

# Fiat-case: EU arm's length interpretatie overrulet nationale niet

## Staatssteun

Internationale fiscale actualiteit nr. 2023/01, februari 2023

Op 24 september 2019 verklaarde het Gerecht van Justitie van de Europese Unie (het “Gerecht”) het beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Europese Commissie – waarbij deze laatste een ruling die Fiat Chrysler Finance and Trade Ltd. had verkregen als ongeoorloofde staatssteun had aangemerkt – ongegrond. Hiertegen tekenden zowel Fiat Chrysler Finance and Trade Ltd. als het Groothertogdom Luxemburg beroep aan waarbij op 8 november 2022 het Europese Hof van Justitie (het “Hof”) in hogere voorziening uitspraak deed in hun voordeel. In dit artikel geven wij een uiteenzetting over het verloop van deze zgn. Fiat-case, en sluiten we af met onze conclusie ten aanzien van het belang van deze uitspraak door het Hof, alsook een inschatting van de mogelijke gevolgen.

- 1. Achtergrond**
- 2. De Luxemburgse ruling**
- 3. Samengevoegde zaken T 755/15 en T 759/15**
  - 3.1. Commentaren van Luxemburg**
  - 3.2. Commentaren van FFT**
  - 3.3. Besluit van de Europese Commissie**
- 4. Hogere voorziening – samengevoegde zaken C-885/19 P en C-898 P**
- 5. Belang van de uitspraak en mogelijke gevolgen**

## 1. Achtergrond

Fiat Chrysler Finance and Trade Ltd. (*thans* Fiat Chrysler Finance Europe S.E.N.C., hierna, “FFT”) is een Luxemburgse vennootschap die deel uitmaakt van de Fiat/Chrysler Automobile Group (*thans* gefuseerd tot Stellantis N.V., hierna, “de Groep”). De Groep besloot zijn treasury- en financieringsdiensten (e.g., intra-groep financieringsdiensten op korte/middellange termijn, cash management diensten, financiële coördinatie-en adviesverlening etc.) te centraliseren binnen zogenaamde treasury entiteiten. Deze treasury entiteiten werden als volgt georganiseerd:

- Fiat Finance S.p.A. (hierna, “FF”) is een Italiaanse treasury entiteit die verantwoordelijk is voor de coördinatie van de financieringsactiviteiten voor de Italiaanse entiteiten binnen de Groep;
- FFT verricht treasury- en financieringsdiensten voor (voornamelijk) in Europa gevestigde groepsvennootschappen (buiten Italië);
- Fiat Finance North America, Inc. (hierna, “FFNA”) verricht treasury- en financieringsdiensten voor de in Verenigde Staten van Amerika gevestigde groepsvennootschappen;
- Fiat Finance Canada Ltd. (hierna, “FFC”) verricht treasury- en financieringsdiensten voor de in Canada gevestigde groepsvennootschappen; en
- Fiat Finançãs Brasil Ltda (hierna, “FFB”) verricht treasury- en financieringsdiensten voor de in Brazilië gevestigde groepsvennootschappen.

FFT is als dusdanig betrokken bij verschillende grensoverschrijdende intra-groepstransacties die kunnen worden gegroepeerd in twee categorieën, zijnde:

- Transacties tussen treasury entiteiten
  - FFT geeft leningen aan FF, waarbij verschillende financieringsbronnen zoals obligaties, kredietlijnen bij derde partij banken en intra-groep deposito's, kunnen worden aangewend; en
  - FFT geeft leningen aan FFNA waarbij voornamelijk obligaties uitgegeven met garanties, worden aangewend;
- Transacties tussen treasury entiteiten en andere verbonden ondernemingen
  - Transacties (leningen/deposito's) tussen FFT en groepsentiteiten in andere landen (voornamelijk Europa);
  - Garanties gegeven door Fiat S.p.a op obligaties die door FFT en FFNA worden uitgegeven, bilaterale kredietlijnen en ad hoc financieringsprogramma's.

FFT is betrokken bij het financieren van de Groep op de markt en liquiditeitsinvesteringen (waarbij FFT fondsen verwerft om deze beschikbaar te kunnen stellen om de operationele activiteiten te ondersteunen alsook de groei van de Groep), relaties met financiële marktactoren, financiële coördinatie en adviesverleningsdiensten aan verbonden entiteiten, cash management diensten aan verbonden entiteiten, korte en lange termijn financiering van verbonden entiteiten alsook de coördinatie met andere treasury entiteiten binnen de Groep.

## 2. De Luxemburgse ruling

Op 3 september 2012 verkrijgt FFT een ruling waarbij de Luxemburgse fiscale administratie bevestigt dat de verrekenrijspolitiek toegepast door FFT voor de uitgeoefende financieringsactiviteiten in overeenstemming is met de relevante nationale regelgeving alsook het zakelijkheidsbeginsel ("*arm's length principle*") zoals vervat in Luxemburgs recht.

Volgens de verrekenrijzenstudie, uitgevoerd ter ondersteuning van FFT's rulling-aanvraag (hierna, "het TP Rapport") is de meestal geschikte methode om de belastbare winst van FFT te bepalen de *transactional net margin method* (hierna, "TNMM"). In het bijzonder wordt de belastbare winst bepaald aan de hand van het eigen vermogen dat FFT nodig heeft in lijn met haar functioneel risicoprofiel om de transacties ten uitvoer te brengen. De vergoeding wordt bepaald aan de hand van de volgende stappen:

1. Bepaling van het *capital at risk* van FFT;
2. Identificatie van het gebruikte eigen vermogen van FFT in het licht van de uitgevoerde functies en het ondersteunen van haar financiële investeringen;
3. Bepaling van de verwachte vergoeding van FFT's *capital at risk* door gebruikt te maken van het Capital Asset Pricing Model (hierna, "CAPM") en een gepaste vergoeding voor het eigen vermogen dat gebruikt wordt door FFT om haar activiteiten uit te oefenen; en
4. Berekening van de algemene winstgevendheid van FFT door de resultaten van bovenstaande stappen samen te voegen.

**Onder stap 1**, en op basis van het functioneel risicoprofiel zoals opgenomen in het TP Rapport, draagt FFT de volgende risico's: operationeel risico, kredietrisico, tegenpartijrisico, maar draagt het geen wisselkoersrisico. Door middel van de toepassing van het Bazel II-akkoord, berekent men in het TP Rapport het minimale eigen vermogen dat nodig is voor FFT om haar risico's te dragen. Het resultaat van die berekeningen is wat in het TP Rapport het *capital at risk* wordt genoemd dat overeenkomt met het hypothetische, reglementaire eigen vermogen van FFT volgens het Bazel II-akkoord.

**Onder stap 2** wordt, enerzijds, het eigen vermogen van FFT in het licht van de uitgevoerde functies afgeleid op basis van het totale eigen vermogen van FFT, en uit het minimale eigen vermogen voor FFT's *capital at risk* zoals bepaald onder de eerste stap en, anderzijds, FFT's eigen vermogen gebruikt bij het ondersteunen van zijn financiële investeringen in FFNA en FFC (beide worden voor 100 % aangehouden).

Een gepaste return on equity (hierna, "ROE") moet toegepast worden op het *capital at risk*, in functie van **stap 3**, wordt bepaald aan de hand van CAPM, waarbij:

$$\text{Expected return pre - tax} = \frac{(\text{risk - free rate} + \beta * \text{equity risk premium})}{(1 - \text{tax rate})}$$

In casu:

Risico-vrije interestvoet	2,85 %	10-jaar German Bund (2011 jaargemiddelde)
Beta ( $\beta$ )	0,29	Laagste kwartiel van een set van 66 vergelijkbare ondernemingen actief in de financiële sector (verstrekkt door de databank van A. Damodaran)
Risicopremie	5,00 %	Databank van A. Damodaran (Juli 2011 update)
Belastingtarief	28,80	Luxemburgs statutair belastingtarief
<b>ROE</b>	<b>6,05 %</b>	

Verder wordt een vergoeding bepaald voor FFT's eigen vermogen (dat beschikbaar is om de activiteiten uit te voeren en dat overeenstemt met het gebruikte eigen vermogen van FFT in het licht van de uitgevoerde functies zoals bepaald onder stap twee) door een gepaste marktinterestvoet op korte termijn deposito's te bepalen. In casu wordt die in het TP Rapport bepaald op 0,87 %. Ten slotte wordt, in functie van stap 3, geen vergoeding tegenover het eigen vermogen van FFT voor het ondersteunen van haar financiële investeringen (deelnames) gezet.

In **stap 4** worden bovenstaande stappen gecombineerd om tot de algemene winstgevendheid van FFT te komen, i.e., in casu EUR 2,542 miljoen voor het boekjaar 2011.

### 3. Samengevoegde zaken T755/15 en T759/15

(Ger. EU 24 september 2019, samengevoegde zaken T-755/15 en T-759/15, ECLI:EU:T:2019:670, PB C 59 van 15 februari 2016)

In 2013 vraagt de Europese Commissie Luxemburg om bijkomende inlichtingen omtrent de nationale rullingpraktijk. Haar onderzoek wees uit dat met betrekking tot bovenvermelde ruling sterke aanwijzingen van ongeoorloofde staatssteun voorhanden waren. In 2014 voert de Europese Commissie dan ook de formele onderzoeksprocedure uit en concludeert vervolgens dat er effectief sprake is van ongeoorloofde staatssteun. De Europese Commissie heeft met name twijfels of de ruling voldoet aan het *arm's length* beginsel en dit omwille van de volgende vier overwegingen:

- Ten eerste stelt de Europese Commissie dat de ruling lijkt in te stemmen met een vaste belastbare basis van EUR 2,542 miljoen (+/- 10 %) met betrekking tot de activiteiten van FFT die slechts marginaal konden variëren, en dus stabiel blijven, zelfs als FFT bijvoorbeeld haar activiteiten die ten grondslag liggen aan de bepaling van de belastbare basis aanzienlijk zou uitbreiden;
- Ten tweede twijfelt de Europese Commissie aan de geschiktheid van de gebruikte verrekenprijsmethode om de vergoeding voor FFT te bepalen. Volgens de Europese Commissie zou het gebruik van een directe verrekenprijsmethode, meer bepaald de *comparable uncontrolled price* (hierna, "CUP") methode moeten verkozen worden in gevallen waarin vergelijkbare transacties op de markt kunnen worden waargenomen. In dat opzicht merkte de Europese Commissie op dat Chrysler, het Amerikaanse bedrijf van de Groep, voor haar activiteiten rechtstreeks afhankelijk is van marktkapitaalfinanciering en sommige van dergelijke transacties vergelijkbaar zijn met die van FFT;

- Ten derde, wat betreft het gebruik van het CAPM om de vereiste ROE in te schatten, betwijfelt de Europese Commissie of deze correct werd toegepast. De Europese Commissie wijst erop dat de twee componenten die de vergoeding in hoofde van FFT bepalen op basis van het CAPM, nl. het bedrag van het eigen vermogen dat op deze manier wordt vergoed, en het vergoedingsniveau dat op dat bedrag wordt toegepast, onderschat worden; en
- Ten vierde twijfelt de Europese Commissie aan de volgens haar lage vergoeding van 0,87 % over het eigen vermogen dat kan bestempeld worden als overtollig eigen vermogen.

Tegen dit besluit van de Europese Commissie stelden FFT en Luxemburg bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring in. Maar het Gerecht sprak de zaak uit in het voordeel van de Europese Commissie hoewel FFT en Luxemburg betoogd hadden dat a) de Europese Commissie een harmonisatie van nationale belastingregels probeerde te bewerkstelligen, b) dat het de ruling niet mocht beoordelen vanuit het perspectief van het zakelijkheidsbeginsel, c) dat de ruling geen selectief voordeel verstrekt aan FFT en d) dat de eis van de Europese Commissie tot terugvordering van de staatssteun het rechtszekerheidsbeginsel zou schenden (voor verdere commentaren van zowel Luxemburg als FFT, zie hieronder).

Het Gerecht stelde immers dat de Europese Commissie het zakelijkheidsbeginsel kan aanwenden om te oordelen of een ruling al dan niet aanleiding geeft tot staatssteun en dat de verrekenprijsanalyse zoals vervat in de ruling niet resulteerde in een *arm's length vergoeding*. Het Gerecht volgt de Europese Commissie in haar betoog en stelt dat de toepassing van de gehanteerde verrekenprijsmethode, de TNMM, onjuist is. Dit te meer omdat in de berekeningen het kapitaal van FFT niet volledig in aanmerking werd genomen en de waarde van bepaalde deelnemingen buiten beschouwing werd gelaten. Dit tezamen zou niet tot een *arm's length* uitkomst kunnen leiden, wat de vergoeding voor de uitgeoefende financieringsactiviteiten door FFT herleidt tot een minimum waardoor een selectief voordeel verschaft wordt vermits er te weinig belasting betaald worden in Luxemburg.

### 3.1. Commentaren van Luxemburg

Luxemburg claimde dat de Europese Commissie de OESO TP richtlijnen foutief heeft geïnterpreteerd.

De Europese Commissie ging met name voorbij aan het feit dat sinds 2010 de OESO TP richtlijnen niet langer gewag maken van een hiërarchie van verrekenprijsmethodes consistent met de huidige praktijken (paragraaf 1.13 van de toen geldende OESO TP richtlijnen) die stellen dat *verrekenprijzen geen exacte wetenschap zijn* en dat *de keuze van de methodologie voor het vaststellen van marktconforme verrekenprijzen niet vaak eenduidig duidelijk zullen zijn*.

Verder bekritiseerde Luxemburg de Europese Commissie dat ze te veel en eenzijdig focust op de vermeende fiscale strategie van de Groep, zonder rekening te houden met het feit dat Fiat, zijnde een groep, andere redenen kan gehad hebben om haar structuur op te zetten zoals ze deed. De Luxemburgse belastingautoriteiten hadden ook naar eigen zeggen zeker geen vaste belastbare basis afgesproken. FFT's belastbare winst hangt namelijk af van het bedrag aan uitstaande leningen en het TP Rapport geeft enkel een 'vork' in termen van basispunten voor de marge die FFT zal vergoeden.

Bovendien, in functie van het vereiste eigen vermogen, beschouwt Luxemburg het Bazel II kader alsook het uitsluiten van het eigen vermogen met betrekking tot het aanhouden van FFNA en FFC, als een redelijke keuze.

Ten derde claimt Luxemburg dat het uitsluiten van intra-groep schulden van de berekening ook gerechtvaardigd is gegeven dat FFT's schulden gedekt worden door een expliciete garantie door zijn schuldeisers.

Ten slotte bekritiseert Luxemburg de Europese Commissie met betrekking tot de vragen die gesteld werden in verband met de manier waarop de beta was berekend bij het bepalen van een marktconforme vergoeding. Deze berekeningen zijn niet puur mathematisch, en verschillende resultaten kunnen dan ook onderbouwd worden.

### 3.2. Commentaren van FFT

FFT op haar beurt betoogde volgende bijkomende commentaren.

Gegeven dat er geen interne, vergelijkbare transacties beschikbaar waren die konden worden

gebruikt voor het toepassen van de CUP-methode, is het gebruik van de TNMM zeker te verantwoorden. FFT geeft geen leningen aan derde partijen, en groepsvennootschappen (andere dan de treasury entiteiten) krijgen geen vergelijkbare leningen van derde partijen.

Als het TP Rapport de prijszetting van obligaties had gebruikt door toepassing van de CUP-methode, bij het zetten van verrekenprijzen op de leningen aan groepsvennootschappen, dan zou FFT verliezen hebben geleden. FFT zou dan niet de liquiditeitskost om de financiële noden van de Groep te ledigen, kunnen goedmaken.

Bovendien is het niveau van eigen vermogen vaak het resultaat van historische beslissingen die verband houden met de bedrijfsvoering van een bedrijf en heeft dus niet noodzakelijk een directe link met het niveau van eigen vermogen dat nodig is om de risico's van de activiteiten van de entiteit te dragen.

Overigens moet FFT bewijzen dat haar eigen vermogen voldoet om zijn risico's te dragen rekening houdende met haar functioneel risicoprofiel. Echter, er zijn geen specifieke richtlijnen gegeven door de relevante Circulaire (i.e., Circulaire L.I.R nr. 164/2, zie verder) om een gepast niveau van eigen vermogen te bepalen. Daarom besloot FFT om zijn *capital at risk* te analyseren op basis van het Bazel II kader. De Circulaire vergelijkt bedrijven die intermediaire financieringsactiviteiten uitvoeren met onafhankelijke financiële instituties. De Circulaire vereist ook dat de belastingbetalers die intra-groep financieringstransacties uitvoeren voldoende eigen vermogen hebben om hun financieringsrisico's van dergelijke transacties in te dekken.

Holding entiteiten worden echter niet in aanmerking genomen voor de toepassing van de ruling, wat ook rechtvaardigt waarom de deelnemingen van FFT worden uitgesloten van haar *capital at risk*. Bovendien heeft het bedrag aan eigen vermogen dat overeenkomt met de investering in de dochterondernemingen van FFT uitgesloten omdat het niet-portefeuille investeringen weerspiegelt die vergoed worden door middel van dividenden. Dividenden zijn echter buiten de sfeer van verrekenprijsanalyses aangezien deze geen rekening houden met het belang van de uitgevoerde functies of gedragen risico's. Tenslotte is dit ook in overeenstemming met het Bazel II-akkoord.

Met betrekking tot de analyse van de behandeling van intra-groep vorderingen (*receivables*) en het feit dat de ruling geen rekening houdt met alle andere activa dan activa van derden, stelt FFT dat de groepskreditscore al geïncorporeerd is in de zgn. '*cost of funding*'. Aangezien, zoals gesteld, FFT en alle groepsentiteiten een kredietrisico hebben gelijk aan Fiat S.p.a., is er geen extra kredietrisico voor FFT bij het verlenen van krediet aan haar verbonden groepsentiteiten. Daarom wordt de rente berekend door FFT vastgesteld als de som van:

1. De '*Group cost of funding*';
2. De garantievergoedingen die FFT betaalt aan Fiat S.p.a.;
3. De operationele kosten die FFT maakt om haar eigen diensten aan te kunnen leveren aan verbonden groepsentiteiten;
4. De negatieve '*carry*' die ontstaat doordat aanzienlijke bedragen die door FFT zijn geleend (als schuldenaar), moeten worden aangehouden op kortlopende deposito's, tegen een lagere rente, om op korte termijn te voldoen aan de liquiditeitsbehoeften van de Groep; en
5. De kapitaalvergoeding voor de gedragen risico's die in overeenstemming zijn met het functioneel risicoprofiel van FFT als treasury entiteit.

Met betrekking tot het gebruik van het laagste kwartiel van een set van vergelijkbare bedrijven (bij het uitsluiten van bepaalde vergelijkbare bedrijven zoals nationale banken, blijft de initiële marktconforme 'vork' quasi hetzelfde wordt tevens opgemerkt) stelt FFT dat dit in lijn is met de OESO TP richtlijnen die stellen dat elk punt binnen een marktconforme vork toegepast kan worden om tot een marktconforme prijs te komen.

Ten slotte is FFT het niet eens met de Europese Commissie die stelt dat de 0,87 % vergoeding op zijn overtoellig kapitaal te laag is.

### 3.3. Besluit van de Europese Commissie

In het licht van de informatie die tijdens de formele onderzoeksprocedure werd verstrekt, aanvaardde de Europese Commissie het argument van FFT dat de CUP-methode niet de meest geschikte verrekenprijsmethode is in haar geval, en dus, dat het gebruik van de TNMM meer geschikt was. Bovendien erkent de Europese Commissie dat de verrekenprijsanalyse voor FFT gebaseerd op een rendement op eigen vermogen, dewelke een aanvaardbare prestatie-indicator is voor de financiële sector, en dat de functies die FFT uitvoert vergelijkbaar zijn met die van financiële instellingen.



Echter, de Europese Commissie beschouwde de keuze om het reguliere eigen vermogen als geschikte winstindicator te gebruiken in de toepassing van de TNMM als ongeschikt. In plaats daarvan vereist de Europese Commissie de TNMM in combinatie met het gebruik van een ROE, ingeschat op basis van het CAPM, wordt toegepast op FFT's boekhoudkundig eigen vermogen als het resultaat moet resulteren in een betrouwbare benadering van een marktconform resultaat.

Return measures	Capital bases
Return on Equity (RoE) = Profit / IFRS equity <i>Estimated by FFT using CAPM with <math>\beta</math> based on a sample of 66 companies</i>	IFRS equity <i>Available from FFT's balance sheet</i>
Return on regulatory capital = Profit / Regulatory capital <i>No estimates available</i>	Basel II regulatory capital <i>proxy of regulatory capital albeit incorrectly estimated was provided by FFT</i>

Hoewel het boekhoudkundig eigen vermogen in de financiële sector vaak wordt gebruikt als een basis voor het berekenen van de winstgevendheid van een bedrijf, aanvaardt de Europese Commissie dat voor de toepassing van de TNMM zou kunnen gehanteerd worden voor verrekenprijdsdoeleinden, zolang de methodologie die is gebruikt om tot een vergoeding voor intra-groep transacties binnen de groep consistent is. In het specifieke geval van FFT beschouwt de Europese Commissie de keuze van voor FFT's hypothetische, wettelijke eigen vermogen voor dit doel niet geschikt om tot een betrouwbaar resultaat te komen, en dit voor volgende redenen:

1. FFT is geen gereguleerde financiële entiteit waarop het Bazel II-akkoord van toepassing is. Concreet betekent dit dat de risicoweging van elk actief voor dat regelgevingskader afhangt, met name, van de kredietwaardigheid van de tegenpartij maar ook op andere criteria die activa per activa beoordeeld moeten worden. De last van de administratie voor het verifiëren van de individuele risicowegingen van activa is verwijderd uit de toezichtcontext wanneer deze wordt gebruikt om de belastbare basis voor verrekenprijdsdoeleinden te bepalen in plaat van de minimum kapitaalvereisten. Het is daarom onwaarschijnlijk dat enig resultaat dat resulteert uit die oefening, gemakkelijk kan worden geverifieerd door de belastingdienst als een betrouwbare benadering van een marktconforme uitkomst in overeenstemming met het principe van marktconformiteit.
2. Een rendement op het minimale, wettelijke kapitaal is een niet-gebruikelijke prestatie-indicator in de financiële sector, gemiddeldes van rendementen op het minimale, wettelijke kapitaal worden niet vaak geanalyseerd of beschikbaar gesteld.
3. De vergelijkbare bedrijven die geselecteerd werden om een toepasselijke ROE in te schatten, gebruik makend van het CAPM, zijn duidelijk ontoereikend voor het inschatten van de gemiddelde wettelijk eigen vermogen van de sector of het vereiste rendement op dat eigen vermogen gegeven dat verschillende van die bedrijven niet onder het Bazel kader vallen.

Met betrekking tot het uitsluiten van eigen vermogen (in functie van het aanhouden van FFT's dochterondernemingen), en meer bepaald het argument van Luxemburg dat de verwerving van participaties door FFT volledig werd gefinancierd door eigen vermogen, een financieringswijze die automatisch zou inhouden dat die middelen niet langer beschikbaar zijn om andere door FFT gedragen risico's te dekken, kan niet aanvaard worden door de Europese Commissie.

Financieringsbronnen, of het nu gaat om eigen of vreemd vermogen zijn niet toegerekend aan of toegewezen aan identificeerbare activa, tenzij specifieke wettelijke bepalingen de passiva binden aan een specifiek activa of pool van activa (bv. in het geval van gedekte obligaties). Het feit dat het bedrag dat is afgetrokken van FFT's eigen vermogen in het TP Rapport overeenkomt met de aankoopprijs van FFNA en FFC heeft geen invloed op het feit dat financieringsbronnen niet kunnen in principe worden toegewezen aan specifieke activa. Bovendien blijkt niet uit het jaarverslag van FFT dat deze aankopen volledig werden gefinancierd door eigen vermogen, gegeven dat het eigen vermogen voor de acquisitie gelijk was aan EUR 286 miljoen en na acquisitie gelijk aan EUR 287 miljoen.

Naast de conclusie van de Europese Commissie over de inconsistente manier waarop FFT komt

tot het geschatte bedrag van eigen vermogen dat vergoed moet worden voor de toepassing van de TNMM, meent de Europese Commissie dat de wijze waarop de ROE is bepaald, niet resulteert in een betrouwbare benadering van een marktconforme uitkomst en is volgens hen niet in lijn met het marktconformiteitsprincipe.

1. De toegepaste beta van 0,29 stemt niet overeen met een beta van de financiële sector die geacht wordt relevante vergelijkbare bedrijven te zijn met betrekking tot de verrekenprijsanalyse. Het niveau van de beta van dergelijke bedrijven wordt veel hoger geacht te zijn, dikwijls groter dan 1. De Europese Commissie verwijst hiervoor naar de beta van de Stoxx 50 Bank subindex, die gelijk is aan 1,36 voor de periode tussen 31/12/2009 en 31/12/2011 en naar het feit dat bijna alle banken die in de subindex aanwezig waren een beta groter dan 1 hadden.
2. De lijst van vergelijkbare bedrijven bevat bedrijven die actief zijn in sectoren verschillend dan waarin FFT actief is en bevat zelfs 2 nationale banken.
3. De verrekenprijsanalyse gebruikt het laagste kwartiel in plaats van de mediaan, zonder bijkomende verduidelijking of verklaring. De Europese Commissie stelt hierbij dat beta het niet-diversifieerbaar risico representeert. Terwijl lening portefeuilles van banken wellicht veel meer gediversifieerd zijn dan de portefeuille van FFT. Daarom kan het beargumenteerd worden dat een hoger punt in de vork moet geselecteerd worden.

#### 4. Hogere voorziening – samengevoegde zaken C-885/19 P en C-898 P

(EHv) 8 november 2022, samengevoegde zaken C-885/19 P en C-898/19P, ECLI:EU:C:2022:859, PB C 45 van 10 februari 2020 en PB C 54 van 17 februari 2020).

FFT en het Groothertogdom Luxemburg stelden vervolgens een hogere voorziening in bij het Hof tegen de uitspraak van het Gerecht.

In hogere voorziening, herinnert het Hof eraan dat *maatregelen van lidstaten op gebieden die niet zijn geharmoniseerd in het Unierecht* (zoals directe belastingen) onder het toepassingsgebied van de regels inzake staatssteun kunnen vallen. Het is de lidstaten dus niet toegelaten om belastingmaatregelen aan te nemen die ongeoorloofde staatssteun kunnen uitmaken. Hiermee wordt meermaals bevestigd dat de Europese Commissie rulings kan toetsen aan de bepalingen inzake staatssteun. Echter, er moet worden opgemerkt dat de Europese Commissie geen discretionaire beoordelingsvrijheid heeft bij het vaststellen of er al dan niet sprake is van staatssteun en zal het moeten aantonen dat aan de vier voorwaarden van art. 107, lid 1 VWEU is voldaan.

In haar besluit argumenteerde de Europese Commissie dat aan alle voorwaarden wel was voldaan. Met name zou aan de voorwaarde inzake het toekennen van een selectief voordeel voldaan zijn omdat de toekenning van de ruling zou hebben geleid tot een vermindering van de belasting die FFT in Luxemburg verschuldigd was, en dit bovendien een afwijking inhield van het Luxemburgse, 'reguliere vennootschapsbelastingstelsel'. Volgens de Europese Commissie maakt juist dit algemeen stelsel van de vennootschapsbelasting het referentiekader uit dat in aanmerking diende te worden genomen voor de beoordeling van de selectiviteit van de betrokken ruling. Volgens de Europese Commissie houdt een fiscale maatregel die ertoe leidt dat een groepsonderneming verrekenprijzen hanteert die niet marktconform zijn aldus een voordeel in voor de betrokken onderneming.

Verder stelde de Europese Commissie dat het zakelijkheidsbeginsel deel uitmaakt van de beoordeling van de vraag of belastingmaatregelen ten voordele van groepsondernemingen in overeenstemming zouden zijn met art. 107, lid 1 VWEU en dit ongeacht of een lidstaat het zakelijkheidsbeginsel in de nationale rechtsorde heeft opgenomen. De Europese Commissie heeft dan ook het zakelijkheidsbeginsel getoetst aan die bepaling en niet aan het zakelijkheidsbeginsel zoals gedefinieerd in het Luxemburgs recht.

In haar uiteenzetting herinnert het Hof eraan dat de Europese Commissie (i) het referentiestelsel moet vaststellen opdat een nationale belastingmaatregel selectief zou kunnen zijn, en (ii) moet aantonen dat de nationale belastingmaatregel in kwestie afwijkt van het referentiestelsel omdat er een ongerechtvaardigde verschil in behandeling wordt ingevoerd tussen de marktdeelnemers. Bij het vaststellen van het referentiestelsel inzake directe belastingen moet echter enkel het toepasselijke nationale recht van de betrokken lidstaat in aanmerking worden genomen.

Het Hof legt ook de nadruk op het belang van het correct identificeren van het toepasselijke referentiestelsel in de betrokken lidstaat en dat een fout in deze vaststelling de geldigheid van het

gehele onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde aantast. Gelet op deze principes, stelt het Hof in hogere voorziening dat door geen rekening te houden met de relevant nationale regelgeving van Luxemburg de Europese Commissie een zakelijkheidsbeginsel toepast dat verschilt van het zakelijkheidsbeginsel zoals vermeld in de Luxemburgse wetgeving (i.e., art. 164, lid 3 van de Luxemburgse Wetboek van Inkomstenbelasting dat het zakelijkheidsbeginsel vastlegt en Circulaire L.I.R nr. 164/2 dat verduidelijkt hoe een *arm's length* vergoeding moet worden vastgesteld, meer bepaald voor groepsvennootschappen die financieringsactiviteiten uitoefenen). De Europese Commissie heeft zich dan ook beperkt tot het vaststellen van het zakelijkheidsbeginsel zoals dat abstract tot uitdrukking komt in het algemene stelsel van de vennootschapsbelasting in Luxemburg. Aldus had de Europese Commissie de concrete toepassingsmodaliteiten van het zakelijkheidsbeginsel zoals vervat in de relevante nationale regelgeving in aanmerking moeten nemen bij het bepalen van het referentiekader opdat het kon vaststellen of er sprake was van een selectief voordeel. Aangezien het Gerecht ingestemd heeft met de benadering van de Europese Commissie heeft het dan ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Verder herinnert het Hof eraan dat, bij een gebrek aan harmonisatie daartoe, de vaststelling van de methode en criteria aan de hand waarvan een *arm's length* uitkomst kan worden bepaald tot de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten behoort. Het zijn dan ook uitsluitend de nationale bepalingen die relevant zijn om na te gaan of bepaalde transacties moeten worden getoetst aan het zakelijkheidsbeginsel en of de verrekenprijzen die de basis vormen voor de belastbare inkomsten van een belastingplichtige, en de verdeling ervan onder de betrokken staten, al dan niet afwijken van een *arm's length* uitkomst. Dit is een uitdrukking van het fiscale legaliteitsbeginsel dat een algemeen rechtsbeginsel is in de Unierechtsorde.

*In casu* betekende dit dat als de Europese Commissie vaststelt dat een lidstaat de keuze heeft gemaakt om het zakelijkheidsbeginsel toe te passen bij het vaststellen van verrekenprijzen bij groepsvennootschappen, het moet aantonen dat de gehanteerde criteria en parameters daartoe in het nationale recht kennelijk onverenigbaar zijn met de in het nationale recht opgenomen doelstelling om alle ingezeten vennootschappen op niet-discriminerende wijze te belasten en dit ongeacht of het om groepsvennootschappen gaat of niet, doordat deze tot gevolg hebben dat de verrekenprijzen voor groepsvennootschappen systematisch op een lager niveau worden vastgesteld in vergelijking met de prijzen voor vergelijkbare transacties van niet-verbonden vennootschappen. Het Hof in hogere voorziening heeft dan ook het arrest van 24 september 2019, alsook het besluit van de Europese Commissie, vernietigd.

## 5. Belang van de uitspraak en mogelijke gevolgen

Dit betreft een belangrijke, want finale uitspraak door het Hof, terwijl er op dat moment nog (transfer pricing en staatsteun-gerelateerde) zaken procedureel hangende zijn (b.v. de Starbucks-case) dan wel nog onderzocht worden in het kader van ongeoorloofde staatssteun (o.m. Nike en Ikea), waar de Europese Commissie een gelijkaardige aanpak hanteert en referentiekader beargumenteert. De uitspraak van het Hof is significant in die zin dat het Hof de Europese Commissie als het ware terugfluit met betrekking tot haar standpunt een eigen interpretatie van het *arm's length* beginsel (al dan niet op basis van de OESO TP Richtlijnen) te kunnen hanteren, zonder rekening te houden met de toepassing van dit beginsel volgens nationaal recht. In tegenstelling tot wat de Europese Commissie uitvoerde, is zij dus gehouden bij het bepalen van het referentiestelsel (tevens) rekening te houden met de wetgevende keuzes inzake het *arm's length* beginsel van de specifieke lidstaat zelf.

Gevolgen voor staatsteunzaken in verband met verrekenprijzen: We menen te mogen verwachten dat in hangende en komende gelijksoortige zaken de Europese Commissie zal bijkomend moeten en trachten te beargumenteren dat de nationale, wetgevende invulling van het *arm's length* beginsel in overeenstemming is met haar interpretatie, dan wel beargumenteren dat eventuele, specifieke verschillen geen impact hebben op haar referentiestelsel en selectiviteitsanalyse. In ieder geval heeft het Hof de lat voor de Europese Commissie iets hoger gelegd ...

Directe gevolgen voor de verrekenprijspraktijk zijn er niet meteen, of althans niet nieuw. Het spreekt voor zich dat veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de OESO TP Richtlijnen als gids voor het ontwikkelen van een (globaal uniform) verrekenprijz beleid. Vele jurisdicties volgen deze tevens in de praktijk, al dan niet met expliciete vermelding in hun regelgevend kader. De verrekenprijz specialist is zich daarentegen reeds bewust van nationale interpretaties, weermom al dan niet expliciet of impliciet deel uit makend van het nationale referentiestelsel, dan wel middels gebruikelijke geplogenheden.



De eventuele *mismatch* in nationale interpretaties kan eventueel een praktische moeilijkheid vormen (bvb. de specifieke Duitse TP regels inzake herstructureringen wijkt ons inziens af van de aanpak die België volgt, dewelke gebaseerd is op de OESO TP Richtlijnen), maar dit is dus niet nieuw. In het kader van de EU staatsteunuitspraak hierin besproken – dus bij het bekomen van een ruling of APA binnen EU context – is het ons inziens evenwel aan te raden om proactief het correcte referentiestelsel vanuit een nationaal perspectief in ogenschouw te nemen, met inbegrip van de desgevallend, mogelijke afwijkingen van de OESO TP Richtlijnen.

Tot vandaag merken we op dat het uitkristalliseren van het correcte referentiestelsel in verrekenprijstrulings eerder summier gebeurt middels een snelle verwijzing naar de nationale wetsartikelen van toepassing en al snel overgegaan wordt tot verwijzing naar de OESO TP Richtlijnen. In de meerderheid van de gevallen zal dit niet tot problemen leiden. In een kleine minderheid van de gevallen (waar de Europese Commissie staatsteun zou kunnen vermoeden), zou een proactieve houding en uitgebreidere invulling ons inziens een te overwegen investering kunnen zijn, zowel vanuit het perspectief van de belastingplichtige als vanuit het perspectief van de belastingadministratie.

**Andy Neuteleers**  
**, Kenny Van Tulder**  
**, Patrik Pashaj**  
**– Tiberghien economics**


## Over deze akte

---

Fiat-case: EU arm's length interpretatie overrulet nationale niet

ⓘ Afkondigingsdatum: 02/01/2023

---

 Versie 2023