

Gerecht FIAT-teert beoordeling fiscale rulings onder staatssteunverbod

Citation for published version (APA):

Korving, J. (2019). Gerecht FIAT-teert beoordeling fiscale rulings onder staatssteunverbod. *NTFR Beschouwingen*, 2019(10), 19-24. Article 37.

Document status and date:

Published: 01/01/2019

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

NTFR Beschouwingen 2019/37 - Gerecht FIAT-teert beoordeling fiscale rulings onder staatssteunverbod

NTFR Beschouwingen 2019/37

MJK

mr.dr. J.J.A.M. Korving

Het Gerecht oordeelde dat de ruling die Starbucks kreeg van Nederland geen onverenigbare staatssteun betreft. Luxemburg daarentegen verstrekke door in een ruling vastgelegde afspraken wel onrechtmatige staatssteun aan Fiat. Momenteel zijn er nog diverse andere staatssteunzaken omtrent fiscale rulings aanhangig bij het HvJ, dan wel in voorbereiding bij de Europese Commissie. Veel hebben betrekking op Luxemburg. Enige impact voor Nederland kan niet worden uitgesloten. In deze beschouwing plaats ik de uitspraken in een breder perspectief, van verleden tot toekomst.

1. Inleiding

Regelmatig halen berichten de voorpagina van dagbladen dat bedrijven staatssteun hebben ontvangen. Het is een aandachtspunt geworden voor de Europese Commissie (EC) en Eurocommissaris Vestager van Mededinging om fiscale rulings aan een staatssteunonderzoek te onderwerpen. Een groot aantal multinationals werd geacht staatssteun te hebben ontvangen in de vorm van fiscaal aantrekkelijke rulings. De lidstaat die de ruling had afgegeven werd verordonneerd om het oneigenlijke voordeel terug te vorderen van de betreffende multinational.

Tegen verschillende beschikkingen van de EC is beroep ingesteld bij het Gerecht. Dat heeft op 24 september 2019 in de eerste twee zaken uitspraak gedaan. Maar diverse zaken zijn nog aanhangig; een aantal bij het Gerecht, een aantal zijn nog in procedure bij de EC. In veel van die gevallen was het Luxemburg dat de ruling heeft afgegeven en nu wordt opgedragen terug te vorderen. In deze beschouwing sta ik stil bij de aanleiding voor deze procedures, het LuxLeaks-schandaal (par. 2). Vervolgens ga ik in op de vraag wanneer een ruling tot staatssteun kan leiden en welke grenzen het Gerecht daar aan stelt (par. 3). Vanwege het Luxemburgse 'thema' ligt de nadruk op Fiat, maar in de op Nederland betrekking hebbende zaak ten aanzien van Starbucks heeft het Gerecht in feite op dezelfde wijze geoordeeld. Hierdoor kunnen veel parallellen met de Nederlandse situatie worden gelegd. In par. 4 belicht ik andere Luxemburgse kwesties nader. Daar waar nodig en mogelijk geef ik tevens de relevantie aan voor de Nederlandse rulingpraktijk. Ik sluit af met een conclusie (par. 5).

2. LuxLeaks

Het staatssteunverbod maakt al sinds 1952 deel uit van het EU-recht. Het staatssteunverbod is ook van toepassing op de fiscaliteit. Fiscale voordelen gaan immers ten koste van de opbrengsten van de overheid. Als deze voordelen in het wettelijke systeem verankerd zijn is het voor de EC betrekkelijk eenvoudig om te oordelen of het gehanteerde regime aan de staatssteuncriteria voldoet (zie par. 3.1).

Dit is echter anders als het systeem op zichzelf neutraal is geformuleerd, maar afwijkende afspraken worden gemaakt tussen de belastingdienst en belastingplichtigen over de toepassing van dat systeem. Dat kan resulteren in een voordeel voor belastingplichtigen. Afspraken over de (correcte of incorrecte) toepassing van het belastingrecht zijn vaak geformaliseerd in rulings. Deze bieden zekerheid vooraf aan de belastingplichtige en zijn doorgaans niet openbaar. Het is dan niet eenvoudig voor de EC om te achterhalen of deze rulings afspraken bevatten die in strijd zijn met het staatssteunverbod.

In 2014 publiceerde het Internationale Consortium voor Onderzoeksjournalisten echter een lijst met een groot aantal multinationals die een mogelijk onwenselijke rulingafpraak hadden gemaakt met de Luxemburgse overheid. ² Ook de rulings zelf werden openbaar gemaakt. Een Franse oud-medewerker van een big4-kantoor had kopieën van de rulings doorgespeeld aan een journalist, waarna het balletje ging rollen. Het schandaal werd bekend onder de naam LuxLeaks. De EC gebruikte de informatie om te beoordelen of de Luxemburgse rulings als verboden staatssteun konden worden aangemerkt.

Daarnaast heeft de EC het LuxLeaks-schandaal aangegrepen om automatische informatie-uitwisseling uit te breiden tot informatie omtrent grensoverschrijdende rulings. In aanpassingsrichtlijn 2015/2376 wordt in de preambule impliciet naar LuxLeaks verwezen: 'Rulings betreffende fiscaal geïnspireerde structuren hebben in bepaalde gevallen echter geleid tot lage belasting van kunstmatig hoge inkomsten in het land dat de voorafgaande ruling afgeeft, wijzigt of verlengt en geresulteerd in kunstmatig lage inkomsten voor belastingheffing in andere betrokken landen. Daarom is er dringend meer transparantie nodig.' ³ Hiermee lijkt de EC naar de toekomst gericht staatssteundiscussies omtrent fiscale rulings te willen voorkomen door informatie over die rulings in een vroeg stadium uit te wisselen, zodat deze niet achteraf hoeven te worden gesanctioneerd met een terugvorderingsactie. Andere lidstaten kunnen door de uitwisseling van informatie omtrent rulings immers beoordelen of aan beide zijden van dezelfde transactie dezelfde waarde wordt gehanteerd. Of deze aanpassing het gewenste effect heeft zal de tijd uit moeten wijzen.

3. Staatssteun voor Fiat

3.1. Staatssteun

Het VWEU bepaalt dat steunmaatregelen van de staten die in welke vorm ook met staatsmiddelen zijn bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. ⁴ Hieruit zijn verschillende cumulatieve criteria af te leiden op grond waarvan tot een verboden steunmaatregel kan worden geconcludeerd: (i) de maatregel moet uit staatsmiddelen zijn bekostigd, bijvoorbeeld doordat zij ten koste gaan van belastingopbrengsten; (ii) er moet sprake zijn van concurrentievervalsing en (iii) beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer; en (iv) de maatregel moet een selectief voordeel opleveren. ⁵ Het laatste criterium is voor deze beschouwing het belangrijkste. Op grond daarvan moet worden aangetoond dat een – in dit geval individuele – onderneming een voordeliger fiscale behandeling krijgt dan andere (vergelijkbare) belastingplichtigen.

Om vast te stellen of sprake is van een selectief voordeel gebruikt de EC een drietrapsbenadering: Allereerst moet worden vastgesteld wat het referentiestelsel is, vervolgens of daar ten gunste van een belastingplichtige van wordt afgeweken en ten slotte of die afwijking gerechtvaardigd kan zijn. ⁶ Het referentiestelsel zal doorgaans het algemeen geldende regime voor de vennootschapsbelasting zijn. ⁷ De vraag die dan moet worden beantwoord is of datgene wat in een ruling is opgenomen afwijkt van dit algemeen geldende regime.

Rulings worden doorgaans afgesloten om zekerheid vooraf te krijgen over een fiscale kwalificatie of waardering van een transactie. Ook deze mogen volgens de EC niet leiden tot een voordeel ten opzichte van de toepassing van het algemeen geldende regime. ⁸ Ten aanzien van de mogelijke staatssteunkwalificatie van rulings is de EC van mening dat hiervan sprake is als in een ruling afspraken worden gemaakt waarbij het nationale regime niet correct wordt toegepast of als de ruling is gebaseerd op een verkeerde verrekenprijsmethode of leidt tot de verkeerde verrekenprijs. ⁹ Deze laatste discussies waren aan de orde in de zaak Fiat.

3.2. Rulings en staatssteun

Fundamenteel is uiteraard de vraag of een ruling op zich aan het staatssteunverbod kan worden getoetst. Luxemburg stelde dat de EC in feite het belastingrecht harmoniseert door het opleggen van een Europees zakelijkheidsbeginsel en als gevolg daarvan fiscale rulings aan een staatssteunonderzoek te onderwerpen. Het Gerecht was het hier niet mee eens. ¹⁰ Daarnaast merkt het Gerecht op dat de EC in het kader van de staatssteunbepalingen moet kunnen onderzoeken of de vooraf acceptabel geachte zakelijke vergoeding voor een concerntransactie vergelijkbaar is met de vergoeding die onder marktvoorwaarden overeengekomen zou zijn. ¹¹ Dit zogenaamde Europese zakelijkheidsbeginsel vloeit daarmee volgens het Gerecht rechtstreeks voort uit het staatssteunverbod. ¹²

Dat lijkt me een aanvaardbare redenering. In niet-gelieerde verhoudingen wordt immers altijd ‘zakelijk’ gehandeld en worden marktconforme prijzen onderhandeld. In gelieerde verhoudingen hoeft dat feitelijk niet het geval te zijn. Voor fiscale doeleinden geldt in dergelijke situaties echter doorgaans dat een vergoeding in aanmerking genomen moet worden die in een niet-gelieerde verhouding ook zou zijn gehanteerd; de vergoeding moet at arm’s length zijn. Omdat de gelieerde entiteiten voorafgaand aan de verstrekking van de lening (en de daarmee gepaard gaande rentebetaling) zekerheid willen over de waardering van de in aanmerking te nemen vergoeding wordt dit – doorgaans na een uitgebreide transfer pricing-analyse – neergelegd in een ruling. Omdat de EC moet kunnen vaststellen of in dat individuele geval is afgeweken van het reguliere stelsel van de vennootschapsbelasting lijkt het mij niet meer dan logisch dat de rulings aan een staatssteunonderzoek moeten kunnen worden onderworpen. De EC moet namelijk kunnen beoordelen of de rulings wel overeenkomen met marktconforme (en/of niet-gelieerde) situaties, of juist tot een voordeel leiden voor de gelieerde verhouding. Het mag namelijk niet zo zijn dat in de (niet-gepubliceerde) rulings afspraken worden gemaakt die niet overeenkomen met de economische realiteit zoals die in niet-gelieerde verhoudingen zou hebben geluid. Een dergelijk voordeel zou staatssteun opleveren. Hierbij verdient overigens expliciet opmerking dat het verstrekken van een ruling als zodanig niet leidt tot de verstrekking van staatssteun, maar de inhoud van die ruling kan dat mogelijk wel doen voor zover het effect van de toepassing van die ruling tot een bevoordeling ten opzichte van een marktconforme situatie leidt. Het ‘voordeel’ is dan ook ‘slechts’ het verschil tussen de in de ruling opgenomen verrekenprijs en de prijs zoals die marktconform had moeten luiden en niet, zoals abusievelijk nogal eens wordt aangenomen, per definitie het volledige bedrag zoals in de ruling is opgenomen.

Als de inhoud van een ruling kan worden getoetst aan de staatssteuncriteria is de volgende vraag wat tot het selectieve voordeel leidt: de toepassing van een verkeerd gekozen TP-methode en/of een verkeerde verrekenprijs. Die laatste kan uiteraard het gevolg zijn van de toepassing van de verkeerde methode, maar hoeft dat niet te zijn. De vraag of sprake was van een verkeerd gekozen methode kwam in de Fiat-casus niet aan de orde. ¹³ In Starbucks wel. ¹⁴ In Fiat ging de EC er van uit dat weliswaar de meest geschikte methode was gekozen, maar dat deze methode verkeerd werd toegepast wat leidde tot een verkeerde verrekenprijs. Binnen TNMM werd gekozen voor kapitaal als winstindicator. Discussie ontstond echter over de vraag of het kapitaal kon worden toegerekend aan specifieke functies en of het wel mogelijk was om daar verschillende rendementen aan te koppelen. ¹⁵ Volgens het Gerecht kon de segmentatie van het kapitaal niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak te differentiëren tussen de vergoeding voor de verschillende functies, omdat deze segmentatie volledig kunstmatig is. ¹⁶ Daarmee concludeerde het Gerecht dat Fiats kapitaal in zijn volledigheid in aanmerking had moeten worden genomen bij de toepassing van TNMM en daaraan moest hetzelfde rendement worden gekoppeld. De in de ruling overeengekomen segmentatie leidde tot een voordeel ten opzichte van deze benadering. Het

fiscale voordeel dat het gevolg was van dit verschil moet door Luxemburg worden teruggevorderd als de uitspraak in een eventueel hoger beroep in stand blijft.

4. Andere Luxemburgse kwesties

Met de uitspraak in de Fiat-kwestie is duidelijk geworden dat lidstaten geen voordelen mogen ‘verstoppert’ in fiscale rulings. Individuele afspraken tussen de belastingdienst en een belastingplichtige kunnen, indien zij een voordeel bevatten ten opzichte van marktconforme situaties, als staatssteun worden betiteld en daarmee leiden tot terugvordering van het ten onrechte niet betaalde bedrag aan belasting. En hoewel de EC zal moeten proberen dit voordeel vast te stellen en te kwantificeren, wat niet eenvoudig blijkt, ¹⁷ opent dit vooralsnog wel deuren voor de EC. In beginsel kunnen alle afgesloten fiscale rulings worden beoordeeld onder het staatssteunverbod. In een aantal kwesties heeft de EC dat ook al – al dan niet succesvol – gedaan, waarbij Luxemburg vaak in het beklaagdenbankje plaatsneemt.

Een van die zaken betreft de ruling die Amazon heeft verkregen. ¹⁸ De situatie betrof jaarlijkse betalingen voor intellectuele-eigendomsrechten tussen twee in Luxemburg gevestigde entiteiten; een exploitatievennootschap en een holdingvennootschap. De laatste was een commanditaire vennootschap (cv). Omdat deze cv niet belastbaar is in Luxemburg bleef een groot deel van de betalingen die de exploitatievennootschap deed aan de cv onbelast. In een ruling uit 2003 werd de methode voor vaststelling van de belastinggrondslag van de exploitatievennootschap vastgesteld, waarmee indirect ook de methode voor vaststelling van de jaarlijkse uitkering werd geaccordeerd. Deze betaling bleek nagenoeg de volledige winst van de exploitatievennootschap te zijn, en was veel groter dan het bedrag dat de cv jaarlijks aan een Amerikaanse groepsmaatschappij moest betalen op grond van een cost sharing-overeenkomst. De ruling wordt door de EC bestreden. Daarbij wordt uitsluitend de berekeningswijze van de jaarlijkse uitkering als staatssteun aangemerkt. Het gebruik van de transparante cv, waardoor de aan de cv toerekenbare baten niet in Luxemburg belastbaar zijn, wordt niet in de discussie meegenomen. ¹⁹ Met het arrest in de Fiat-zaak in de hand kan, ten principale, de hoogte van de overeengekomen betaling worden getoetst aan de staatssteun-criteria. De omvang van de betalingen moet derhalve in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel, dat wil zeggen: vergelijkbaar zijn met betalingen van het niveau tussen gelieerde entiteiten. Het is echter nog maar de vraag of de EC in haar bewijsvoering slaagt. Weliswaar wordt verdedigd dat de gekozen transfer pricing-methode en de vastgestelde verrekenprijs verkeerd zijn vastgesteld, de argumentatie van de EC lijkt echter te blijven hangen in observaties en de EC maakt gebruik van overeenkomsten ter vergelijking die dateren van na het afsluiten van de oorspronkelijke ruling in kwestie. ²⁰ De staatssteunkwalificatie kan hiermee op losse schroeven komen te staan. Overigens gelden vergelijkbare discussies rondom als staatssteun aangemerkte bij ruling vastgestelde verrekenprijzen voor andere landen, zoals Nederland, ²¹ Ierland ²² en België. ²³ Ook in die gevallen moet beoordeeld worden of de EC uiteindelijk zal slagen in de bewijsvoering dat de op grond van transfer pricing-rapportage vastgestelde verrekenprijzen wel in lijn zijn met een prijs die op marktconforme voorwaarden van toepassing was geweest. Ik heb in veel situaties twijfels of de EC in die bewijsvoering zal slagen.

Naast staatssteun-discussies over toepasselijke transfer pricing-methodes of vastgestelde verrekenprijzen ziet Luxemburg ook andere fiscale staatssteun-zaken op zich afkomen. De eerste betreft Engie. ²⁴ Daar waar een Luxemburgse vennootschap een lening verstrekt aan een andere Luxemburgse groepsvennootschap, en deze laatste op grond daarvan een rente verschuldigd is, wordt de rentebetaling geparkeerd en de lening tussentijds omgezet in een kapitaalverstrekking. Effectief creëert Luxemburg met deze mogelijkheid een binnenlandse hybride lening die in Luxemburg een dubbel voordeel op kan leveren: renteaftrek bij de ontvanger van de lening en deelnemingsvrijstelling bij de leningverstrekker. Dit systeem ligt onder vuur, mede omdat het fiscale voordeel als gevolg van de hybride lening ditmaal niet ontstaat door een internationale kwalificatiemismatch van de lening, maar doordat een en dezelfde lidstaat dit unilateraal oogluikend toestaat. En dat bevreemdt de EC, wat mij betreft terecht. Een grensoverschrijdende mismatch zou als dispariteit moeten kwalificeren, die alleen door harmonisatie kan worden opgelost. ²⁵ In beginsel hoeft een land immers niet dezelfde kwalificatie aan een lening te geven als het andere betrokken land, maar mag zij die kwalificatie unilateraal vaststellen. Als

dat tot een voordeel leidt is dat in beginsel het gevolg van de parallelle toepassing van de fiscale wetgeving van meerdere EU-lidstaten, en dat is toelaatbaar. ²⁶ Als de mismatch echter door een en hetzelfde land wordt gecreëerd kunnen vraagtekens worden gezet bij een kwalificatie als dispariteit. Het unilateraal gecreëerde dubbele voordeel van aftrek en vrijstelling kan dan immers ook unilateraal worden opgelost.

Een andere kwestie betreft de zaak Huhtamäki. ²⁷ Omdat de definitieve beslissing van de EC nog niet is gepubliceerd moet enigszins pas op de plaats worden gemaakt. Grosse modo lijkt het te gaan om de aftrek van rente op een renteloze lening. Dat lijkt een contradictio in terminis, maar is in feite een vergelijkbare discussie als in Fiat. Een dergelijke renteloze lening wordt immers doorgaans slechts tussen groepsvennootschappen afgesloten. Feitelijk is geen rente verschuldigd, maar fiscaal moet worden gehandeld zoals tussen niet-gelieerde partijen zou zijn overeengekomen. In dat geval zou wel rente verschuldigd zijn geweest, en dat bedrag wordt door Luxemburg, en andere EU-lidstaten, in dergelijke situaties toch in aftrek toegestaan. De EC bestrijdt in dit geval niet de hoogte van de vastgestelde rente (zoals bij Fiat), maar de wettelijke systematiek zoals die in Luxemburg geldt. Door de voorwaarden die Luxemburg hanteert om in aanmerking te komen voor de aftrek van een zakelijke rente, zoals (i) de beperking tot grensoverschrijdende situaties, (ii) het vrijblijvende karakter en (iii) het niet toepassen van een vergelijkbare opwaartse aanpassing bij een Luxemburgse verstreker van een renteloze lening, leidt het Luxemburgse regime tot een selectief voordeel. Ook andere landen zien deze discussie met belangstelling tegemoet. Naar mijn mening is het effect van de zaak voor Nederland – op basis van de nu beschikbare argumentatie – beperkt. Er zijn grote verschillen tussen het (facultatieve en eenzijdige) Luxemburgse systeem en het (obligatoire) Nederlandse systeem, waarbij tevens correcties op het niveau van de leningverstreker gemaakt moeten worden; indien die in Nederland gevestigd is uiteraard. Het Nederlandse regime als zodanig lijkt daarmee als zodanig veilig. ²⁸

Een klein succes voor Luxemburg mag echter ook niet onbenoemd blijven: de procedure die de EC gestart was ten aanzien van McDonalds is inmiddels ingetrokken. ²⁹ De kwalificatiemismatch van een Amerikaanse vaste inrichting, waardoor een deel van de winst van het Luxemburgse hoofdhuis effectief onbelast bleef, kon volgens de EC alsnog niet als staatssteun worden aangemerkt. De kanttekening die hierbij moet worden geplaatst is wel dat dergelijke mismatches mogelijk in de toekomst wel door ATAD2 kunnen worden bestreken. ³⁰

5. Conclusie

De uitspraak in de zaak Fiat zal de gemoederen voorlopig nog wel bezighouden. Op het moment van schrijven is nog niet bekend of Fiat of Luxemburg in beroep gaan tegen de uitspraak van het Gerecht. Mijn verwachting is overigens van wel. Het HvJ zal dan moeten beoordelen of het principiële oordeel dat de inhoud van rulings aan een staatssteunonderzoek kan worden onderworpen ook houdbaar is. Zoals gezegd verwacht ik een bevestigend antwoord op dit punt.

In de tussentijd zullen ook andere zaken doorlopen, onder andere bij het Gerecht. Denk daarbij ook aan de mondelinge behandeling in de zaak van Apple. Interessant punt daarbij is ook of het door de EC vastgestelde bedrag aan terug te vorderen voordeel kan worden verminderd indien en voor zover Apple meer belasting betaalt in de (andere) jurisdicties die eerder door de toepasselijke ruling inkomsten zouden zijn misgelopen. Ook de betaling in escrow vind ik een interessante ontwikkeling; met name de vraag of de rentebate ‘in escrow’ voor zover die toekomt aan Apple uiteindelijk op zich ook weer tot staatssteun kan leiden. ³¹

LuxLeaks heeft derhalve het nodige in beweging gebracht. Naast verschillende staatssteunonderzoeken heeft de EC LuxLeaks ook, impliciet, gebruikt om informatie-uitwisseling op het gebied van rulings verplicht te stellen. ³² Of dit echter voldoende is om alle staatssteun-discussies in de toekomst te voorkomen is de vraag. Veel zal immers afhangen van de vraag of de vastgestelde verrekenprijs correct heeft plaatsgevonden. En of dat nu in alle gevallen zal worden gecontroleerd vraag ik mij sterk af.

Voetnoten

- 1) . *mr.dr. J.J.A.M. Korving*, Mr.dr. J.J.A.M. Korving is verbonden aan het Wetenschappelijke Bureau/EU Tax Group van Deloitte Belastingadviseurs BV te Rotterdam en tevens als docent belastingrecht verbonden aan Maastricht University.
- 2) . <https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/>.
- 3) . Richtlijn 2015/2376 van 8 december 2015, Pb(2015)L332/1, punt 1. Het Europees Parlement heeft nog wel voorgesteld om een expliciete verwijzing naar LuxLeaks in de preambule op te nemen, maar dit amendement kreeg onvoldoende steun; zie wetgevingsresolutie van 27 oktober 2015, P8_TA(2015)0369, Pb(2017)C355/122, amendement 3.
- 4) . Art. 107 VWEU.
- 5) . Waarbij het criterium ‘selectief voordeel’ ook te verdelen is in de twee criteria ‘voordeel’ en ‘selectiviteit’. Hoewel een beschouwing kan worden geschreven over dit onderscheid op zich zal ik me in deze bijdrage houden aan de door de Commissie en het Gerecht gehanteerde term van ‘selectief voordeel’.
- 6) . Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van art. 107, lid 1, VWEU, C(2016)262/1, par. 5.2.3. Zie tevens Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 (Luxemburg v Commissie) en T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe), ECLI:EU:T:2019:670, punt 360.
- 7) . Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van art. 107, lid 1, VWEU, C(2016)262/1, punt 134. Soms is het ingewikkeld om vast te stellen of het referentiekader het volledige vennootschapsbelastingstelsel is, of een bepaling daarvan die wel generiek van toepassing was, zoals aan de orde Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 (Luxemburg v Commissie) en T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe), ECLI:EU:T:2019:670, punt 361. Het HvJ expliciteerde dat ter vaststelling van het referentiekader een bepaling niet kunstmatig uit een ruimer rechtskader mag worden gelicht; zie HvJ 28 juni 2018, zaak C-203/16P (Andres), ECLI:EU:C:2018:505, punt 103.
- 8) . Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van art. 107, lid 1, VWEU, C(2016)262/1, punt 170.
- 9) . Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van art. 107, lid 1, VWEU, C(2016)262/1, par. 5.4.4.1.
- 10) . Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 (Luxemburg v Commissie) en T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe), ECLI:EU:T:2019:670, punten 100-117.
- 11) . Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 (Nederland v Commissie) en T-636/16 (Starbucks), ECLI:EU:T:2019:669, punt 156.
- 12) . Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 (Luxemburg v Commissie) en T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe), ECLI:EU:T:2019:670, punt 154.
- 13) . Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 (Luxemburg v Commissie) en T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe), ECLI:EU:T:2019:670, punt 214.

- 14) . Daarbij nam de EC het standpunt in dat een andere methode meer voor de hand had gelegen; niet de TNMM maar de CUP-methode zou men hebben moeten toepassen. De EC kwam met verschillende vergelijkbare overeenkomsten, wat er toe had moeten leiden dat de toegepaste methode in die kwestie tot een verkeerde verrekenprijs had geleid. Nagenoeg alle vergelijkbare overeenkomsten werden echter door het Gerecht opzij geschoven, omdat deze, onder andere, van een latere datum waren dan de ruling die ter discussie stond. Het staatssteun-oordeel moet worden gemaakt voor de betreffende transactie. Daarom mag de EC ook in alternatieve vergelijkingen niet uitgaan van data die ten tijde van de ruling nog niet beschikbaar was. Zie Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 (Nederland v Commissie) en T-636/16 (Starbucks), ECLI:EU:T:2019:669, punt 250.
- 15) . Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 (Luxemburg v Commissie) en T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe), ECLI:EU:T:2019:670, punt 217.
- 16) . Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 (Luxemburg v Commissie) en T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe), ECLI:EU:T:2019:670, punten 231 en 242.
- 17) . Zoals blijkt uit Gerecht 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 (Nederland v Commissie) en T-636/16 (Starbucks), ECLI:EU:T:2019:669
- 18) . Beschikking van 4 oktober 2017, C(2017)6740 final (Amazon). Tegen de beschikking is beroep ingesteld bij het Gerecht. Deze procedures zijn bekend onder de nummers T-816/17 (Luxemburg v Commissie) en T-318/18 (Amazon v Commissie).
- 19) . Hierdoor is de impact op de discussie over de vraag of het gebruik van een Nederlandse cv tot staatssteun kan leiden beperkt. Zie in dit kader J. Vleggeert, 'What about CV-BV structures and state aid?', Leiden Law Blog 20 april 2015, te raadplegen op: <https://leidenlawblog.nl/articles/what-about-cv-bv-structures-and-state-aid>.
- 20) . De oorspronkelijke ruling dateert van 2003. De vergelijkbare overeenkomsten zijn van 2006. Met het arrest Nederland en Starbucks v Commissie indachtig kan worden geconcludeerd dat deze latere overeenkomst niet in de vergelijking mag worden meegenomen. Verzachtende omstandigheid voor de Commissie is hier overigens wel dat de oorspronkelijke ruling in 2011 is verlengd. Ten aanzien van die ruling kan de 2006 overeenkomst wellicht wel worden gebruikt.
- 21) . SA.51284 (Nike). De EC heeft besloten om de formele onderzoeksprocedure te starten. De voorlopige beslissing dat sprake zou zijn van staatssteun heeft kenmerk C(2019)6.
- 22) . Beschikking van 30 augustus 2016, C(2016)5605 final (Apple). Tegen de beschikking is beroep ingesteld bij het Gerecht. Deze procedures zijn bekend onder de nummers T-778/16 (Ierland v Commissie) en T-892/16 (Apple v Commissie).
- 23) . Voor België staat het regime voor de vrijstelling van overwinst ter discussie. Voor deze vrijstelling is het hebben van een ruling een vereiste. Het Gerecht oordeelde eerder dat het regime van deze excess profit rulings op zichzelf beschouwd geen staatssteun vormden, omdat het voor staatssteunbegrippen niet als 'regeling' kon kwalificeren. De rulings werden namelijk niet stelselmatig afgegeven, maar konden ook worden geweigerd, wat ook gebeurde. Zie Gerecht 14 februari 2019, gevoegde zaken T-131/16 (België v Commissie) en T-263/16 (Magnetrol International v Commissie), ECLI:EU:T:2019:91. Daarmee kwam het Gerecht niet meer toe aan de inhoudelijke toetsing of de vrijgestelde overwinst een selectief voordeel opleverde. De Commissie besloot vervolgens om in 39 individuele

gevallen te beoordelen of de overwinst op correcte wijze was vastgesteld. Deze staatssteunprocedures in de individuele gevallen zijn bekend onder de nummers SA.53964 tot en met SA.54002.

- 24) . Beschikking van 20 juni 2018, C(2018)3839 final (Engie). Tegen de beschikking is beroep ingesteld bij het Gerecht. Deze procedures zijn bekend onder de nummers T-516/18 (Luxemburg v Commissie) en T-525/18 (Engie Global LNG Holding v Commissie).
- 25) . Voor veel hybride leningen gebeurt dat overigens ook door ATAD2, of is dat reeds gebeurd door de aanpassing van de Moeder-dochterrichtlijn, die in Nederland tot de invoering van art. 13, lid 17, Wet VPB 1969 heeft geleid.
- 26) . Besluit C4/2007 van 8 juli 2009, C(2009)4511 final, punten 110-117. Het betrof de Nederlandse groepsrentebox, waardoor de heffing over rentebaten tegen een effectief laag tarief belast zou zijn. In binnenlandse situaties zou de rentebetaling ook tegen hetzelfde effectieve tarief aftrekbaar zijn. In grensoverschrijdende verhoudingen zou de rente echter tegen het nationale tarief aftrekbaar zijn. Dat is dan gunstiger en kan een voordeel zijn. Een dergelijk dispariteitsvoordeel is echter door de EC irrelevant geoordeeld voor toepassing van de staatssteuncriteria. Dit oordeel kan ook voor veel andere discussies, zoals rondom informeel kapitaal, van belang zijn.
- 27) . SA.50400 (Huhtamäki).
- 28) . Hoewel de EC wellicht nog wel de vaststelling van de hoogte van de in aanmerking te nemen rente in individuele gevallen aan de orde zou willen stellen.
- 29) . Beschikking van 19 september 2018, C(2018)6076 final (McDonalds).
- 30) . Art. 9, lid 5 van Richtlijn 2016/1164, zoals laatst gewijzigd bij Richtlijn 2017/952.
- 31) . Apple heeft het teruggevorderde bedrag aan staatssteun niet aan Ierland betaald, maar op een afgeschermd rekening gezet. Apple noch Ierland kan bij het bedrag. Als Apple de procedure wint zal het terug te vorderen bedrag van de rekening worden doorbetaald aan Ierland. Mochten er rentebaten zijn op de escrow-rekening die het terug te betalen bedrag aan staatssteun overstijgen dan kan dit terugvloeien naar Apple, wat individueel beschouwd tot een voordeel kan leiden dat mogelijk ook als staatssteun kwalificeert.
- 32) . Richtlijn 2015/2376, supra noot 2.