de Luxemburgse belastingdienst op grond van de circulaire en met name met de aan andere financieringsmaatschappijen toegekende rulings die het Groothertogdom Luxemburg aan de Commissie heeft meegedeeld bij wijze van representatief voorbeeld van zijn rullingpraktijk.²³

26. In de derde stap van haar analyse heeft de Commissie opgemerkt dat noch het Groothertogdom Luxemburg noch FFT enige grond had aangevoerd die de uit de betrokken ruling voortvloeiende selectieve behandeling van FFT kon rechtvaardigen, en dat de Commissie hoe dan ook geen enkele grond had kunnen vaststellen die kon worden geacht rechtstreeks uit de basisbeginselen van het referentiekader voort te vloeien of het resultaat te zijn van aan dat stelsel inherente mechanismen die nodig waren voor de werking en de relevantie ervan.²⁴

27. De Commissie is tot de slotsom gekomen dat via de betrokken ruling een selectief voordeel aan FFT was toegekend en dat deze ruling dus staatssteun vormde in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

¹⁹ Overwegingen 277 tot en met 291 van het litigieuze besluit.

²⁰ Overwegingen 292 tot en met 301 van het litigieuze besluit.

²¹ Overwegingen 302 tot en met 311 van het litigieuze besluit.

²² Overwegingen 315 tot en met 317 van het litigieuze besluit.

²³ Overwegingen 318 tot en met 336 van het litigieuze besluit.

²⁴ Overwegingen 337 en 338 van het litigieuze besluit.

28. Volgens de Commissie was de begunstigde van dit voordeel het Fiat/Chrysler-autoconcern als geheel, aangezien FFT een economische eenheid vormde met de andere entiteiten van dit concern en de vermindering van de door FFT verschuldigde belasting noodzakelijkerwijs had geleid tot een verlaging van de prijsvoorwaarden van door FFT binnen het concern toegekende leningen.²⁵

C. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

29. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 december 2015, heeft het Groothertogdom Luxemburg in zaak T-755/15 beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit.

30. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 december 2015, heeft FFT in zaak T-759/15 beroep ingesteld, eveneens tot nietigverklaring van het litigieuze besluit.

31. Bij beschikkingen van 25 mei 2016 en 18 juli 2016 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht de interventieverzoeken van Ierland en het Verenigd Koninkrijk in de zaken T-755/15 en T-759/15 toegewezen. Aangezien het Verenigd Koninkrijk, bij akte neergelegd ter griffie van het Gerecht op 9 december 2016, zijn interventie heeft ingetrokken, is het bij beschikking van de president van de Zevende kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 15 december 2016 geschrapt als interveniënt in beide zaken.

32. Bij beschikking van de president van de Zevende kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 27 april 2018 zijn de zaken T-755/15 en T-759/15, partijen gehoord, gevoegd voor de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Voorts heeft het Gerecht, partijen ter terechtzitting gehoord, beslist dat de zaken T-755/15 en T-759/15, overeenkomstig die bepaling, wegens verknochtheid dienen te worden gevoegd voor het eindarrest.

33. Tot staving van hun beroep hebben FFT en het Groothertogdom Luxemburg vijf reeksen middelen aangevoerd die in essentie waren gebaseerd op:

- voor de eerste reeks, schending van de artikelen 4 en 5 VEU, voor zover de analyse van de Commissie tot een verkapte belastingharmonisatie leidt (derde onderdeel van het eerste middel in zaak T-755/15);
- voor de tweede reeks, schending van artikel 107 VWEU, van de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU en van de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, voor zover de Commissie van mening was dat de betrokken ruling een voordeel opleverde, met name op grond dat die ruling niet in overeenstemming was met het zakelijkheidsbeginsel (tweede onderdeel van het eerste middel en eerste onderdeel van het tweede middel in zaak T-755/15, tweede en derde grief van het eerste onderdeel van het eerste middel, eerste onderdeel van het tweede middel, derde middel en vierde middel in zaak T-759/15);
- voor de derde reeks, schending van artikel 107 VWEU voor zover de Commissie heeft vastgesteld dat dit voordeel selectief was (eerste onderdeel van het eerste middel in zaak T-755/15 en eerste grief van het eerste onderdeel van het eerste middel in zaak T-759/15);

²⁵ Overwegingen 341 tot en met 345 van het litigieuze besluit.

- voor de vierde reeks, schending van artikel 107 VWEU en van de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU, voor zover de Commissie heeft vastgesteld dat de betrokken maatregel de mededinging beperkte en het handelsverkeer tussen de lidstaten vervalste (tweede onderdeel van het tweede middel in zaak T-755/15 en tweede onderdeel van het eerste en het tweede middel in zaak T-759/15);
- voor de vijfde reeks, schending van het rechtszekerheidsbeginsel en van de rechten van de verdediging, voor zover de Commissie de terugvordering van de betrokken steun heeft gelast (derde middel in zaak T-759/15).

34. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht al deze middelen en bijgevolg de beroepen in de zaken T-755/15 en T-759/15 in hun geheel verworpen.

35. Wat de tweede reeks middelen betreft, en met name de middelen die waren ontleend aan de onjuiste toepassing van het zakelijkheidsbeginsel op het toezicht op staatssteun, heeft het Gerecht allereerst opgemerkt dat in de context van de vaststelling van de fiscale situatie van een geïntegreerde vennootschap, de prijzen van intragroepstransacties niet onder marktvoorwaarden zijn bepaald. Vervolgens heeft het geoordeeld dat, om vast te stellen of er sprake is van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, de Commissie de uit de toepassing van een belastingmaatregel voortvloeiende belastingdruk van die geïntegreerde onderneming mag vergelijken met de uit de toepassing van de normale nationale belastingregels voortvloeiende belastingdruk van een onderneming die haar activiteiten onder marktvoorwaarden uitoefent, wanneer het nationale belastingrecht geen onderscheid maakt tussen geïntegreerde en onafhankelijke ondernemingen voor hun onderwerping aan de vennootschapsbelasting en dus beoogt de winst van eerstgenoemde ondernemingen te belasten alsof die winst voortvloeide uit tegen marktprijzen verrichte transacties.²⁶

36. In dit kader vormt het zakelijkheidsbeginsel, volgens het Gerecht, een „instrument” of een „ijkpunt” om te bepalen of door de nationale autoriteiten goedgekeurde prijzen van intragroepstransacties overeenkomen met de prijzen die onder marktvoorwaarden worden gehanteerd, teneinde te bepalen of een geïntegreerde vennootschap, op grond van een belastingmaatregel waarbij haar verrekenprijzen zijn vastgesteld, een voordeel geniet in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.²⁷

37. Vervolgens heeft het Gerecht opgemerkt dat de betrokken ruling in casu betrekking heeft op de vaststelling van de belastbare winst van FFT uit hoofde van het Luxemburgse belastingwetboek en dat dit wetboek erop gericht is de winst uit de economische activiteit van de geïntegreerde onderneming te belasten alsof deze voortvloeide uit transacties tegen marktprijzen. Het Gerecht heeft op basis van die vaststelling geoordeeld dat de Commissie de uit de toepassing van de betrokken ruling voortvloeiende belastbare winst van FFT kon vergelijken met de uit de toepassing van de normale regels van het Luxemburgse belastingrecht voortvloeiende belastbare winst van een onderneming die zich in een vergelijkbare feitelijke situatie bevindt en die haar activiteiten uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst.²⁸

38. Ten slotte heeft het Gerecht de argumenten van het Groothertogdom Luxemburg en van FFT, waarmee deze de laatstgenoemde conclusie aanvochten, afgewezen.

²⁶ Punten 140 en 141 van het bestreden arrest.

²⁷ Punt 143 van het bestreden arrest.

²⁸ Punten 145 en 148 van het bestreden arrest.

39. Wat de argumenten betreft volgens welke de Commissie geen enkele rechtsgrondslag aan haar zakelijkheidsbeginsel had gegeven en de inhoud ervan niet had gepreciseerd, heeft het Gerecht met betrekking tot het zakelijkheidsbeginsel bevestigd dat de Commissie wel degelijk had aangegeven, ten eerste, dat het zakelijkheidsbeginsel noodzakelijkerwijs deel uitmaakte van het onderzoek, uit hoofde van artikel 107, lid 1, VWEU, van de aan de vennootschappen van een concern toegekende belastingmaatregelen en, ten tweede, dat dit beginsel een algemeen beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de belastingheffing was dat binnen het toepassingsgebied van dit artikel van het Verdrag viel.²⁹ Wat de inhoud van het zakelijkheidsbeginsel betreft, was het Gerecht van oordeel dat dit blijkens het litigieuze besluit een instrument was waarmee kon worden nagegaan of intragroepstransacties werden vergoed alsof zij waren aangegaan tussen onafhankelijke ondernemingen.³⁰

40. Wat het argument betreft dat het in het litigieuze besluit toegepaste zakelijkheidsbeginsel een criterium was dat niet in het Luxemburgse belastingrecht voorkwam, zodat de Commissie daardoor dus feitelijk in staat werd gesteld een verkapte harmonisatie op het gebied van de directe belastingen tot stand te brengen die indruiste tegen de fiscale autonomie van de lidstaten, heeft het Gerecht geoordeeld dat dit argument ongegrond was daar het gebruik van dit beginsel was toegestaan aangezien de Luxemburgse belastingregels bepaalden dat geïntegreerde vennootschappen op dezelfde wijze werden belast als onafhankelijke vennootschappen.³¹

41. Wat het argument betreft dat de Commissie in het litigieuze besluit ten onrechte het bestaan van een algemeen beginsel van gelijke behandeling op het gebied van belastingheffing heeft bevestigd, heeft het Gerecht geoordeeld dat deze woorden van de Commissie niet uit hun context mogen worden gelicht en niet aldus mogen worden uitgelegd dat de Commissie het bestaan van een beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de belasting, dat inherent is aan artikel 107, lid 1, VWEU, zou hebben erkend.³²

42. Met betrekking tot het middel dat fouten werden gemaakt wat de berekeningsmethodologie voor de vaststelling van de vergoeding van FFT betreft, heeft het Gerecht in het litigieuze besluit geoordeeld dat de Commissie terecht had geoordeeld dat, ten eerste, het totale eigen vermogen van FFT in aanmerking had moeten worden genomen bij de berekening van de vergoeding voor haar groepsinterne financierings- en treasuryactiviteiten³³, ten tweede, het Groothertogdom Luxemburg het hypothetisch toetsingsvermogen van FFT niet als grondslag had mogen nemen voor de berekening van de risicovergoeding³⁴ en, ten derde, dat het Groothertogdom Luxemburg ten onrechte een deel van het eigen vermogen van FFT, ter hoogte van haar deelnemingen in haar dochterondernemingen, had uitgesloten van het vermogen dat in aanmerking moest worden genomen bij de vaststelling van de vergoeding van FFT voor haar groepsinterne financierings- en treasuryactiviteiten³⁵. Het Gerecht heeft derhalve vastgesteld dat de door de Luxemburgse belastingautoriteiten aanvaarde methode de vergoeding van FFT, op basis waarvan de door haar verschuldigde belasting was bepaald, had geminimaliseerd, waardoor aan deze vennootschap een economisch voordeel was verleend, zonder dat volgens het Gerecht de grief van het Groothertogdom Luxemburg behoefde te worden onderzocht die betrekking had op de fout die de Commissie zou hebben begaan bij de vaststelling van het rendementspercentage.

²⁹ Punt 150 van het bestreden arrest.

³⁰ Punt 155 van het bestreden arrest.

³¹ Punten 156 tot en met 158 van het bestreden arrest.

³² Punten 160 en 161 van het bestreden arrest.

³³ Punten 209 tot en met 251 van het bestreden arrest.

³⁴ Punten 252 tot en met 264 van het bestreden arrest.

³⁵ Punten 265 tot en met 278 van het bestreden arrest.

D. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen in hogere voorziening

43. In zijn hogere voorziening verzoekt Fiat Chrysler Finance Europe het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- het litigieuze besluit nietig te verklaren of, subsidiair, enkel en alleen indien het Hof zelf geen definitieve uitspraak kan doen, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten van Fiat Chrysler Finance Europe in de procedure in hogere voorziening en in de procedure voor het Gerecht.

44. De Commissie verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen, en
- Fiat Chrysler Finance Europe te verwijzen in de kosten.

45. Ierland verzoekt het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- het litigieuze besluit nietig te verklaren, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

46. Fiat Chrysler Finance Europe, Ierland, het Groothertogdom Luxemburg en de Commissie hebben hun mondelinge opmerkingen bij het Hof ingediend tijdens de terechtzitting die op 10 mei 2021 heeft plaatsgevonden voor de zaken C-885/19 P en C-898/19 P samen.

III. Hogere voorziening

47. Tot staving van haar hogere voorziening voert FFT, ondersteund door Ierland, drie middelen aan. Het eerste middel is ontleend aan schending van artikel 107, lid 1, VWEU, in die zin dat het Gerecht blijf zou hebben gegeven van verscheidene onjuiste opvattingen bij zijn onderzoek van de vraag of de verzoekster een economisch voordeel had genoten. Het tweede middel is ontleend aan een schending van de motiveringsplicht, in die zin dat het Gerecht de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel op incoherente en tegenstrijdige wijze zou hebben beoordeeld. Het derde middel is ontleend aan schending van het rechtszekerheidsbeginsel, in die zin dat het Gerecht, ten eerste, het onjuist gedefinieerde zakelijkheidsbeginsel zou hebben aanvaard zonder de reikwijdte of de inhoud ervan na te gaan en, ten tweede, heeft geoordeeld dat het vermoeden van selectiviteit moest worden toegepast op de betrokken ruling. Ter wille van de duidelijkheid en de samenhang zal ik eerst ingaan op het tweede door FFT aangevoerde middel.

A. Tweede middel

1. Argumenten van partijen

48. Met het eerste onderdeel van het tweede middel stelt FFT dat het bestreden arrest een incoherente en tegenstrijdige redenering bevat met betrekking tot het onderzoek van de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel van de Commissie. Hoewel het Gerecht de door de Commissie voorgestane benadering bevestigt, miskent het deze benadering op flagrante wijze door de toepassing van dit beginsel afhankelijk te stellen van de opnemingservaring in het recht van de betrokken lidstaat, zonder hiervoor enige uitleg of rechtvaardiging te geven. Bovendien verklaart het Gerecht dat het zakelijkheidsbeginsel van de Commissie noch uit het nationale recht noch uit de OESO voortvloeit, en dat het inherent is aan artikel 107 VWEU als beginsel van gelijke behandeling op het gebied van belastingheffing, maar voegt het daaraan toe dat dit artikel geen beginsel van gelijke behandeling op het gebied van belastingheffing bevat. Volgens FFT vormt deze warrige en incoherente argumentatie een motiveringsgebrek van het arrest.

49. Met het tweede onderdeel van het tweede middel stelt FFT, ten eerste, dat het Gerecht in punt 142 van het bestreden arrest ten onrechte de verwijzing in het litigieuze besluit naar het Forum 187-arrest³⁶ heeft bekrachtigd ter ondersteuning van de stelling dat het zakelijkheidsbeginsel van toepassing is ongeacht of het eerder in het nationale recht is opgenomen. FFT voert in dit verband tevens aan dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de gevolgen van de nieuwe aanpak voor de toepasselijkheid van het Forum 187-arrest. Ten tweede betoogt FFT dat de redenering van het Gerecht in het bestreden arrest een verward beeld geeft van de grondslag van het zakelijkheidsbeginsel. Hieruit volgt dat deze redenering kennelijk onjuist, incoherent en tegenstrijdig is, en schending oplevert van de motiveringsplicht die op het Gerecht rust.

50. De Commissie stelt dat het tweede middel moet worden afgewezen omdat het niet ter zake dient. Hoe dan ook moeten zowel het eerste als het tweede onderdeel van dit middel volgens de Commissie ongegrond worden verklaard. Wat het eerste onderdeel betreft, is de Commissie van mening dat dit berust op een selectieve en onjuiste lezing van het bestreden arrest en dat het derhalve moet worden afgewezen. Wat het tweede onderdeel betreft, voert de Commissie met name aan dat het Gerecht zich terecht op het Forum 187-arrest heeft gebaseerd ter ondersteuning van zijn conclusie over de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel.

2. Relevantie van het tweede middel

51. De Commissie is van mening dat het tweede middel geen doel treft aangezien dit middel, zelfs indien het wordt aanvaard, niet tot vernietiging van het bestreden arrest kan leiden. Dit middel is gebaseerd op de stelling dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn goedkeuring te verlenen aan het feit dat de Commissie een sui-generis-zakelijkheidsbeginsel heeft gebruikt ter ondersteuning van haar voornaamste conclusie dat er sprake is van een selectief voordeel. Zelfs indien deze stelling juist zou zijn, hetgeen de Commissie betwist, bevat het litigieuze besluit echter een subsidiair betoog dat op een andere rechtsgrondslag berust, namelijk artikel 164, lid 3, van het belastingwetboek en circulaire nr. 164/2, en welk betoog door het Gerecht is goedgekeurd zonder dat FFT opkomt tegen die goedkeuring.

³⁶ Arrest van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416; hierna: „Forum 187-arrest”).

52. In dit verband moet er allereerst aan worden herinnerd dat in de overwegingen 315 tot en met 317 van het litigieuze besluit een subsidiair betoog is opgenomen volgens hetwelk de betrokken ruling ook een selectief voordeel aan FFT toekent wanneer deze wordt onderzocht in het licht van het beperktere referentiekader dat bestaat uit alle geïntegreerde ondernemingen die verrekenprijzen toepassen en die binnen de werkingssfeer van de genoemde nationale bepalingen vallen. Dit betoog is door het Gerecht in wezen bekrachtigd in de punten 287 tot en met 299 van het bestreden arrest.

53. Het is evenwel duidelijk dat het Gerecht de kwestie van de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel hoofdzakelijk heeft onderzocht in de punten 140 tot en met 148 van het bestreden arrest, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de eventuele erkenning van de gegrondheid van het onderhavige middel geen gevolgen zou hebben voor het door het Gerecht in de punten 287 tot en met 299 van dit arrest subsidiair verrichte onderzoek. Bij nadere lezing van het bestreden arrest blijkt echter dat dit onderzoek niet kan worden geacht *los te staan en onafhankelijk te zijn* van de primaire redenering van het Gerecht die is weergegeven in de punten 140 tot en met 148 van dat arrest.

54. Bij de beoordeling van het subsidiaire betoog van de Commissie heeft het Gerecht immers erkend dat de Commissie bepaalde elementen van de analyse uit haar primaire betoog terecht had overgenomen. In de punten 292 en 294 van het bestreden arrest heeft het met name vastgesteld dat het subsidiaire betoog van de Commissie was gebaseerd op haar primair onderzoek van de betrokken ruling en in het bijzonder op punt 7.2.2 van het litigieuze besluit, dat volgens mij de uiteenzettingen van de Commissie bevat inzake de rechtsgrondslag en de reikwijdte van het zakelijkheidsbeginsel en inzake de toepassing van dit beginsel op de onderhavige zaak.³⁷ Aangezien de rechtsgrondslag van het subsidiaire betoog van de Commissie, zoals bekrachtigd door het Gerecht, voortvloeit uit haar primair verricht onderzoek, kan dit subsidiaire betoog de onrechtmatigheid van het primaire betoog juridisch niet overleven. Met andere woorden, indien het tweede door FFT aangevoerde middel zou worden aanvaard, waardoor de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel ongeldig zou worden verklaard, zou dit subsidiaire betoog eveneens blijken geven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat de conclusie van het litigieuze besluit, zoals bevestigd bij het bestreden arrest, niet langer geldig zou zijn.

55. Ik ben derhalve van mening dat het tweede middel in deze hogere voorziening niet als irrelevant kan worden beschouwd.

3. Gegrondheid van het eerste onderdeel

56. Vooraf zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak uit de motivering van een arrest van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig zijn redenering moet blijken, zodat de betrokkenen kennis kunnen nemen van de gronden van de gegeven beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen.³⁸

57. Het Hof dient derhalve na te gaan of de motivering van het bestreden arrest betreffende de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming is met de door die rechtspraak gestelde voorwaarden. Deze vraag moet, naar mijn mening, bevestigend worden beantwoord om de hierna uiteengezette redenen.

³⁷ Zie punt 7.2.2.1 van het litigieuze besluit („Selectief voordeel door een afwijking van het zakelijkheidsbeginsel”).

³⁸ Zie arrest van 29 april 2021, Achemos Grupé en Achema/Commissie (C-847/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2021:343, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de kritiek die FFT in haar hogere voorziening heeft geuit, hoofdzakelijk is gericht tegen de punten 149 tot en met 162 van het bestreden arrest. Naar mijn mening kan echter niet worden betwist dat de kern van de redenering van het Gerecht betreffende de rechtsgrondslag van het in het litigieuze besluit toegepaste zakelijkheidsbeginsel veeleer te vinden is in de punten 140 tot en met 148 van dit arrest.

59. Zoals ik hierboven reeds in herinnering heb gebracht, heeft het Gerecht er in punt 140 van dat arrest in wezen op gewezen dat de belastingdruk die een geïntegreerde vennootschap treft, niet afhangt van marktvoorwaarden doordat de prijzen van intragroepstransacties tussen vennootschappen van eenzelfde concern worden overeengekomen. Vervolgens heeft het Gerecht, in punt 141 van het bestreden arrest, opgemerkt dat, wanneer een belastingmaatregel wordt toegekend aan een geïntegreerde onderneming, de Commissie kan nagaan of er sprake is van een economisch voordeel door de uit de toepassing van deze maatregel voortvloeiende belastingdruk te vergelijken met de uit de toepassing van de normale nationale belastingregels voortvloeiende belastingdruk van een onderneming die in een vergelijkbare feitelijke situatie verkeert.

60. Alvorens de inhoud van het in het litigieuze besluit gehanteerde zakelijkheidsbeginsel uiteen te zetten, heeft het Gerecht in datzelfde punt verklaard dat dit beginsel van toepassing is „[w]anneer het nationale belastingrecht geen onderscheid maakt tussen geïntegreerde en onafhankelijke ondernemingen voor hun onderwerping aan de vennootschapsbelasting”, aangezien dit recht in een dergelijk geval beoogt „de winst die voortvloeit uit de economische activiteit van een dergelijke geïntegreerde onderneming te belasten alsof die winst voortvloeide uit tegen marktprijzen verrichte transacties”. Aldus blijkt uit het bestreden arrest duidelijk dat de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel te vinden is in het nationale recht, en meer bepaald in het feit dat uit dit recht de doelstelling van de nationale wetgever blijkt om geïntegreerde vennootschappen voor de vennootschapsbelasting op dezelfde wijze te behandelen als onafhankelijke vennootschappen. Het is juist dat het Gerecht in punt 142 van het bestreden arrest naar het Forum 187-arrest verwijst, maar deze verwijzing dient enkel ter ondersteuning van de conclusies die het dan reeds getrokken heeft.

61. Na op die manier de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel te hebben vastgesteld en in de punten 143 en 144 van het bestreden arrest te hebben uiteengezet wat de rol van dit beginsel is bij het vaststellen of er sprake is van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, heeft het Gerecht in punt 145 van dit arrest geoordeeld dat dit beginsel in casu van toepassing is aangezien het Luxemburgse belastingwetboek juist tot doel heeft geïntegreerde ondernemingen en onafhankelijke ondernemingen op dezelfde wijze te belasten wat de vennootschapsbelasting betreft. In punt 147 van het bestreden arrest heeft het Gerecht hieraan toegevoegd dat de Commissie bij de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel weliswaar niet gebonden is door de OESO-richtsnoeren, maar dat deze richtsnoeren „een bepaald praktisch belang hebben voor de uitlegging van kwesties die verband houden met verrekenprijzen”.

62. Gelet op een en ander geven de overwegingen van het Gerecht in de punten 149 tot en met 162 van het bestreden arrest, die zijn toegevoegd om rekening te houden met bepaalde door FFT en het Groothertogdom Luxemburg in eerste aanleg aangevoerde argumenten, geen blijk van incoherentie of innerlijke tegenstrijdigheid.

63. In dit verband dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat er geen enkele tegenstrijdigheid bestaat tussen de stelling dat het zakelijkheidsbeginsel zoals omschreven in het litigieuze besluit „losstaat van de opneming van een dergelijk beginsel in het nationale

rechtsstelsel”, die blijkt uit de overwegingen 228 en 229 van dit besluit en die door het Gerecht in wezen wordt bekrachtigd in de punten 149 en volgende van het bestreden arrest, en de opvatting dat dit beginsel in casu van toepassing is omdat het „inherent is aan het gewone belastingstelsel van het nationale recht”, in de woorden die de Commissie ter terechtzitting voor het Gerecht heeft gebruikt en die het Gerecht heeft overgenomen in punt 152 van het bestreden arrest.

64. Naar mijn mening moeten deze in punt 152 van het bestreden arrest weergegeven woorden worden gelijkgesteld met die van de eerste volzin van punt 141 van dit arrest. Anders gezegd, het zou onjuist zijn om die woorden aldus op te vatten, zoals FFT doet, dat het Gerecht de mogelijkheid om een beroep te doen op het in het litigieuze besluit toegepaste zakelijkheidsbeginsel afhankelijk heeft gesteld van de voorafgaande omzetting van dit beginsel in het nationale recht. Het Gerecht heeft integendeel geoordeeld dat het zakelijkheidsbeginsel van toepassing is ongeacht of het *uitdrukkelijk* in het nationale recht is *gecodificeerd*, voor zover kan worden vastgesteld dat het nationale belastingstelsel inzake vennootschapsbelasting *beoogt* geïntegreerde vennootschappen fiscaal gelijk te stellen met onafhankelijke vennootschappen, hetgeen volledig in overeenstemming is met de inhoud van punt 149 van het bestreden arrest.

65. In de tweede plaats ben ik van mening dat de duidelijkheid en de coherentie van de redenering van het Gerecht inzake de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel ook niet worden afgezwakt, zoals FFT stelt, door het feit dat het Gerecht in de punten 147 en 149 van dit arrest de stelling van de Commissie heeft bekrachtigd dat het in het litigieuze besluit toegepaste zakelijkheidsbeginsel verschilt van dat van de OESO. In dit verband wil ik benadrukken dat uit de redenering als geheel blijkt dat het Gerecht niet heeft geoordeeld dat de rechtsgrondslag van dit zakelijkheidsbeginsel was gelegen in een gecodificeerde norm die noodzakelijkerwijs zou zijn ingevoerd om het binnen de OESO ontwikkelde zakelijkheidsbeginsel om te zetten in het nationale belastingrecht.

66. In de derde en laatste plaats stel ik vast dat de door FFT aangevoerde incoherentie tussen de punten 150 en 161 van het bestreden arrest berust op een onjuist begrip van deze punten. Het is daarom nuttig de bewoordingen ervan te onderzoeken.

67. In punt 150 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard dat de Commissie in overweging 228 van het litigieuze besluit heeft aangegeven dat het zakelijkheidsbeginsel „een algemeen beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de belastingheffing is *dat binnen het toepassingsgebied van artikel 107 VWEU valt*”³⁹. In punt 161 van dit arrest heeft het Gerecht geantwoord op een grief van Ierland en FFT door aan te geven deze omschrijving van dat beginsel niet aldus kan worden opgevat dat daaruit zou kunnen worden afgeleid dat er een „algemeen beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de belasting bestaat *dat inherent is aan artikel 107, lid 1, VWEU*”⁴⁰.

68. Anders dan FFT stelt, betekent overweging 228 van het litigieuze besluit, zoals deze is weergegeven in punt 150 van het bestreden arrest, niet noodzakelijk dat het zakelijkheidsbeginsel voortvloeit uit artikel 107, lid 1, VWEU. Het komt mij integendeel voor dat het Gerecht in punt 161 van het bestreden arrest een dergelijke uitlegging van deze overweging heeft verworpen, geheel in overeenstemming met de eerder in punt 141 van het bestreden arrest geformuleerde conclusie dat de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel te vinden is in het nationale recht, en met name in het feit dat dit recht uitdrukking geeft aan de bedoeling van de nationale wetgever om geïntegreerde vennootschappen voor hun onderwerping aan de vennootschapsbelasting op

³⁹ Cursivering van mij.

⁴⁰ Cursivering van mij.

dezelfde wijze te behandelen als onafhankelijke vennootschappen. De vraag of deze rechtsgrondslag in overeenstemming is met de relevante rechtspraak, is niet het voorwerp van dit middel van de hogere voorziening.

69. Voor zover de door het Gerecht met betrekking tot de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel ontwikkelde motivering aldus voldoet aan de door de rechtspraak gestelde voorwaarden van duidelijkheid en coherentie, ben ik van mening dat het Hof het eerste onderdeel van het onderhavige middel dient af te wijzen.

4. *Gegrontheid van het tweede onderdeel*

70. Het tweede onderdeel van het tweede middel houdt eveneens verband met het betoog van FFT dat de motivering van het bestreden arrest incoherent en tegenstrijdig is.

71. In haar eerste grief stelt FFT dat deze schending van de motiveringsplicht te wijten is aan een onjuiste opvatting van de draagwijdte van het Forum 187-arrest.

72. In dit verband zij eraan herinnerd dat de Commissie in het litigieuze besluit heeft geoordeeld dat het Hof in het Forum 187-arrest heeft bevestigd dat het zakelijkheidsbeginsel kan worden gebruikt om te bepalen of een fiscale maatregel tot vaststelling van een methode voor het berekenen van de belastbare winst van een groepsonderneming aanleiding geeft tot een selectief voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.⁴¹

73. FFT is van mening dat het Gerecht punt 95 van het Forum 187-arrest uit zijn context heeft gelicht door in punt 142 van het bestreden arrest te verklaren dat het Hof heeft erkend dat een steunregeling die een afwijking vormt, moet worden vergeleken met „de algemene regeling, die is gebaseerd op het verschil tussen de lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst”. Volgens FFT gaat deze verklaring voorbij aan de juridische context van die zaak, waarin de „algemene regeling” (het nationale belastingrecht) zelf een dergelijk onderzoek eiste.

74. Nagegaan moet worden of dit standpunt kan worden gedeeld.

75. In de zaak die tot voornoemd arrest heeft geleid, diende het Hof een beschikking te onderzoeken waarbij de Commissie had geconcludeerd dat de belastingregeling die in België voor erkende coördinatiecentra gold, een staatssteunregeling was die niet verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.⁴² Een van de vele economische voordelen die deze coördinatiecentra in het kader van deze belastingregeling genoten, was de methode om hun belastbaar inkomen te bepalen. De belastbare winst werd forfaitair vastgesteld volgens de zogenoemde „cost plus”-methode en bedroeg een percentage van de uitgaven en de bedrijfskosten, waarvan met name de personeelskosten en de financiële lasten werden uitgesloten. Bij gebreke van enige informatie over de uitgeoefende activiteit, was het in aanmerking te nemen percentage van de winst vastgesteld op 8 %. De op die wijze vastgestelde winst werd belast tegen het normale tarief van de vennootschapsbelasting.

⁴¹ Zie in dit verband overweging 225 van het litigieuze besluit.

⁴² Beschikking 2003/755/EG van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra (PB 2003, L 282, blz. 25).

76. Om na te gaan of de genoemde belastingregeling de coördinatiecentra een voordeel verschafte, heeft het Hof het in de door het Gerecht in punt 142 van het bestreden arrest geciteerde passage noodzakelijk geacht diezelfde belastingregeling te vergelijken met de algemene regeling volgens welke het belastbaar inkomen van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst, overeenkomt met het verschil tussen de inkomsten en de lasten van deze onderneming.⁴³ Zo heeft het Hof geconcludeerd dat de uitsluiting van de personeelskosten en de financiële lasten, die op doorslaggevende wijze bijdroegen aan de verwezenlijking van de inkomsten van de coördinatiecentra, uit de kosten aan de hand waarvan de belastbare inkomsten van deze centra werden vastgesteld, „niet [kon] leiden tot verrekenprijzen die in de buurt [lagen] van die welke zouden [zijn] gehanteerd in een omgeving waarin vrije mededinging [heerste]”⁴⁴.

77. Volgens de Commissie lijkt het geen twijfel dat het Hof op die wijze het zakelijkheidsbeginsel heeft toegepast. Hoewel dit beginsel niet wordt vermeld in de punten 95 en 96 van het Forum 187-arrest, is de Commissie van mening dat het gebruik van de termen „die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst” in punt 95 en „verrekenprijzen” in punt 96 geen ruimte laat voor andere interpretaties.

78. Wat de rechtsgrondslag voor de toepassing van dat beginsel betreft, is de Commissie het met FFT eens dat het Hof in het Forum 187-arrest de fiscale behandeling van de coördinatiecentra heeft vergeleken met de gewone regels van het Belgische recht. Zij voegt hier evenwel aan toe dat de reden waarom het Hof de fiscale behandeling van onafhankelijke vennootschappen als ijkpunt heeft genomen om het bestaan van een voordeel voor deze centra vast te stellen, dezelfde reden was als die welke het Gerecht in aanmerking heeft genomen in de punten 141 en 145 van het bestreden arrest, namelijk dat het ultieme doel van het betrokken nationale belastingstelsel erin bestond te garanderen dat de belastinggrondslag van geïntegreerde vennootschappen op dezelfde wijze werd beoordeeld als die van onafhankelijke vennootschappen.

79. Deze uitlegging van het Forum 187-arrest is naar mijn mening niet overtuigend.

80. In dit arrest wordt nergens gesteld dat de lidstaten verplicht zijn het zakelijkheidsbeginsel toe te passen wanneer dit beginsel niet in het nationale recht is opgenomen. Dit is volgens mij niet verwonderlijk, aangezien het niet deze rechtsvraag was die het voorwerp was van de door het Hof te verstrekken uitlegging.

81. Dit blijkt duidelijk uit de opbouw van de redenering van het Hof in dat arrest. Het Hof herinnert in de punten 91 tot en met 93 allereerst aan de wezenlijke kenmerken van de methode voor de vaststelling van de belastbare winst, zoals deze voortvloeit uit de belastingregeling die is vastgesteld bij koninklijk besluit nr. 187 van 30 december 1982 betreffende de oprichting van coördinatiecentra⁴⁵. Vervolgens merkt het in punt 94 op dat deze methode „is geïnspireerd door de zogenoemde ‚cost plus’-methode die wordt voorgestaan door de [OESO] voor de belasting van de diensten die werden verricht door een dochteronderneming of een vaste inrichting voor rekening van de in andere staten gevestigde vennootschappen die tot dezelfde groep behoren”, alvorens in de punten 95 en 96 in wezen te concluderen dat het bedrag van de belastbare inkomsten dat voortvloeide uit de toepassing van die belastingregeling moest worden vergeleken met het bedrag dat voortvloeide uit de toepassing van de algemene regeling.

⁴³ Forum 187-arrest, punt 95.

⁴⁴ Forum 187-arrest, punt 96.

⁴⁵ *Belgisch Staatsblad*, 13 januari 1983.

82. Hieruit volgt dat de Belgische wetgever in het nationale recht een methode had opgenomen die vergelijkbaar was met de cost-plusmethode, die een van de methoden voor het berekenen van de verrekenprijzen is die door de OESO worden aanbevolen voor de indirecte vaststelling van de zakelijke prijs van een intragroepstransactie. Zoals advocaat-generaal Léger in punt 257 van zijn conclusie in die zaak heeft benadrukt, had de verzoekende partij niet betwist dat de vraag of er sprake was van een voordeel, moest worden beoordeeld aan de hand van het aan de cost-plusmethode van de OESO ten grondslag liggende criterium dat de verrekenprijzen zo moeten worden vastgesteld dat zij overeenkomen met de prijzen die onder normale mededingingsvoorwaarden worden toegepast.⁴⁶ Bovendien blijkt uit de beschikking van de Commissie dat de Belgische administratie zich bij de vaststelling van die prijzen moest baseren op de OESO-verslagen.⁴⁷

83. Het Hof lijkt zich volgens mij dan ook uit te spreken over een rechtsvraag waarvan de opneming van het zakelijkheidsbeginsel in het nationale recht de logische premisse is. Zodra een lidstaat ervoor kiest om in zijn nationale recht een methode voor de vaststelling van de belastbare winst van geïntegreerde vennootschappen op te nemen die vergelijkbaar is met de cost-plusmethode van de OESO *en die dus beoogt deze vennootschappen te belasten op een grondslag die vergelijkbaar is met die welke zou voortvloeien uit de toepassing van de algemene regeling*, verleent deze lidstaat deze vennootschappen een economisch voordeel wanneer hij in die methode bepalingen opneemt die de belastingdruk verminderen die normaliter krachtens die regeling op die vennootschappen zou rusten.

84. Volgens mij levert de onjuiste verwijzing naar het Forum 187-arrest op zich echter geen incoherentie of tegenstrijdigheid op in de redenering van het Gerecht wat de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel betreft, daar deze verwijzing niet de noodzakelijke ondersteuning vormt van de argumentatie die is ontwikkeld in het bestreden arrest.

85. Wat de tweede grief betreft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat FFT verwijst naar de punten 152 en 153 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht in wezen heeft geoordeeld dat het argument dat de Commissie ter terechtzitting het door haar ingenomen standpunt zou hebben gewijzigd („het zakelijkheidsbeginsel [is] inherent [...] aan het gewone belastingstelsel van het nationale recht”) hoe dan ook niet kon afdoen aan de vaststelling dat uit het litigieuze besluit blijkt dat het zakelijkheidsbeginsel „een rol speelt bij het onderzoek van een nationale belastingmaatregel uit hoofde van artikel 107, lid 1, VWEU”.

86. Wat het argument betreft dat niet is onderzocht welke gevolgen de wijziging van het standpunt van de Commissie had voor de vraag of op goede gronden naar het Forum 187-arrest kan worden verwezen tot staving van een conclusie die in wezen overeenkomt met die welke in het litigieuze besluit is getrokken over de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel, moet worden opgemerkt dat FFT niet kan stellen, zoals zij dit heeft gedaan, dat de Commissie enerzijds is teruggekomen op het standpunt dat zij in het litigieuze besluit had ingenomen en dat het Gerecht dit argument anderzijds ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten. Ik ben het eens met de in punt 153 van het bestreden arrest verrichte vaststelling dat de Commissie niet

⁴⁶ Conclusie van advocaat-generaal Léger in de gevoegde zaken België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:89).

⁴⁷ Overweging 95 van beschikking 2003/757/EG van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra (PB 2003, L 282, blz. 25). In dit verband verwijst de Commissie naar nr. 26/48 van de commentaar op het Belgische Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

gerechtigd is om het in het litigieuze besluit ingenomen standpunt te wijzigen in de fase van de terechtzitting.⁴⁸ Bijgevolg kon het Gerecht het ter terechtzitting naar voren gebrachte argument niet in zijn redenering betrekken.

87. Wat betreft het onduidelijke beeld van de oorsprong van het zakelijkheidsbeginsel dat in het bestreden arrest zou zijn gegeven, komt het mij voor dat FFT niet alleen naar de punten 152 en 153 van dit arrest verwijst, maar ook naar de punten 150, 151 en 161 ervan. In die punten heeft het Gerecht geoordeeld dat de argumenten betreffende het ontbreken van enige aanduiding van de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel in het litigieuze besluit en de onnauwkeurige kwalificatie ervan als „algemeen beginsel van gelijke behandeling op het gebied van belastingheffing” niet konden afdoen aan de redenering die het in de punten 140 tot en met 148 van het bestreden arrest had ontwikkeld.

88. Het Gerecht was met name van oordeel dat het litigieuze besluit het zakelijkheidsbeginsel had aangemerkt als een „instrument” dat kon worden gebruikt in het kader van het onderzoek op grond van artikel 107, lid 1, VWEU, en als een algemeen beginsel van gelijke behandeling op het gebied van belastingheffing dat *valt onder* (en niet „inherent is aan”) deze Verdragsbepaling.

89. Het komt mij echter voor dat de punten 150 tot en met 153 en punt 161 volledig in overeenstemming zijn met de bespreking die het Gerecht met name in punt 141 van het bestreden arrest aan de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel heeft besteed. Voor zover in casu geen incoherentie of tegenstrijdigheid in de redenering van het Gerecht kan worden aangeklaagd, kom ik dan ook tot de slotsom dat deze tweede grief niet kan worden aanvaard.

90. Gelet op al deze overwegingen dient het tweede onderdeel van het tweede middel mijns inziens te worden afgewezen.

B. Eerste middel

1. Argumenten van partijen

91. In het eerste onderdeel van het eerste middel stelt FFT dat het Gerecht het juridische criterium aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of bij de betrokken ruling een verrekenprijsmethode wordt goedgekeurd die verder gaat dan de onnauwkeurigheden die inherent zijn aan deze methode, onjuist heeft toegepast.⁴⁹ Volgens FFT berusten de vermeende fouten die de in de betrokken ruling voor de berekening van de vergoeding van FFT toegepaste methode aantasten, op een fundamenteel onjuist begrip van de TNMM die is gebruikt om de hypothetische zakelijke winst van FFT te bepalen voor de activiteiten waarop deze ruling betrekking heeft. Met name mag niet uit het oog worden verloren dat de TNMM niet op alle activiteiten van een onderneming ziet, maar alleen op die waarmee zakelijke winst wordt nagestreefd. Voor zover FFT andere activiteiten verricht, zijn die dus irrelevant voor de toepassing van de TNMM.

⁴⁸ Anders dan FFT meent, wordt in punt 117 van het arrest van 25 juni 1998, *British Airways e.a./Commissie* (T-371/94 en T-394/94, EU:T:1998:140), waarnaar het Gerecht in punt 153 van het bestreden arrest verwijst ter ondersteuning van deze conclusie, geenszins gesteld dat de mondelinge verklaringen van de Commissie waarbij ter terechtzitting de motivering van het litigieuze besluit werd gewijzigd, niettemin in de redenering van het Gerecht in aanmerking kunnen worden genomen.

⁴⁹ FFT komt dus op tegen de analyse die het Gerecht in de punten 188 tot en met 286 van het bestreden arrest heeft verricht in het kader van het hoofdargument van de Commissie, en ook tegen de analyse die het Gerecht in de punten 287 tot en met 299 van dit arrest heeft verricht in het kader van het subsidiair aangevoerde argument.

92. FFT benadrukt dat het Gerecht niet kon concluderen dat met de betrokken ruling een methode werd goedgekeurd die verder ging dan de ruime beoordelingsmarge die op dit gebied noodzakelijkerwijs wordt gelaten gelet op de complexiteit van de financiële transacties en het subjectieve aspect dat inherent is aan de toepassing van de TNMM. De Commissie moet volgens FFT immers aantonen dat de vermeende methodologische fouten tot een aanzienlijke afwijking ten aanzien van een zakelijke uitkomst leiden.

93. Door geen rekening te houden met de omvang van de beoordelingsmarge die bij de uitwerking van de betrokken ruling moet worden erkend, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de eerste, de tweede en de vierde door de Commissie aangevoerde fout, doordat het de door deze instelling geformuleerde kritiek heeft aanvaard en aldus tot de slotsom is gekomen dat deze ruling FFT een voordeel verschafte.

94. Wat de eerste beweerde fout betreft, die betrekking heeft op de mogelijkheid om het vermogen van een geïntegreerde vennootschap op te splitsen naargelang de verschillende activiteiten ervan, meent FFT zich in wezen op het standpunt dat het Gerecht verschillende beoordelingsfouten heeft gemaakt door de conclusies van de Commissie over te nemen en door ervan uit te gaan dat FFT voor de toepassing van de TNMM haar totale boekhoudkundige eigen vermogen had moeten gebruiken. Aangaande de tweede gestelde fout, die verband houdt met de inaanmerkingneming van het hypothetisch toetsingsvermogen als indicator van het winstniveau voor de vergoeding van de risico's die verbonden zijn aan de groepsinterne financierings- en treasuryactiviteiten van FFT, betoogt FFT dat het feit dat uit dit vermogen geen rechten voortvloeien op de winst van de betrokken vennootschap en evenmin op de vergoeding voor de risico's die deze vennootschap draagt, irrelevant is. Wat de vierde gestelde fout betreft, die erin bestaat dat de deelnemingen van FFT in FFNA en FFC niet in aanmerking zijn genomen voor de berekening van de vergoeding van de financierings- en treasuryactiviteiten van FFT, zou de analyse van het Gerecht in punt 274 van het bestreden arrest blijk geven van twee onjuiste rechtsopvattingen, namelijk een omkering van de bewijslast en de vaststelling dat de uitsluiting van de deelnemingen van FFT in die dochterondernemingen belette dat een passende vergelijking kon worden gemaakt tussen FFT en andere op de markt actieve ondernemingen.

95. Volgens de Commissie moet het eerste onderdeel van het eerste middel evenwel niet-ontvankelijk worden verklaard. Wat de grond van de zaak betreft, verzet zij zich tegen alle door FFT aangevoerde argumenten en dient dit onderdeel haars inziens dan ook te worden afgewezen.

96. Met het tweede onderdeel van het eerste middel stelt FFT dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door alleen de fiscale gevolgen voor FFT in aanmerking te nemen om te bepalen of de betrokken ruling een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU opleverde. Op die manier heeft het Gerecht niet naar behoren rekening gehouden met de groepsinterne en grensoverschrijdende dimensie van de gevolgen van deze ruling voor het Fiat/Chrysler-concern. Het bestreden arrest, en meer bepaald de punten 317 en 318 ervan, zou dus zijn aangetast door twee reeksen vergissingen. Ten eerste zou het Gerecht ten onrechte hebben geconcludeerd dat FFT niet het bewijs had geleverd van de „neutralisering” van het voordeel op concernniveau. Ten tweede zou het Gerecht ten onrechte hebben geoordeeld dat het groepseffect buiten beschouwing kon worden gelaten bij het onderzoek naar het bestaan van een economisch voordeel. Wat dit laatste betreft, stelt FFT dat het Gerecht, door het groepseffect niet in aanmerking te nemen, een standpunt heeft ingenomen dat onverenigbaar is met zijn eigen verklaring dat ieder aan FFT toegekend voordeel een voordeel is ten gunste van het gehele Fiat/Chrysler-concern.

97. De Commissie is van mening dat het tweede onderdeel van het eerste middel als irrelevant moet worden beschouwd dan wel hoe dan ook ten gronde dient te worden afgewezen, aangezien geen enkel van de door FFT ter onderbouwing van dit onderdeel aangevoerde argumenten kan worden aanvaard.

2. Eerste onderdeel

a) Ontvankelijkheid

98. De Commissie stelt dat het eerste onderdeel van het eerste middel in zijn geheel niet-ontvankelijk is aangezien FFT, op basis van een nieuw feit of een nieuwe redenering, een nieuw onderzoek wenst te verkrijgen van de methodologische fouten die door de Commissie zijn vastgesteld in de verrekenprijsovereenkomst die bij de betrokken ruling is bekrachtigd.

99. In dit verband merkt de Commissie op dat de voornaamste kritiek van FFT is dat het Gerecht bij zijn onderzoek van de door de Commissie in het litigieuze besluit verrichte beoordeling geen rekening heeft gehouden met het feit dat FFT twee afzonderlijke activiteiten uitoefende, namelijk het beheer van de risico's die gepaard gaan met haar financierings- en treasuryactiviteiten en de verstrekking van groepsinterne financierings- en treasurydiensten. De Commissie erkent dat het Groothertogdom Luxemburg voor het Gerecht omstandig heeft aangevoerd dat de methodologische bezwaren van de Commissie tegen de toepassing van de TNMM in de verrekenprijsovereenkomst ongegrond waren, maar zij benadrukt dat deze lidstaat nooit het bovengenoemde onderscheid heeft gemaakt. Hieruit volgt dat FFT in deze hogere voorziening geen rechtsvraag opwerpt over de onjuiste toepassing van het juridische criterium ter verificatie van het bestaan van een voordeel in de onderhavige zaak, maar veeleer de toepassing van dit criterium bekritiseert op grond van een *beweerd feit* dat nooit aan het Gerecht is voorgelegd.

100. Gesteld al dat ervan zou kunnen worden uitgegaan dat dit beweerde feit blijkt uit de stukken die aan het Gerecht zijn overgelegd, moet volgens de Commissie worden geoordeeld dat het onderhavige onderdeel berust op een redenering die niet louter een verdere uitwerking is van een betoog dat reeds tijdens de procedure voor het Gerecht is ontwikkeld, maar een geheel nieuw argument betreft.

101. Vooraf dient in het kort te worden herinnerd aan de beginselen die het Hof in aanmerking moet nemen om uitspraak te kunnen doen over de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid.

102. Het standpunt van de Commissie is in wezen gebaseerd op vaste rechtspraak volgens welke het Hof enkel bevoegd is om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven op de middelen en de argumenten die zijn aangevoerd voor het Gerecht, zodat een partij in beginsel niet voor het eerst een middel voor het Hof mag aanvoeren dat zij niet voor het Gerecht heeft aangevoerd, aangezien haar anders in feite zou worden toegestaan om bij het Hof een geding aanhangig te maken met een ruimere strekking dan het geding waarvan het Gerecht kennis heeft genomen.⁵⁰

⁵⁰ Arrest van 4 maart 2021, Commissie/Fútbol Club Barcelona (C-362/19 P, EU:C:2021:169, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

103. Zoals FFT in haar memorie van repliek opmerkt, heeft het Hof ook herhaaldelijk verklaard dat een rekwirant in zijn hogere voorziening middelen kan aanvoeren die uit het bestreden arrest zelf voortvloeien en die ertoe strekken de gegrondheid van dit arrest in rechte te betwisten.⁵¹ De in het kader van de hogere voorziening ontwikkelde juridische argumentatie kan dus wel degelijk verschillen van de argumentatie in eerste aanleg⁵², aangezien in een dergelijk geval de middelen van de hogere voorziening niet met betrekking tot het besluit van de Commissie maar met betrekking tot het arrest van het Gerecht worden geformuleerd.

104. Zelfs aangenomen dat, zoals de Commissie stelt, het eerste onderdeel van het eerste middel in het onderhavige geval gebaseerd is op een „nieuw feit” of een „nieuwe redenering” ten opzichte van de feiten die zijn aangevoerd, respectievelijk de redeneringen die zijn ontwikkeld in de procedure in eerste aanleg, volstaat dit als zodanig niet om dit onderdeel niet-ontvankelijk te verklaren.

105. Uit dit onderdeel blijkt immers dat FFT het Gerecht verwijt dat het ten onrechte de conclusie van het litigieuze besluit heeft onderschreven dat de betrokken ruling een methode voor de vaststelling van verrekenprijzen had bekrachtigd *die verder ging dan de onnauwkeurigheden die inherent zijn aan een dergelijke methode*. FFT is met name van mening dat de door het Gerecht verrichte analyse van de inzake de vaststelling van de betrokken verrekenprijzen aangevoerde fouten berust op een fundamenteel onjuist begrip van de TNMM. Deze laatste zou niet tot doel hebben het winstniveau van de *totale* activiteit van een onderneming vast te stellen, maar alleen het winstniveau van de activiteit *waarvoor een zakelijke winst wordt nagestreefd*. Het is in dat kader dat het argument van FFT moet worden gezien waarmee zij het Gerecht verwijt dat het geen rekening heeft gehouden met de twee verschillende activiteiten die deze vennootschap uitoefent.

106. Met andere woorden, FFT beoogt met dit onderdeel argumenten naar voren te brengen die uit het bestreden arrest zelf voortvloeien⁵³ en die ertoe strekken de gegrondheid van dit arrest in rechte te betwisten. Meer in het bijzonder betwist zij de toepassing door het Gerecht van het juridische criterium dat wordt gebruikt om vast te stellen of een fiscale ruling zoals de betrokken ruling een voordeel verschaft. Volgens vaste rechtspraak is de vraag of het Gerecht een juridisch criterium, zoals het zakelijkheidsbeginsel, correct heeft toegepast, een rechtsvraag die door het Hof kan worden getoetst in het stadium van de hogere voorziening.⁵⁴

107. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het eerste onderdeel van het eerste middel niet van meet af aan in zijn geheel moet worden afgewezen, en ik verzoek het Hof dan ook dit onderdeel ontvankelijk te verklaren voor zover het betrekking heeft op een fout die het Gerecht zou hebben begaan bij de bekrachtiging van de redenering die in het litigieuze besluit is gevolgd met betrekking tot de toepassing van de TNMM in de onderhavige zaak.

⁵¹ Arrest van 19 maart 2020, ClientEarth/Commissie (C-612/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:223, punt 15).

⁵² Zie arrest van 19 juni 2014, FLS Plast/Commissie (C-243/12 P, EU:C:2014:2006, punten 47 en 48).

⁵³ Opgemerkt zij dat elk van de door FFT aangevoerde argumenten betrekking heeft op een specifiek punt van het bestreden arrest.

⁵⁴ Zie met betrekking tot het criterium van de particuliere schuldeiser, arrest van 20 september 2017, Commissie/Frucona Košice (C-300/16 P, EU:C:2017:706, punten 10-31).

b) Gegrondheid

1) Opmerkingen vooraf

108. Vooraf zij eraan herinnerd dat het Gerecht, in punt 141 van het bestreden arrest, heeft aangegeven dat de Commissie bij haar onderzoek of de betrokken ruling voor FFT een voordeel oplevert, „de uit de toepassing van die belastingmaatregel voortvloeiende belastingdruk van die geïntegreerde onderneming mag vergelijken met de uit de toepassing van de normale nationale belastingregels voortvloeiende belastingdruk van een onderneming die in een vergelijkbare feitelijke situatie verkeert en haar activiteiten onder marktvoorwaarden uitoefent”. Vervolgens heeft het Gerecht in punt 143 van dit arrest gepreciseerd dat, indien de nationale autoriteiten door middel van de betrokken belastingmaatregel een bepaald prijsniveau voor een intragroepstransactie hebben aanvaard, „artikel 107, lid 1, VWEU de Commissie [toestaat] om te controleren of dit prijsniveau overeenkomt met het prijsniveau dat onder marktvoorwaarden zou zijn gehanteerd, teneinde na te gaan of dit leidt tot een verlichting van de lasten die normaliter op de begroting van de betrokken onderneming drukken, waardoor haar dus een voordeel wordt toegekend in de zin van dit artikel”. Het zakelijkheidsbeginsel vormt derhalve volgens het Gerecht een „instrument” of een „ijkpunt” aan de hand waarvan de Commissie kan vaststellen of een geïntegreerde vennootschap op grond van een belastingmaatregel waarbij haar verrekenprijzen zijn vastgesteld, een voordeel geniet in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

109. Zoals blijkt uit punt 196 van het bestreden arrest heeft de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel door de Commissie in casu ertoe geleid dat is vastgesteld dat er sprake was van een voordeel doordat de door Luxemburgse belastingautoriteiten goedgekeurde methode voor de berekening van de vergoeding van FFT verscheidene fouten bevatte met betrekking tot het bedrag van het te vergoeden vermogen en het toe te passen rendementspercentage.

110. In de punten 197 tot en met 199 van dit arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat de vijf door de Commissie vastgestelde fouten respectievelijk betrekking hadden op, ten eerste, de keuze om het vermogen op te splitsen in drie categorieën waarop bepaalde rendementspercentages werden toegepast, ten tweede, het gebruik van het hypothetisch toetsingsvermogen als winstniveau-indicator, ten derde, indien wordt aangenomen dat dit gebruik is toegestaan, de overeenkomstige toepassing van het Bazel II-akkoord voor de vaststelling van de hoogte van het hypothetisch toetsingsvermogen van FFT, ten vierde, de aftrek van de deelnemingen in FFNA en FFC en, ten vijfde, de hoogte van het rendementspercentage van het te vergoeden vermogen, dat volgens de aan de hand van het CAPM verrichte berekening was vastgesteld op 6,05 %.

111. Ten slotte heeft het Gerecht in de punten 264 tot en met 284 van dit arrest de argumenten van het Groothertogdom Luxemburg betreffende de eerste, de tweede en de vierde door de Commissie geconstateerde fout onderzocht. Gelet op de conclusies van dit onderzoek heeft het Gerecht het niet nodig geacht zijn analyse uit te breiden tot de vraag of de argumenten die met betrekking tot de derde en de vijfde door de Commissie vastgestelde fout waren aangevoerd, gegrond waren.

112. Het Hof dient in het arrest dat het zal wijzen dus aan te geven of het Gerecht de conclusies van de Commissie met betrekking tot de eerste, de tweede en de vierde door de Commissie vastgestelde fout op goede gronden heeft bevestigd.

113. In dit verband zij er allereerst op gewezen dat het meningsverschil tussen partijen geen betrekking heeft op het doel of de inhoud van de methode die de Commissie in casu heeft gebruikt. Het wordt immers niet betwist dat de TNMM tot doel heeft de verrekenprijs vast te stellen van de *transacties* die tussen twee geïntegreerde vennootschappen zijn gesloten, en dat deze methode uit drie stappen bestaat. Ten eerste wordt de *activiteit* omschreven waarvoor de zakelijke prijs moet worden vastgesteld. Ten tweede wordt een passende grondslag gekozen, de zogenoemde *winstniveau-indicator*. Ten derde wordt op deze indicator een *rendementspercentage* toegepast dat overeenkomt met het percentage dat geldt voor vergelijkbare transacties op de vrije markt.

114. Partijen verschillen evenwel van mening over de keuze van de toepasselijke winstniveau-indicator. Terwijl FFT van mening is dat in de betrokken ruling als winstindicator terecht was uitgegaan van het vereiste toetsingsvermogen van de bankinstellingen, heeft het Gerecht het bestaan van de eerste, de derde en de vierde in het litigieuze besluit vastgestelde fout bevestigd op grond dat niet dit toetsingsvermogen, maar wel het totale eigen vermogen van FFT, dat ook het vermogen omvatte dat FFT in bepaalde dochterondernemingen van het concern bezat, in aanmerking moest worden genomen. Daarmee heeft het Gerecht volgens FFT niet naar behoren rekening gehouden met de beoordelingsmarge waarover de Luxemburgse belastingdienst beschikt bij de goedkeuring van verrekenprijzen.

2) Beoordeling

115. Alvorens de gegrondheid te onderzoeken van de grieven die FFT ten aanzien van het Gerecht aanvoert wegens het niet in acht nemen van de beoordelingsmarge waarover de nationale autoriteiten beschikken bij de toepassing van methoden zoals de TNMM, moeten volgens mij twee zaken worden verduidelijkt.

116. Wat de aard van het door het Gerecht verrichte rechterlijke toezicht betreft, heeft deze rechterlijke instantie in punt 207 van het bestreden arrest geoordeeld dat dit toezicht erin bestaat „na te gaan of de in het [litigieuze] besluit geïdentificeerde fouten, op basis waarvan de Commissie het bestaan van een voordeel heeft vastgesteld, *verder gaan dan de onnauwkeurigheden die inherent zijn aan de toepassing van een methode die beoogt een betrouwbare benadering van een marktconforme uitkomst op te leveren*”⁵⁵. Met andere woorden, het Gerecht dient na te gaan of de Commissie heeft aangetoond dat de door haar vastgestelde methodologische fouten eraan in de weg staan dat tot een betrouwbare benadering van een zakelijke uitkomst wordt gekomen doordat deze fouten hebben geleid tot een vermindering van de belastbare winst ten opzichte van de belastingdruk die voortvloeit uit de toepassing van de normale belastingregels van het nationale recht. Met deze omschrijving van de rechterlijke toetsing door het Gerecht moet naar mijn mening worden ingestemd, aangezien de eis dat de kwalificatie als staatssteun uitsluitend afhangt van de gevolgen van de betrokken overheidsmaatregel, aldus kan worden verzoend met de eis dat de nationale belastingautoriteiten een beoordelingsmarge wordt gelaten gelet op het approximatieve karakter van de methoden voor de berekening van de verrekenprijzen.

117. Wat de in het kader van dit toezicht aan de nationale belastingautoriteiten verleende beoordelingsmarge betreft, heeft het Gerecht in punt 204 van het bestreden arrest verklaard dat „de lidstaat bij de goedkeuring van de verrekenprijzen over een beoordelingsmarge beschikt”, en dat „deze beoordelingsmarge niet tot gevolg mag hebben dat aan de Commissie de bevoegdheid wordt ontnomen om te controleren of de betrokken verrekenprijzen er niet toe leiden dat een

⁵⁵ Cursivering van mij.

selectief voordeel wordt toegekend in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU”, waaraan het vervolgens heeft toegevoegd dat „[de Commissie] *[i]n die context*[,] [...] rekening [moet] houden met het feit dat het zakelijkheidsbeginsel haar in staat stelt na te gaan of een door een lidstaat goedgekeurde verrekenprijs overeenkomt met een betrouwbare benadering van een marktconforme uitkomst en of het verschil dat in het kader van dit onderzoek eventueel is vastgesteld niet verder gaat dan de onnauwkeurigheden die inherent zijn aan de methode die is toegepast om tot die benadering te komen”⁵⁶.

118. Het lijkt mij daarom noodzakelijk te ontkennen dat dit punt kan worden opgevat zoals FFT dat in haar hogere voorziening heeft gedaan, namelijk dat een nationale belastingadministratie bij de vaststelling van rulings noodzakelijkerwijs over een *ruime* beoordelingsmarge beschikt, hetgeen onvermijdelijk zou leiden tot een element van subjectiviteit met betrekking tot de manier waarop de methoden voor de vaststelling van verrekenprijzen in elk specifiek geval worden toegepast. Ik ben er immers van overtuigd dat dit punt eenvoudigweg aldus moet worden gelezen dat de nationale belastingautoriteiten over een beoordelingsmarge beschikken – die in het bestreden arrest geenszins als „ruim” wordt aangemerkt – wegens het *approximatieve karakter* van de methoden voor de berekening van de verrekenprijzen.

119. In deze omstandigheden moet worden onderzocht of de kritiek van FFT dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de drie fouten die de Luxemburgse belastingadministratie volgens de Commissie bij de toepassing van de TNMM zou hebben begaan, eraan in de weg staan dat tot een betrouwbare benadering van een zakelijke uitkomst wordt gekomen, gegrond is.

120. Wat de eerste fout betreft, die verband houdt met de keuze om het vermogen van FFT in drie categorieën op te splitsen, heeft het Gerecht de conclusies van de Commissie om twee redenen bevestigd. Ten eerste was de opsplitsing van het vermogen niet bedoeld om te voldoen aan het vereiste om te differentiëren tussen de functies van FFT.⁵⁷ Ten tweede berust deze opsplitsing op een zuiver kunstmatige analyse van het gebruik van het eigen vermogen van FFT.⁵⁸

121. Met betrekking tot deze redenen is de voornaamste kritiek van FFT gericht op punt 235 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht eerst opmerkt dat „[d]e drie categorieën eigen vermogen die bij de betrokken ruling zijn goedgekeurd, [...] respectievelijk de vergoeding voor risico’s, de vergoeding voor holdingactiviteiten en de vergoeding voor functies [betreffen]”, en vervolgens concludeert dat „[dit laatste] onderdeel [...] dus [overeenkomt] met *alle* activiteiten van FFT waarop de betrokken ruling betrekking heeft”⁵⁹. Volgens FFT is het Gerecht voorbijgegaan aan het feit dat zij *twee afzonderlijke activiteiten* uitoefent die op twee verschillende wijzen moeten worden vergoed, namelijk, ten eerste, het houden van activa van derden (vergoed door de „vergoeding voor risico’s”), en, ten tweede, het verstrekken van leningen binnen het Fiat/Chrysler-concern (vergoed door de „vergoeding voor functies”), en heeft het daarom ten onrechte geconcludeerd dat het vermogen van FFT niet had mogen worden opgesplitst voor de berekening van een zakelijke vergoeding. Aangezien FFT twee afzonderlijke activiteiten uitoefent, kon het Gerecht ook niet, zoals het in de punten 238 en 239 van dit arrest doet, oordelen dat het eigen vermogen van FFT in zijn geheel moest worden vergoed, zonder dat het hoefde te worden opgesplitst, op grond dat het totale eigen vermogen is blootgesteld aan risico’s en beschikbaar is ter ondersteuning van de solvabiliteit van deze vennootschap.

⁵⁶ Cursivering van mij.

⁵⁷ Punten 231 tot en met 236 van het bestreden arrest.

⁵⁸ Punten 237 tot en met 246 van het bestreden arrest.

⁵⁹ Cursivering van mij.

122. Het lijkt geen twijfel dat de redenering van FFT in beginsel in overeenstemming is met de logica van de TNMM. Zoals hierboven is uiteengezet, zijn de partijen in deze hogere voorziening het erover eens dat de eerste stap in deze methode bestaat in het omschrijven van de *activiteit* waarvoor de zakelijke prijs moet worden vastgesteld. Ik ben evenwel van mening dat de premisse van deze redenering, namelijk het feit dat FFT twee afzonderlijke activiteiten uitoefent, niet rechtens genoegzaam is aangetoond.

123. In dit verband is het van belang op te merken dat uit de stukken in het dossier blijkt dat FFT kennelijk moeite heeft om het in haar beroepschrift genoemde „houden van activa van derden” te omschrijven. Indien FFT, zoals het mij voorkomt, daarmee verwijst naar een activiteit die bestaat in het nemen van risico's in het kader van de financierings- en treasurydiensten die aan andere vennootschappen van het concern worden verstrekt, deel ik het standpunt van de Commissie dat er geen reëel onderscheid tussen deze activiteit en de activiteit van het verstrekken van diezelfde financierings- en treasurydiensten kan worden gemaakt, aangezien het daarbij gaat om twee bestanddelen van eenzelfde activiteit (of „functie”, in de bewoordingen van de OESO-richtsnoeren), namelijk groepsinterne financieringsactiviteiten en treasuryactiviteiten.

124. Het hoofdargument van FFT, en de argumenten die er logischerwijs mee samenhangen, zijn naar mijn mening dan ook ongegrond.

125. Met betrekking tot de reden dat de opsplitsing van het vermogen van FFT op een zuiver kunstmatige analyse van het gebruik van haar eigen vermogen berust, betoogt FFT dat het Gerecht niet op goede gronden kon verklaren, zoals het in punt 241 van het bestreden arrest heeft gedaan, dat „[d]e opsplitsing van het eigen vermogen aan de hand van de activiteiten van FFT [...] geen rekening [houdt] met het feit dat haar belastbare winst varieert naargelang van de kosten van haar leningen, die met name afhangen van de omvang van haar vermogen”. Volgens FFT heeft het Gerecht uit het oog verloren dat, wanneer het vermogen van een kredietnemer stijgt tot boven een niveau dat redelijkerwijs voldoende is om zijn risico's te dekken, elke extra verlaging van de financieringskosten als gevolg van de kapitaalverhoging minimaal of nihil is. Het Gerecht had het litigieuze besluit nietig moeten verklaren voor zover de Commissie daarin niet heeft onderzocht of het deel van het FFT ter beschikking staande vermogen dat hoger is dan het hypothetisch toetsingsvermogen, haar rendement daadwerkelijk verhoogde. Volgens mij doet FFT aldus louter een algemene verklaring die op zich niet volstaat om aan te tonen dat punt 241 van het bestreden arrest op een onjuiste premisse is gebaseerd. Derhalve moet dit argument worden afgewezen.

126. FFT betwist ook het argument dat het Gerecht ten overvloede heeft gebruikt ter ondersteuning van de conclusie dat het tweede onderdeel van het vermogen van FFT (deelnemingen in FFNA en FFC), zoals dit in de betrokken ruling is aanvaard, bij de berekening van de zakelijke vergoeding niet kon worden onderscheiden van het eerste onderdeel. Meer in het bijzonder kan volgens FFT niet worden gesteld, zoals het Gerecht in punt 245 van het bestreden arrest heeft gedaan, dat de deelnemingen van een moedermaatschappij in haar dochtermaatschappijen kunnen worden opgevat als een vorm van kapitaalinjectie als alternatief voor de toekenning van een intragroepslening. Aangezien FFT geen kritiek levert op de *belangrijkste* vaststelling die aan deze conclusie ten grondslag ligt en die is uiteengezet in punt 244 van het bestreden arrest, namelijk dat de deelnemingen van FFT in FFNA en FFC niet van het eerste onderdeel konden worden afgesplitst daar deze deelnemingen, in geval van insolventie van FFT, eveneens aan risico's worden blootgesteld, moet deze grief naar mijn mening als irrelevant worden beschouwd.

127. Wat betreft het door FFT aangevoerde argument dat het gebruik van het boekhoudkundig eigen vermogen als winstniveau-indicator voor FFT ongeschikt zou zijn omdat het gemakkelijk kan worden gemanipuleerd, ben ik het met de Commissie eens dat dit argument niet-ontvankelijk is omdat het niet tegen het bestreden arrest is gericht.

128. Wat de tweede fout betreft, namelijk het feit dat het hypothetisch toetsingsvermogen in aanmerking is genomen als winstniveau-indicator, verwijt FFT het Gerecht dat het heeft geoordeeld dat dit vermogen niet aldus kan worden gekwalificeerd aangezien het „geen recht [vormt] op de winst van de betrokken entiteit of op de vergoeding voor de risico's die deze entiteit draagt”⁶⁰. Indien dit het geval zou zijn, zouden vele door de OESO-richtsnoeren⁶¹ aanvaarde winstniveau-indicatoren zoals omzet, bedrijfskosten en bedrijfsactiva, uitgesloten zijn. Ik ben evenwel van mening dat de aan het begin van het volgende punt van het bestreden arrest geformuleerde bewoordingen („In de tweede plaats moet ten aanzien van het primaire oordeel van de Commissie dat de [...] keuze om het hypothetisch toetsingsvermogen van FFT in aanmerking te nemen onjuist is [...]”⁶² slechts een inleidende vaststelling is bij de door het Gerecht in dit punt 255 van het arrest gegeven beoordeling. Met deze vaststelling heeft het Gerecht volgens mij geenszins de bedoeling gehad een dwingend vereiste voor de kwalificatie als „winstniveau-indicator” te formuleren. Ik ben dan ook van mening dat dit argument ongegrond moet worden verklaard.

129. FFT betwist ook de beoordeling door het Gerecht in punt 255 van het bestreden arrest dat het hypothetisch toetsingsvermogen niet in aanmerking kan worden genomen omdat het „geen enkel verband houdt met de winst die een investeerder verlangt van de vennootschap waarin hij investeert”. FFT betoogt dat de TNMM niet vereist dat de winstniveau-indicator „verband” houdt met die winst, maar hoogstens dat er sprake is van een redelijk betrouwbare „correlatie”⁶³.

130. Het onderscheid tussen „verband” en „correlatie” is echter kunstmatig en zet de beoordeling van het Gerecht volgens mij niet op losse schroeven, temeer daar, zoals de Commissie in haar memorie van antwoord opmerkt, punt 2.87 van de OESO-richtsnoeren erop lijkt te wijzen dat de winstniveau-indicator een weergave moet zijn van de waarde van de door de betrokken entiteit uitgeoefende functies en dus van de winst die deze entiteit kan genereren. Derhalve kan ook dit argument niet overtuigen.

131. Wat ten slotte de vierde fout betreft, namelijk het feit dat het vermogen dat voortvloeit uit de deelnemingen van FFT in FFC en FFNA niet in aanmerking is genomen om de vergoeding voor de groepsinterne financierings- en treasuryactiviteiten van FFT te berekenen, betwist deze om te beginnen de vaststelling van het Gerecht in punt 273 van het bestreden arrest dat het *totale* eigen vermogen, omdat het vervangbaar is, blootgesteld is aan risico's en dus in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van die vergoeding. Anders dan FFT stelt, blijkt uit het deel van het beroepschrift dat betrekking heeft op de eerste fout dat FFT geen enkel argument heeft aangevoerd ter ondersteuning van haar bewering dat het feit dat het eigen vermogen vervangbaar is, niet in de weg staat aan de opsplitsing ervan.

⁶⁰ Punt 254 van het bestreden arrest.

⁶¹ FFT citeert in dit verband punt 2.87 van deze richtsnoeren.

⁶² Punt 255 van het bestreden arrest.

⁶³ Het Larousse-woordenboek definieert „*corrélation*” (correlatie) als „*relation* [...] entre deux faits liés par une dépendance nécessaire” (relatie [...] tussen twee feiten die onderling verbonden zijn doordat zij noodzakelijkerwijs met elkaar samenhangen).

132. Bovendien stelt FFT dat de vaststelling van het Gerecht in punt 274 van het bestreden arrest dat het Groothertogdom Luxemburg niet had aangetoond dat de vennootschappen waarmee de Commissie FFT heeft vergeleken, hun deelnemingen in dochterondernemingen in mindering hadden gebracht op hun vermogen of dat het niet gangbaar was dat op de markt opererende financiële instellingen dergelijke deelnemingen hielden, blijkt geeft van twee onjuiste rechtsopvattingen.

133. Ten eerste zou deze vaststelling de bewijslast omkeren, terwijl het volgens FFT aan de Commissie staat om aan te tonen dat de door de Luxemburgse belastingadministratie gebruikte vergelijkingsgegevens ongeschikt waren, en niet aan de lidstaat om dit gebruik te rechtvaardigen. Ik ben het niet eens met dit argument. Zoals de Commissie in haar memorie van antwoord opmerkt, is punt 274 van het bestreden arrest in feite het antwoord op een argument dat het Groothertogdom Luxemburg in zijn verzoekschrift in eerste aanleg heeft aangevoerd waarmee het, op basis van door deze lidstaat verzamelde geconsolideerde gegevens van 28 systeembanken, opkwam tegen de in het litigieuze besluit gedane vaststelling dat het niveau van het eigen vermogen van FFT juridisch gezien geen enkele ruimte liet voor aftrek.⁶⁴ In bedoeld punt 274 onderschrijft het Gerecht slechts de benadering van de Commissie waarbij deze zich baseert op de door de Europese Bankautoriteit vastgestelde gemiddelde hefboomratio. Zodoende kan er geen omkering van de bewijslast worden vastgesteld, zodat dit argument volgens mij niet kan worden aanvaard.

134. Ten tweede betwist FFT de premisse van de vaststelling die is verricht in punt 274 van het bestreden arrest, namelijk dat het niet mogelijk is om de rentabiliteit van de door een vergelijkbare onafhankelijke vennootschap uitgeoefende activiteit op geconsolideerde basis te beoordelen wanneer alleen geconsolideerde gegevens beschikbaar zijn. Volgens FFT zou daarentegen niets in de weg staan aan een dergelijke beoordeling. Dit argument kan naar mijn mening niet worden aanvaard aangezien redelijkerwijs kan worden vermoed, zoals de Commissie in haar memorie van antwoord opmerkt, dat geconsolideerde gegevens alleen dan voor dit doel kunnen worden gebruikt wanneer alle dochterondernemingen van de vergelijkbare vennootschap dezelfde functies uitoefenen in het kader van dezelfde activiteit.

135. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om het eerste onderdeel van het eerste middel in zijn geheel af te wijzen, aangezien het Gerecht geen blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de drie fouten die bij de berekening van de vergoeding van de financierings- en treasuryactiviteiten van FFT zijn gemaakt en waarop de Commissie heeft gewezen in het litigieuze besluit, eraan in de weg stonden dat tot een betrouwbare benadering van een zakelijke uitkomst kon worden gekomen, en rekening houdend met die fouten bijgevolg kon worden geconcludeerd dat er sprake was van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. In dit verband benadruk ik dat FFT niet opkomt tegen de bevinding van het Gerecht in punt 283 van het bestreden arrest dat, zelfs indien het door het Groothertogdom Luxemburg bepaalde tarief wordt toegepast, het daaruit voortvloeiende bedrag van de vergoeding van FFT veel hoger blijft dan het bij de betrokken ruling goedgekeurde bedrag, aangezien dit tarief zou worden toegepast op het totale bedrag van het eigen vermogen, dat tien keer hoger is dan het bedrag waarop dit tarief krachtens de betrokken ruling is toegepast.

⁶⁴ Zie de overwegingen 285-287 van het litigieuze besluit.

3. Tweede onderdeel

a) Relevantie

136. De gestelde irrelevantie van het tweede onderdeel van het eerste middel is volgens de Commissie te wijten aan het feit dat dit onderdeel niet is gericht tegen punt 316 van het bestreden arrest, waarin in hoofdzaak wordt uiteengezet waarom het Gerecht het argument heeft afgewezen dat de Commissie het bestaan van een voordeel op concernniveau diende aan te tonen.

137. Er zij aan herinnerd dat het Gerecht in punt 316 van het bestreden arrest allereerst heeft opgemerkt dat het Groothertogdom Luxemburg geen enkel argument had aangevoerd „waaruit [bleek] dat het Fiat/Chrysler-concern en FFT geen economische eenheid [vormden] in de zin van het staatssteunrecht”. Vervolgens heeft het geoordeeld dat FFT hoe dan ook onder volledige zeggenschap staat van Fiat SpA, die op haar beurt zeggenschap heeft over het Fiat/Chrysler-concern. Ten slotte heeft het Gerecht geconcludeerd dat „elk voordeel dat FFT geniet ten goede [komt] aan dat concern als geheel, in het bijzonder indien dit [...] tot gevolg heeft dat de leningsvoorwaarden die FFT toekent aan de andere vennootschappen van het concern voordeliger zijn door de verlaging van haar belastingdruk”.

138. Het is juist dat FFT in haar hogere voorziening deze conclusies van het Gerecht niet betwist. Het lijkt mij echter onjuist om hieruit af te leiden dat het onderhavige middel niet ter zake dient. Anders dan de Commissie zie ik immers geen reden om de redenering van het Gerecht in de punten 316, 317 en 318 van het bestreden arrest aldus uit te leggen dat het eerste van deze punten de hoofdmotivering bevat en de laatste twee punten louter subsidiaire beoordelingen bevatten. Zoals zojuist is uiteengezet, heeft het Gerecht in punt 316 van dit arrest de vaststelling van de Commissie bevestigd dat FFT en het Fiat/Chrysler-concern de begunstigden van de betrokken steun waren, en heeft het vervolgens in de punten 317 en 318 van het arrest geoordeeld dat het feit dat de Commissie niet heeft nagegaan of er sprake was van een economisch voordeel op concernniveau, niet kon worden bekritiseerd. Dit zijn twee noodzakelijke bestanddelen van *één enkele redenering* die ertoe strekt aan te tonen dat de Commissie geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat FFT en het Fiat/Chrysler-concern een voordeel hadden genoten in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Aan deze benadering wordt mijns inziens niet afgedaan door het gebruik van de woorden „[v]oorts” en „bovendien” aan het begin van de punten 317 en 318 van het arrest, zoals de Commissie beweert.⁶⁵

139. In haar hogere voorziening verwijt FFT het Gerecht dat het in het kader van het onderzoek naar het bestaan van een economisch voordeel geen rekening heeft gehouden met het „groepseffect”, dat een analyse zou vereisen van de economische gevolgen van een ruling inzake verrekenprijzen voor de gehele betrokken groep. Zoals de Commissie in overweging 343 van het litigieuze besluit heeft erkend, heeft „het mechanisme voor het vaststellen van die verrekenprijzen automatisch gevolgen voor meer dan één groepsonderneming (een prijsstijging bij de ene onderneming leidt tot een lagere winst van de andere)”. Het is voor mij dan ook duidelijk dat, indien dit onderdeel van het middel wordt aanvaard, de conclusie van het Gerecht dat de Commissie terecht heeft geoordeeld dat FFT en de Fiat/Chrysler-groep een economisch voordeel hadden genoten, ongeldig zou worden, hetgeen tot de vernietiging van het bestreden arrest zou moeten leiden.

⁶⁵ Ik merk ook op dat de uitdrukkingen „hoe dan ook” en „gesteld al”, in punt 317 van het bestreden arrest, en „zelfs als dit zo was” in punt 318 van dit arrest, uitsluitend lijken te verwijzen naar het logische verband tussen deze twee punten, met uitsluiting van punt 316.

140. In die omstandigheden ben ik van mening dat het tweede onderdeel van het eerste middel relevant moet worden geacht.

b) Gegrondheid

141. Ik herinner eraan dat het Gerecht in punt 317 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat, gesteld al dat dit element relevant kan zijn voor het onderzoek naar het bestaan van een economisch voordeel, noch het Groothertogdom Luxemburg, noch FFT „aantoont dat de belastingverminderingen die laatstgenoemde in Luxemburg geniet, worden ‚geneutraliseerd‘ door belastingverhogingen in andere lidstaten”. Vervolgens heeft het in punt 318 van dit arrest gepreciseerd dat, zelfs als die „neutralisering” vaststond, dit niet de conclusie zou wettigen dat FFT en het Fiat/Chrysler-concern geen voordeel hadden genoten, aangezien het bestaan van een voordeel „wordt vastgesteld ten opzichte van de normale belastingregels, zodat de belastingregels van een andere lidstaat niet relevant zijn”. Hieruit volgt volgens het Gerecht dat „[w]anneer is aangetoond dat een geïntegreerde onderneming krachtens een door een lidstaat toegekende belastingmaatregel een verlaging geniet van de belastingdruk die zij normaal gesproken op grond van de normale belastingregels had moeten dragen, [...] de fiscale situatie van een andere onderneming van het concern in een andere lidstaat [...] geen invloed [heeft] op het bestaan van een voordeel”. Om dezelfde reden heeft het Gerecht het argument van FFT afgewezen dat zij hoe dan ook geen enkel voordeel had genoten doordat deze inkomsten hetzij in Italië, hetzij in Luxemburg waren belast.

142. Ik zal eerst ingaan op de grief die is gericht tegen punt 317 van het bestreden arrest en waarmee in wezen wordt opgekomen tegen de conclusie van het Gerecht dat FFT niet het bewijs heeft geleverd van de fiscale neutralisering op groepsniveau van het aan haar toegekende voordeel, en vervolgens op de grief die is gericht tegen punt 318 van dit arrest waarin wordt betwist dat deze neutralisering als zodanig *relevant* zou zijn voor de beoordeling van het bestaan van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

143. Wat de grief betreft dat het Gerecht heeft geoordeeld dat FFT niet had aangetoond dat het beweerdelijk toegekende voordeel wordt geneutraliseerd op groepsniveau, betoogt FFT, ten eerste, dat het Gerecht in punt 317 van het bestreden arrest de bewijslast heeft omgekeerd door te eisen dat FFT het bewijs levert dat er geen sprake is van een voordeel, hetgeen in strijd is met de klassieke rechtspraak volgens welke het aan de Commissie is om het bestaan van een dergelijk voordeel aan te tonen.

144. Volgens mij kan alleen al uit de structuur van het bestreden arrest worden afgeleid dat dit niet zo is. Punt 317 van dit arrest maakt immers deel uit van titel D, afdeling 4, van het arrest. Titel D („Tweede reeks middelen: ontbreken van een voordeel”), bestaat uit vier afdelingen, namelijk afdeling 1 („Opmerkingen vooraf”), afdeling 2 („Primair betoog van de Commissie: de betrokken ruling week af van het algemene stelsel van de vennootschapsbelasting van Luxemburg”), afdeling 3 („Subsidiair betoog van de Commissie: de betrokken ruling week af van artikel 164, lid 3, van het belastingwetboek en van [...] circulaire [nr. 164/2]”) en afdeling 4 („Middel ontleend aan het ontbreken van een voordeel op concernniveau”). De afdelingen 2 en 3, die respectievelijk primair en subsidiair zijn uitgewerkt, komen tot dezelfde conclusie, namelijk dat de Commissie zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de betrokken ruling FFT een voordeel verleende.⁶⁶ De Commissie heeft dus wel degelijk voldaan aan haar verplichting om het bestaan van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU aan te tonen. In die

⁶⁶ Zie de punten 286 en 299 van het bestreden arrest.

omstandigheden stond het aan FFT en het Groothertogdom Luxemburg om, zonder dat dit een omkering van de bewijslast inhield, aan te tonen dat dit voordeel was geneutraliseerd op groepsniveau doordat de verlaging van de belastingdruk van FFT in Luxemburg volledig werd gecompenseerd door de verhoging van de belastingdruk van een andere onderneming van het concern in een andere lidstaat. Ik kan het derhalve niet eens zijn met het eerste door FFT aangevoerde argument.

145. Ten tweede stelt FFT dat het Gerecht zich in punt 317 van het bestreden arrest ertoe heeft beperkt te verklaren dat FFT geen enkel bewijs had aangevoerd voor het bestaan van het effect van fiscale neutralisatie op het niveau van het Fiat/Chrysler-concern, waarbij het dus is voorbijgegaan aan de talrijke argumenten die FFT had aangevoerd tegen de fouten en onnauwkeurigheden die de Commissie tot deze conclusie hadden gebracht.⁶⁷ Dit zou betekenen dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen.

146. FFT stelt dat zij een auditverslag van de Italiaanse fiscale opsporingsdienst en twee standpuntbepalingen inzake de vennootschapsbelasting van de Italiaanse belastingdienst heeft overgelegd, waarin wordt verklaard dat FFT haar belastbare winst te hoog had geschat en daardoor in Luxemburg een te hoge vennootschapsbelasting had betaald als gevolg van het te hoge bedrag aan rente dat was ontvangen op intragroepsleningen die waren verstrekt aan een van haar dochterondernemingen (Fiat Chrysler Finance SpA; hierna: „FCF”). Daaruit blijkt dus duidelijk dat er een onbetwistbaar verband bestaat tussen de winsten van FFT en die van FCF, in die zin dat een hoger inkomen van FFT (als gevolg van de ontvangst van een hogere rente) leidt tot een vermindering van de inkomsten van FCF (als gevolg van de betaling van een hogere rente) en vice versa. Bovendien blijkt volgens FFT uit de procedure van onderling overleg in het kader van de arbitrageovereenkomst ter vermijding van dubbele belasting tussen Italië en Luxemburg dat een hoger bedrag aan belastbare inkomsten in Luxemburg noodzakelijkerwijs leidt tot een lager bedrag van belastbare inkomsten in Italië.

147. Het komt mij voor dat FFT met dit argument het Gerecht verwijt dat het *geen* rekening heeft gehouden met bewijsmateriaal dat in eerste aanleg is aangevoerd ter staving van het bestaan van fiscale neutralisering van het voordeel dat aan FFT zou zijn toegekend op het niveau van het Fiat/Chrysler-concern. Indien ik het argument van FFT juist begrijp, dient de desbetreffende volzin in punt 317 van het bestreden arrest te worden onderzocht, die als volgt luidt: „[Er moet] worden vastgesteld dat [...] noch het Groothertogdom Luxemburg noch FFT *aantoont* dat de belastingverminderingen die laatstgenoemde in Luxemburg geniet, worden ‚geneutraliseerd‘ door belastingverhogingen in andere lidstaten”⁶⁸. Het werkwoord „aantonen” dat het Gerecht volgens mij zorgvuldig heeft gekozen, impliceert naar mijn mening duidelijk dat het door FFT aangevoerde bewijsmateriaal wel degelijk is onderzocht, ook al is het ontoereikend geacht om het argument van FFT te staven. In die omstandigheden kan het betrokken argument mijns inziens niet worden aanvaard, aangezien uit vaste rechtspraak van het Hof⁶⁹ volgt dat het Gerecht niet kan worden verplicht zijn beoordeling van de waarde van elk aan hem voorgelegd bewijsstuk uitdrukkelijk te motiveren, inzonderheid wanneer het van oordeel is dat die bewijzen voor de

⁶⁷ Het lijkt mij duidelijk dat dit een tikfout is en dat FFT in plaats daarvan wilde verwijzen naar een conclusie van de Commissie dat het effect op het Fiat/Chrysler-concern *niet* neutraal was. Hoe dan ook heeft de Commissie in werkelijkheid geen standpunt ingenomen over de kwestie van de fiscale neutralisering op concernniveau. Zie met name overweging 314 van het litigieuze besluit.

⁶⁸ Cursivering van mij.

⁶⁹ Zie met name arrest van 26 januari 2017, Commissie/Keramag Keramische Werke e.a. (C-613/13 P, EU:C:2017:49, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

beslechting van het geschil niet van belang of irrelevant zijn. Dit geldt onder het voorbehoud van de verplichting de algemene beginselen en de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering te eerbiedigen en de bewijzen niet onjuist op te vatten⁷⁰.

148. Gelet op het voorgaande verzoek ik het Hof de eerste grief van het tweede onderdeel van het eerste middel af te wijzen.

149. Wat betreft de grief inzake de relevantie van de inaanmerkingneming van de fiscale neutralisatie op concernniveau, moet er eerst aan worden herinnerd dat het Gerecht heeft geoordeeld dat het bestaan van een voordeel moet worden vastgesteld ten opzichte van de normale belastingregels, zodat het uitgesloten is dat de belastingregels van een andere lidstaat in aanmerking worden genomen om het effect van een belastingmaatregel op de situatie van het concern in zijn geheel te beoordelen.

150. Het Gerecht heeft zich dienaangaande gebaseerd op het arrest Spanje/Commissie⁷¹. In de zaak die tot dit arrest heeft geleid, bestonden de litigieuze maatregelen uit fiscale voordelen bij de overdracht van bepaalde gronden en uit de subsidiëring van leningen en kredietgaranties ten gunste van Spaanse landbouwers ter compensatie van de gevolgen van een aanzienlijke stijging van de stookolieprijs op wereldniveau. Het Koninkrijk Spanje had zich met name verdedigd door te stellen dat die maatregelen niet als staatssteun konden worden aangemerkt omdat het op die manier toegekende voordeel kleiner was dan het voordeel dat landbouwers in andere lidstaten genoten via maatregelen die deze staten hadden vastgesteld om de belasting op brandstoffen op hun grondgebied te verlagen. Het Hof heeft dit middel afgewezen op grond dat „het begrip ‚aan de begunstigden van staatssteun toegekende voordeel’ [...] wordt bepaald in vergelijking met andere ondernemingen *van dezelfde lidstaat* en niet in vergelijking met ondernemingen van andere lidstaten”⁷².

151. Volgens FFT kan dit arrest niet dienen ter ondersteuning van de conclusie van het Gerecht. Uit dat arrest blijkt weliswaar duidelijk dat het onderzoek naar het bestaan van een voordeel niet kan inhouden dat de fiscale situatie van FFT wordt vergeleken met die van belastingplichtigen die in andere lidstaten zijn gevestigd, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat bij dit onderzoek het groepseffect buiten beschouwing kan worden gelaten. In dit verband betoogt FFT in wezen dat de inaanmerkingneming van het groepseffect des te dwingender is daar, zoals de Commissie in overweging 343 van het litigieuze besluit heeft opgemerkt, „het mechanisme voor het vaststellen van die verrekenprijzen automatisch gevolgen [heeft] voor meer dan één groepsonderneming”.

152. Bijgevolg rijst de vraag of, anders dan het Gerecht in het bestreden arrest heeft geoordeeld, de Commissie rekening diende te houden met de intragroeps- en grensoverschrijdende dimensie van de gevolgen van de betrokken ruling toen zij heeft onderzocht of met deze ruling een voordeel werd verleend in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Indien de Commissie dit wel had gedaan, dan had zij volgens FFT een vermindering of neutralisering van de winst op groepsniveau kunnen vaststellen, zodat het bedrag van het *reële* voordeel ofwel lager was geweest dan het bedrag van het onmiddellijk waarneembare voordeel, ofwel tot nul was herleid.

153. Het antwoord op deze vraag vereist volgens mij noodzakelijkerwijs dat wordt herinnerd aan een van de grenzen van het toepassingsgebied van de regels inzake staatssteun.

⁷⁰ In dit verband moet worden opgemerkt dat FFT in de onderhavige zaak geen enkele onjuiste opvatting van het bewijsmateriaal heeft aangevoerd.

⁷¹ Arrest van 11 november 2004 (C-73/03, niet gepubliceerd, EU:C:2004:711).

⁷² Arrest van 11 november 2004, Spanje/Commissie (C-73/03, niet gepubliceerd, EU:C:2004:711, punt 28). Cursivering van mij.

154. Het is algemeen bekend dat artikel 107, lid 1, VWEU de lidstaten verbiedt een onrechtmatig voordeel toe te kennen. Het doel van dit verbod houdt nauw verband met dat van de Unieregels inzake het vrije verkeer. Net als die regels past dit verbod in het kader van de geleidelijke afschaffing van regelgevende maatregelen die het vrije verkeer van economische actoren kunnen belemmeren.⁷³

155. Meer in het bijzonder hebben de regels inzake staatssteun zoals bekend tot doel te vermijden dat het komt tot een „subsidieoorlog” (*subsidies war*) tussen de lidstaten van de Unie, waardoor belemmeringen zouden worden opgeworpen voor het vrije verkeer van ondernemingen, goederen, diensten, werknemers en kapitaal.⁷⁴

156. Het verbod op het verlenen van staatssteun heeft dus betrekking op door een lidstaat vastgestelde maatregelen, met inbegrip van fiscale maatregelen, die de toegang tot de eigen nationale markt kunnen belemmeren. Het spreekt vanzelf dat de bepalingen die de activiteit van vennootschappen op deze markt regelen, en die „normale belastingregels” worden genoemd wanneer zij van fiscale aard zijn, alleen tot de rechtsorde van de betrokken lidstaat kunnen behoren.

157. In die omstandigheden heeft het Gerecht naar mijn mening terecht geoordeeld dat in andere lidstaten geldende regels niet relevant zijn voor het onderzoek naar het bestaan van een economisch voordeel in de onderhavige zaak, ook al kunnen die regels leiden tot een vermindering of een neutralisering van de winst op concernniveau en dus van het reële voordeel dat door het gehele betrokken concern wordt genoten.

158. Het komt mij voor dat deze bevinding wordt bevestigd door twee vaststellingen.

159. Ten eerste lijkt het mij duidelijk dat de autonomie van een lidstaat op het gebied van directe belastingen, zoals erkend door vaste rechtspraak⁷⁵, niet ten volle kan worden gewaarborgd indien de normale belastingregels die in aanmerking worden genomen voor het op grond van artikel 107, lid 1, VWEU verrichte onderzoek, niet *uitsluitend* door de wetgever van de betrokken lidstaat zijn uitgevaardigd.

160. Ten tweede valt gemakkelijk in te zien dat de belastingautoriteiten van een lidstaat, indien zij de gevolgen van de belastingregels van andere lidstaten in aanmerking moesten nemen, nauwelijks zouden kunnen beoordelen of voorgenomen rulings een economisch voordeel toekennen en dus staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. In deze omstandigheden lijkt het mij niet ondenkbaar dat de reactie van die autoriteiten erin zou bestaan dat zij de Commissie de tekst van al deze rulings meedelen, waardoor deze instelling op zijn minst met een buitensporige werklast zou worden geconfronteerd.

161. De overige argumenten waarmee FFT aanvoert dat rekening moet worden gehouden met het groepseffect laten de hierboven voorgestelde uitlegging mijns inziens onverlet.

⁷³ Zie met name Biondi, A., „The Rationale of State Aid Control: A Return to Orthodoxy”, *CYELS*, deel 12, 2010, blz. 35-52.

⁷⁴ Zie Buendía Sierra, J.L., en Smulders, B., „The Limited Role of the ‚Refined Economic Approach’ in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism”, *EC State Aid Law: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008.

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C 269/09, EU:C:2012:439).

162. Het in aanmerking nemen daarvan strookt volgens FFT met het door het Gerecht in punt 47 van het arrest *Fútbol Club Barcelona/Commissie*⁷⁶ vermelde beginsel dat het bestaan van een economisch voordeel moet worden onderzocht op basis van de gevolgen van de maatregel, in hun geheel bezien. Die rechtspraak is mij geenszins onbekend. Het is overigens in het stadium van het juist in die zaak in hogere voorziening gewezen arrest dat het Hof er onlangs aan heeft herinnerd dat bij het onderzoek of een overheidsmaatregel staatssteun vormt, „rekening moet worden gehouden met alle feitelijke en juridische elementen ervan, waaronder de baten en lasten die daaruit voortvloeien [...], en die maatregel derhalve in zijn geheel moet worden beoordeeld waarbij alle kenmerken ervan in aanmerking moeten worden genomen”⁷⁷.

163. Er zij evenwel op gewezen dat noch in die zaak, noch in de zaken die tot de door het Hof aangehaalde arresten hebben geleid⁷⁸ de aan de betrokken overheidsmaatregel verbonden „juridische elementen” belastingregels van een andere lidstaat omvatten. Hieruit volgt dat het wegens het integrale karakter van de door de Commissie te verrichten beoordeling niet vereist is om in casu na te gaan of de vermindering van het door FFT in Luxemburg aan vennootschapsbelasting betaalde bedrag als gevolg van de vaststelling van de betrokken ruling geheel of gedeeltelijk wordt gecompenseerd door een verhoging van het belastingbedrag dat door andere vennootschappen van het Fiat/Chrysler-concern uit hoofde van de vennootschapsbelasting wordt betaald in andere lidstaten.

164. Dat het groepseffect in aanmerking wordt genomen laat zich volgens FFT ook goed verzoenen met zeven arresten waarin het Hof heeft geoordeeld dat het feit dat de mogelijkheid bestaat om een voordeel te compenseren alleen dan irrelevant is wanneer die compensaties voortvloeien uit „andere” lasten die „geen verband” met de als staatssteun aangemerkte belastingmaatregel.⁷⁹ Volgens mij is deze rechtspraak niet relevant voor de onderhavige zaak. De lasten waarmee de begunstigden van de in deze arresten onderzochte belastingmaatregelen het dankzij deze maatregelen verkregen economische voordeel wilden compenseren, vloeiden immers geenszins voort uit de toepassing van belastingregels die tot de rechtsorde van een andere lidstaat behoorden.

165. FFT wijst erop dat haar argument wordt ondersteund door het feit dat het niet in aanmerking nemen van de gevolgen van de ruling op het niveau van het Fiat/Chrysler-concern onverenigbaar is met de vaststelling van het Gerecht dat elk voordeel ten gunste van FFT ten goede kwam aan dit concern als geheel.⁸⁰ Enkel de in het kader van de hogere voorziening voorgestelde benadering kan als coherent met deze verklaring worden beschouwd.

166. Dit extra argument kan mij evenmin overtuigen om het antwoord te wijzigen dat ik het Hof voorstel op het tweede onderdeel van het eerste middel te geven.

⁷⁶ Arrest van 26 februari 2019 (T-865/16, EU:T:2019:113).

⁷⁷ Arrest van 4 maart 2021, *Commissie/Fútbol Club Barcelona* (C-362/19 P, EU:C:2021:169, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁷⁸ Het betreft 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 8 december 2011, *France Télécom/Commissie* (C-81/10 P, EU:C:2011:811).

⁷⁹ Het betreft de arresten van 23 februari 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit* (30/59, EU:C:1961:2); 2 juli 1974, *Italië/Commissie* (173/73, EU:C:1974:71); 5 oktober 1999, *Frankrijk/Commissie* (C-251/97, EU:C:1999:480); 11 november 2004, *Spanje/Commissie* (C-73/03, niet gepubliceerd, EU:C:2004:711); 8 december 2011, *France Télécom/Commissie* (C-81/10 P, EU:C:2011:811); 30 november 2009, *Frankrijk en France Télécom/Commissie* (T-427/04 en T-17/05, EU:T:2009:474), en 16 september 2013, *British Telecommunications en BT Pension Scheme Trustees/Commissie* (T-226/09 en T-230/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:466).

⁸⁰ Punt 316 van het bestreden arrest.

167. FFT komt immers niet op tegen door het Gerecht in de punten 313 en 316 van het bestreden arrest gedane vaststelling dat de gunstige fiscale behandeling van FFT ten goede kwam aan het Fiat/Chrysler-concern als geheel, aangezien FFT en het Fiat/Chrysler-concern een economische eenheid vormden. Integendeel, zij aanvaardt deze identificatie van de begunstigde alsof het een postulaat betrof.

168. Ik ben dan ook van mening dat het tweede onderdeel van het eerste middel moet worden afgewezen.

169. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging het eerste middel in zijn geheel af te wijzen.

C. Derde middel

1. Argumenten van partijen

170. Met het eerste onderdeel van het derde middel betoogt FFT dat het Gerecht het nieuwe en slecht gedefinieerde zakelijkheidsbeginsel dat de Commissie heeft toegepast, simpelweg over de hele lijn heeft bekrachtigd. Deze benadering zou er rechtstreeks toe leiden dat de Commissie de reikwijdte van dit beginsel naar eigen goeddunken kan vormgeven, hetgeen zowel voor de lidstaten als voor de ondernemingen grote rechtsonzekerheid zou meebrengen. Deze onzekerheid wordt nog versterkt door het feit dat de Commissie het zakelijkheidsbeginsel op quasi retroactieve wijze toepast op individuele belastingovereenkomsten. Doordat het Gerecht de draagwijdte van dit beginsel ontoereikend heeft geanalyseerd, wordt het volgens FFT de ondernemingen zeer moeilijk gemaakt om hun belastingverplichtingen juist in te schatten en voor te bereiden.

171. De Commissie stelt dat dit onderdeel niet ter zake doet en moet worden afgewezen. Volgens haar kan dit onderdeel, waarmee in wezen het tweede middel van de hogere voorziening wordt herhaald, evenmin ten gronde slagen. In dit verband voert de Commissie met name aan dat de draagwijdte en de inhoud van het zakelijkheidsbeginsel bijzonder duidelijk zijn, aangezien het Gerecht heeft aangegeven dat het Luxemburgse belastingrecht bepaalt dat transacties tussen verbonden marktdeelnemers voor belastingdoeleinden moeten worden beoordeeld alsof zij onder zakelijke voorwaarden tussen niet-verbonden marktdeelnemers waren aangegaan.

172. Met het tweede onderdeel van het derde middel voert FFT aan dat het Gerecht het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden door in de punten 339 tot en met 359 van het bestreden arrest het vermoeden van selectiviteit te bevestigen dat de Commissie op de litigieuze maatregel had toegepast. Volgens haar wijst niets erop dat deze maatregel een individuele steunmaatregel is en dat het in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde vermoeden van selectiviteit kan gelden in de onderhavige zaak. De bevestiging dat dit vermoeden moet worden toegepast bij rulings leidt volgens FFT tot een aanzienlijke rechtsonzekerheid voor ondernemingen en voor de lidstaten.

173. De Commissie stelt dat ook dit onderdeel irrelevant is en moet worden afgewezen. Daarnaast is het volgens haar ook ongegrond, aangezien FFT geen enkel argument heeft aangevoerd ter ondersteuning van haar grief dat het Gerecht het rechtszekerheidsbeginsel zou hebben geschonden door een vermoeden van selectiviteit te hanteren met betrekking tot individuele

belastingmaatregelen. De Commissie betoogt dat een individuele ruling inzake verrekenprijzen, gelet op de rechtspraak van het Hof, niet kan worden geacht te zijn verleend in het kader van een steunregeling, zoals het Gerecht ook heeft bevestigd in het bestreden arrest.

2. Eerste onderdeel

a) Relevantie

174. De Commissie is van mening dat het eerste onderdeel van het derde middel geen doel treft aangezien dit onderdeel, zelfs indien het wordt aanvaard, niet tot vernietiging van het bestreden arrest kan leiden. Dit middel is gebaseerd op de stelling dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ermee in te stemmen dat de Commissie een ad-hoczakelijkheidsbeginsel – dat een onjuiste rechtsgrondslag zou hebben – heeft gebruikt ter ondersteuning van haar voornaamste conclusie dat er sprake was van een selectief voordeel. Zelfs indien deze stelling juist zou zijn, hetgeen de Commissie betwist, bevat het litigieuze besluit echter een subsidiair betoog dat op een andere rechtsgrondslag berust, namelijk artikel 164, lid 3, van het belastingwetboek en circulaire nr. 164/2, welk betoog door het Gerecht is goedgekeurd zonder dat FFT daartegen is opgekomen.

175. Anders dan de Commissie ben ik mijnerzijds dan ook van mening, om dezelfde redenen als die welke in de punten 52 tot en met 54 van de onderhavige conclusie zijn uiteengezet, dat het eerste onderdeel van het derde middel van deze hogere voorziening niet als irrelevant kan worden beschouwd.

b) Gegrondheid

176. Vooraf zij gepreciseerd dat FFT in dit onderdeel in wezen stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de ontoereikende afbakening van de *reikwijdte* van het zakelijkheidsbeginsel door de Commissie niet te kritiseren wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Anders dan de Commissie stelt, moet het doel van dit onderdeel dus worden onderscheiden van dat van het tweede middel, aangezien dit onderdeel, in tegenstelling tot laatstgenoemd middel, niet opkomt tegen de vaststelling van de *rechtsgrondslag* van het zakelijkheidsbeginsel zoals deze blijkt uit het bestreden arrest.

177. Nu dit is verduidelijkt, dienen enkele inleidende opmerkingen te worden gemaakt over het rechtszekerheidsbeginsel.

178. Het rechtszekerheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van het Unierecht is en dus van toepassing is op de handelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie, vereist volgens vaste rechtspraak dat rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn.⁸¹ Meer specifiek houdt dit beginsel in dat wordt beoordeeld of een rechtshandeling van de Unie de belanghebbenden in staat stelt om nauwkeurig en ondubbelzinnig de omvang van hun rechten en verplichtingen te kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen te treffen.⁸² Die rechtszekerheid is in het bijzonder een dwingend vereiste in het geval van een handeling die financiële consequenties kan hebben.⁸³

⁸¹ Arrest van 11 september 2019, Călin (C-676/17, EU:C:2019:700, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁸² Arrest van 29 maart 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissie (C-352/09 P, EU:C:2011:191, punt 81).

⁸³ Arrest van 23 september 2020, Spanje e.a./Commissie (T-515/13 RENV en T-719/13 RENV, EU:T:2020:434, punt 194).

179. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het rechtszekerheidsbeginsel intrinsiek verbonden is met de regelgevende activiteiten van de Unie en van de nationale autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van het Unierecht, en dat het een rechterlijke toetsing toestaat met betrekking tot onvolkomenheden die kunnen leiden tot onzekerheid bij de toepassing van de bestreden normatieve handeling.⁸⁴

180. Het rechtszekerheidsbeginsel heeft een beperktere reikwijdte ten aanzien van een administratieve beschikking, zoals volgt uit de rechtspraak inzake staatssteun. Op dit gebied heeft het Hof een schending van het rechtszekerheidsbeginsel alleen vastgesteld met betrekking tot een handelswijze van de Commissie vóór of tijdens de *procedure* die had geleid tot de vaststelling van een beschikking tot terugvordering van de staatssteun.⁸⁵

181. In casu wordt het rechtszekerheidsbeginsel ingeroepen tegen de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel bij het onderzoek van de voorwaarde inzake het bestaan van een voordeel, *op grond dat de reikwijdte van dit laatste beginsel niet is vastgesteld*. Het voorwerp van deze betwisting is, met andere woorden, de juistheid van een beoordeling van de Commissie die de *kwalificatie van een overheidsmaatregel als staatssteun* betrof. De juistheid van een dergelijke beoordeling kan echter niet ter discussie worden gesteld vanuit het oogpunt van de naleving van het rechtszekerheidsbeginsel. In het andere geval zou het de Commissie verboden zijn om nieuwe benaderingen voor de toepassing van rechtsregels te overwegen en zou zij ertoe veroordeeld zijn haar standpunt te fixeren in de tijd. Een dergelijke benadering zou met name betekenen dat de Commissie geen enkel nieuw ijkpunt zou kunnen gebruiken waaraan zij haar beoordeling van de vraag of er sprake is van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU zou kunnen oriënteren.

182. Gelet op de hierboven genoemde rechtspraak en het feit dat de kritiek van FFT uiteindelijk betrekking heeft op de vaststelling van het bestaan van een voordeel met het oog op de kwalificatie van de betrokken ruling als staatssteun, moet worden geconcludeerd dat het rechtszekerheidsbeginsel in de onderhavige zaak niet geldig kan worden ingeroepen. Het Gerecht kan dus niet worden geacht blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat het de karakterisering van de reikwijdte van het zakelijkheidsbeginsel, zoals die blijkt uit het litigieuze besluit, niet heeft gekritiseerd. Ik ben derhalve van mening dat het eerste onderdeel van het derde middel moet worden afgewezen.

183. Hoe dan ook heeft het Gerecht in antwoord op de respectievelijk door FFT en het Groothertogdom Luxemburg aangevoerde argumenten die in de punten 155 en 176 van het bestreden arrest zijn weergegeven terecht geoordeeld dat de Commissie de reikwijdte en de inhoud van het in het litigieuze besluit toegepaste zakelijkheidsbeginsel voldoende had omschreven en deze omschrijving dus niet kon worden bekritiseerd wegens de buitensporig ruime beoordelingsbevoegdheid die daarbij aan de Commissie werd gelaten bij de toepassing van dit beginsel. Ik verwijs met name naar de verklaringen van het Gerecht dat het zakelijkheidsbeginsel „een instrument [is] waarmee kan worden nagegaan of intragroepstransacties zijn vergoed alsof zij waren aangegaan tussen onafhankelijke ondernemingen”, en dat het onderzoek in het licht van dit beginsel „inhoudt dat wordt onderzocht of de in de betrokken ruling goedgekeurde methode voor de bepaling van de verrekenprijzen, kan leiden tot een betrouwbare benadering van een marktconforme uitkomst”.

⁸⁴ Zie Puissochet, J., en Legal, H., „Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes”, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, nr. 11, 2001.

⁸⁵ Zie met name arrest van 8 december 2011, France Télécom/Commissie (C-81/10 P, EU:C:2011:811, punten 99-108).

184. Wat het argument van FFT betreft dat de buitensporig ruime beoordelingsbevoegdheid van de Commissie het gevolg daarvan is dat, zoals het Gerecht in punt 413 van het bestreden arrest heeft verklaard, de OESO-richtsnoeren „niet bindend zijn voor de Commissie” en „niet van invloed” zijn op haar analyse, valt moeilijk in te zien hoe dit argument de schending van het rechtszekerheidsbeginsel zou kunnen staven die de Commissie beweerdelijk zou hebben begaan in een individueel besluit als het litigieuze besluit. In het kader van haar analyse van het bestaan van een economisch voordeel heeft deze instelling immers uitvoerig verwezen naar de modaliteiten voor de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel waarin die richtsnoeren voorzien, zoals door het Gerecht in punt 176 van het bestreden arrest is bevestigd.

185. Het is dus onjuist te stellen dat het Gerecht het litigieuze besluit nietig had moeten verklaren op grond dat de Commissie noch de reikwijdte noch de inhoud van het zakelijkheidsbeginsel had gepreciseerd.

186. Aan deze conclusie kan volgens mij niet worden afgedaan door het argument van FFT dat het Gerecht had moeten wijzen op het „quasi-retroactieve” effect van de toepassing door de Commissie van het zakelijkheidsbeginsel op individuele belastingovereenkomsten. Dat effect is volgens FFT gelegen in het feit dat de Commissie deze individuele belastingovereenkomsten op grond van artikel 107 VWEU kan heropenen en onderzoeken om na te gaan of zij geen onrechtmatige staatssteun vormen, waardoor noch de nationale belastingautoriteiten noch de begunstigde ondernemingen redelijkerwijs kunnen inschatten en voorzien of een belastingovereenkomst met succes door de Commissie zal worden aangevochten, of juist niet.

187. Dienaangaande moet worden erkend dat een dergelijk effect op het eerste gezicht een juridische situatie kan doen ontstaan die onverenigbaar is met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel verzet zich immers in het algemeen tegen de retroactieve toepassing van de materieelrechtelijke regels van de Unie, behalve wanneer uit de bewoordingen, het doel en de opzet van die regels duidelijk blijkt dat zij retroactieve werking moeten krijgen.⁸⁶ Het is evenwel duidelijk dat de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel door de Commissie door FFT als „quasi-retroactief” wordt aangemerkt wegens de enkele omstandigheid dat het gaat om het onderzoek van belastingovereenkomsten die door de nationale belastingadministratie *reeds zijn gesloten* met de betrokken ondernemingen. Deze toepassing heeft niet alleen niets met retroactiviteit te maken, maar zij vormt de typische uitvoering van de aan de Commissie toevertrouwde taak om toezicht op staatssteun uit te oefenen. Wanneer een overheidsmaatregel voor economische steun aan een onderneming is toegekend zonder dat hij vooraf aan de Commissie is meegedeeld, kan deze instelling die maatregel onderzoeken op grond van de artikelen 107 en 108 VWEU.

188. Het is mij niet ontgaan dat de betrokken belastingovereenkomsten juist worden gesloten om rechtszekerheid te scheppen met betrekking tot het bedrag van de door de betrokken onderneming verschuldigde belasting. Deze vaststelling kan er volgens mij evenwel toe leiden dat daarmee uitzondering wordt toegestaan op de in de rechtspraak ontwikkelde regel dat ondernemingen die economische steunmaatregelen vanwege de overheid genieten, geen beroep kunnen doen op een gewettigd vertrouwen – het „subjectieve aspect van het objectieve rechtszekerheidsbeginsel”⁸⁷ – in de rechtmatigheid daarvan, wanneer deze maatregelen niet met inachtneming van de procedure voor de aanmelding van staatssteun zijn toegekend.⁸⁸

⁸⁶ In dit verband, zie met name arrest van 6 oktober 2015, Commissie/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647).

⁸⁷ Simon, D., „La confiance légitime en droit communautaire: vers un principe général de limitation de la volonté de l’auteur de l’acte?”, *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, Brussel, 2000, blz. 733.

⁸⁸ Zie arrest van 22 april 2008, Commissie/Salzgitter (C-408/04 P, EU:C:2008:236, punt 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

189. In deze omstandigheden kan het eerste onderdeel van het derde middel naar mijn mening niet worden aanvaard.

3. Tweede onderdeel

a) Relevantie

190. Wat het tweede onderdeel van het derde middel betreft, stelt de Commissie dat ook dit onderdeel irrelevant is en moet worden afgewezen. Volgens de Commissie is de selectiviteit van de betrokken ruling in het litigieuze besluit ook bewezen aan de hand van de regel van de analyse in drie stappen die van toepassing is op steunregelingen, en heeft het Gerecht dit bewijs bevestigd in de punten 360 tot en met 366 van het bestreden arrest. Aangezien FFT in zijn hogere voorziening niet is opgekomen tegen deze punten, blijft de conclusie betreffende de selectiviteit van de betrokken ruling zelfs geldig indien dit middel zou worden aanvaard.

191. Geconstateerd moet worden dat in het litigieuze besluit de selectiviteit niet alleen op basis van een vermoeden wordt beoordeeld, maar ook op basis van de in deze conclusie eerder beschreven analyse in drie stappen. Deze subsidiair verrichte analyse is door het Gerecht bekrachtigd in de punten 360 tot en met 366 van het bestreden arrest.

192. Ik acht het dienaangaande noodzakelijk om, net als het Gerecht in punt 361 van het bestreden arrest heeft gedaan, eraan te herinneren dat de eerste twee stappen van die analyse, namelijk de vaststelling van het referentiekader en het onderzoek of er sprake was van een afwijking daarvan, *tegelijkertijd* zijn verricht met het onderzoek van het economische voordeel, en dat de vraag of de ruling afweek van het referentiekader, ongeacht of het daarbij om het meest ruime dan wel het meest beperkte kader ging, *samenviel* met de vaststelling dat aan de begunstigde onderneming een voordeel werd toegekend.

193. Tegen deze achtergrond wens ik enkel op te merken dat die subsidiaire analyse niet geldig zou blijven indien het Hof in zijn te wijzen arrest zou beslissen om de conclusies van het Gerecht betreffende de grondslag van het zakelijkheidsbeginsel te verwerpen, zoals ik het Hof voorstel in mijn conclusie in de zaak Ierland/Commissie e.a. (C-898/19 P), hetgeen op zijn beurt tot gevolg zou hebben dat het gehele onderzoek van het Gerecht naar het selectieve voordeel, zowel wat zijn primaire als zijn subsidiaire redenering betreft, onderuit zou worden gehaald.

194. Ik stel het Hof dan ook voor om vast te stellen dat het tweede onderdeel van het derde middel niet irrelevant is.

b) Gegrondheid

195. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het vermoeden van selectiviteit voor het eerst is vermeld in het arrest Commissie/MOL, waarin het Hof heeft verklaard dat „het vereiste van selectiviteit verschilt naargelang de betrokken maatregel bedoeld is als een algemene steunregeling dan wel als individuele steun”, waarna het daaraan heeft toegevoegd dat „[i]n dit laatste geval [...] bij de vaststelling van een economisch voordeel in beginsel [kan] worden vermoed dat er sprake is van selectiviteit”⁸⁹. Het betreft een weerlegbaar vermoeden, waarvan de

⁸⁹ Arrest van 4 juni 2015 (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punt 60).

toepassing onderworpen is aan de vervulling van een dubbele voorwaarde, namelijk het bestaan van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en het individuele karakter van de betrokken maatregel.

196. Het komt mij voor dat dit onderdeel twee afzonderlijke grieven omvat. Wat de eerste grief betreft, beroept FFT zich op schending van de rechtszekerheid op grond dat, aangezien het Gerecht het vermoeden van selectiviteit heeft aanvaard, de kwalificatie van de betrokken ruling als staatssteun uitsluitend afhangt van het onderzoek naar het bestaan van een economisch voordeel waarbij dit onderzoek wordt uitgevoerd door een beginsel zoals het zakelijkheidsbeginsel toe te passen waarvan de rechtsgrondslag onzeker blijft en de reikwijdte nog steeds niet nauwkeurig is gedefinieerd. In dit verband volstaat het erop te wijzen dat de premissen van deze grief, namelijk de onzekerheid over de rechtsgrondslag van het zakelijkheidsbeginsel en het ontbreken van een definitie van de reikwijdte ervan, in deze conclusie reeds zijn weerlegd bij de analyse van het eerste onderdeel van het tweede middel en het eerste onderdeel van het derde middel. Ik ben dan ook van mening dat deze grief moet worden afgewezen.

197. Wat de tweede grief betreft, die betrekking heeft op de rechtmatigheid van de toepassing van het vermoeden van selectiviteit in de onderhavige zaak, dient eraan te worden herinnerd dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de betrokken ruling individueel van aard was, nadat het in de punten 342 en 343 van het bestreden arrest een analyse had verricht met betrekking tot de definities van „individuele steun” en „steunregeling” die zijn vermeld in respectievelijk artikel 1, onder e), en artikel 1, onder d), van verordening (EU) 2015/1589⁹⁰.

198. De eerste van deze bepalingen beschrijft individuele steun in wezen als steun die niet wordt toegekend op grond van een steunregeling, terwijl de tweede de aan een overheidsmaatregel gegeven kwalificatie als „steunregeling” afhankelijk stelt van de vervulling van drie cumulatieve voorwaarden. Ten eerste kan aan ondernemingen individuele steun worden toegekend op grond van een steunregeling. Ten tweede wordt die steun toegekend zonder dat hiervoor verdere uitvoeringsmaatregelen vereist zijn. Ten derde moeten de ondernemingen waaraan de individuele steun kan worden toegekend, „op algemene en abstracte wijze” worden omschreven.⁹¹ Zoals het Gerecht in de punten 346 en 347 van het bestreden arrest heeft verklaard en zoals het Hof onlangs nog heeft bevestigd, impliceert de vervulling van die voorwaarden met name dat de essentiële onderdelen van de steunregeling blijken uit de bepalingen die als grondslag van die regeling zijn aangeduid en dat de nationale belastingadministratie die de maatregel vaststelt, niet over een beoordelingsmarge beschikt om het bedrag van de steun, de kenmerken ervan of de voorwaarden waaronder die wordt toegekend, te beïnvloeden.⁹²

199. Evenals de Commissie merk ik op dat FFT geen enkel element heeft voorgelegd ter staving van haar argument dat de betrokken ruling geen individuele maatregel is. Bijgevolg kan het tweede onderdeel van het derde middel naar mijn mening niet worden aanvaard.

200. Hoe dan ook is de conclusie van het Gerecht dat de betrokken ruling een „individuele maatregel” is mijns inziens boven elke kritiek verheven. Inzonderheid kan er volgens mij terecht van worden uitgegaan, zoals het Gerecht in punt 352 van het bestreden arrest heeft gedaan, dat

⁹⁰ Verordening van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2015, L 248, blz. 9).

⁹¹ Arrest van 16 september 2021, Commissie/België en Magnetrol International (C-337/19 P, EU:C:2021:741, punt 60).

⁹² Arrest van 16 september 2021, Commissie/België en Magnetrol International (C-337/19 P, EU:C:2021:741, punt 105).

de Luxemburgse belastingdienst bij de vaststelling van een ruling „over een beoordelingsmarge beschikt om na te gaan wat, gelet op de omstandigheden van elk geval, de beste methode is om het belastbare bedrag te berekenen van elke vennootschap die een verzoek om een ruling indient”. Bovendien valt moeilijk te tornen aan de in punt 351 van het bestreden arrest verrichte gelijkstelling van de essentiële onderdelen van de steunmaatregel met de onderdelen waaruit het economisch voordeel bestaat, namelijk „de goedkeuring van een methode voor het bepalen van de vergoeding van FFT op basis van een opsplitsing van het eigen vermogen en de toepassing van verschillende rendementspercentages aan de hand van die opsplitsing”. Indien deze premisse wordt aanvaard, lijdt het geen twijfel dat deze onderdelen in casu uitsluitend voortkomen uit de betrokken ruling, en niet uit de bepalingen van het nationale recht op grond waarvan de ruling is vastgesteld, namelijk artikel 164, lid 3, van het belastingwetboek en circulaire nr. 164/2. Ik stel het Hof dan ook voor om het tweede onderdeel van het derde middel af te wijzen.

201. Ter wille van de volledigheid moet naar mijn mening nog een precisering worden verstrekt. Toen de verzoekende partijen in eerste aanleg voor het Gerecht hebben gepleit dat de betrokken ruling moest worden aangemerkt als steun die in het kader van een steunregeling werd toegekend, hebben zij niet aangevoerd dat deze regeling was gebaseerd op artikel 164, lid 3, van het belastingwetboek en op circulaire nr. 164/2, in samenhang met een *vaste praktijk van de Luxemburgse belastingdienst* in rulings die aan andere financieringsmaatschappijen dan FFT waren afgegeven. Indien zou worden bevestigd dat die vaste administratieve praktijk inderdaad bestaat, zou ik aan het einde van het vorige punt van deze conclusie waarschijnlijk het tegenovergestelde antwoord bepleiten.

202. Dit zou het gevolg zijn van het feit dat dan rekening zou worden gehouden met de uitlegging die het Hof onlangs aan het in artikel 1, onder d), van verordening 2015/1589 vastgestelde begrip „steunregeling” heeft gegeven in het arrest Commissie/België en Magnetrol International, betreffende de belastingvrijstellingen voor overwinst die de Belgische autoriteiten hebben verleend in de vorm van rulings. Bij het onderzoek of was voldaan aan de eerste voorwaarde van dat artikel, heeft het Hof immers verduidelijkt dat de „bepaling” van de regeling die de grondslag voor de toekenning van individuele steun vormt, ook een vaste administratieve praktijk van de belastingautoriteiten van een lidstaat kan zijn, „wanneer uit deze praktijk een ‚stelselmatige benadering’ blijkt, waarvan de kenmerken voldoen aan de vereisten van [voornoemd artikel]”, en dat de inaanmerkingneming van een dergelijke administratieve praktijk niet beperkt is tot situaties waarin geen enkele wettelijke bepaling als grondslag voor die regeling bestaat.⁹³ Zoals uit dat arrest blijkt, impliceert het bestaan van deze administratieve praktijk over het algemeen dat ook is voldaan aan de andere voorwaarden, aangezien de in artikel 1, onder d), van verordening 2015/1589 vastgestelde voorwaarden door het Hof worden geacht „onlosmakelijk verbonden” te zijn.⁹⁴

203. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging het derde middel van de hogere voorziening in zijn geheel af te wijzen.

D. Conclusie inzake de hogere voorziening

204. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen.

⁹³ Arrest van 16 september 2021 (C-337/19 P, EU:C:2021:741, punten [79-81]).

⁹⁴ Zie met name arrest van 16 september 2021, Commissie/België en Magnetrol International (C-337/19 P, EU:C:2021:741, punten 106 en 121).

IV. Kosten

205. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is.

206. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien dit door de Commissie is gevorderd, dient FFT te worden verwezen in de kosten die de Commissie heeft gemaakt in de onderhavige procedure in hogere voorziening.

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

V. Conclusie

208. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- „1) De hogere voorziening wordt afgewezen.
- 2) Fiat Chrysler Finance Europe wordt verwezen in haar eigen kosten alsook in de kosten die de Europese Commissie heeft gemaakt in het kader van de onderhavige hogere voorziening.
- 3) Ierland draagt zijn eigen kosten in het kader van de onderhavige hogere voorziening.”