

**POMOC PAŃSTWA – BELGIA****Pomoc państwa SA.53970 (2019/NN) – Zwolnienie z opodatkowania nadmiernych zysków przyznane Evonik****Zaproszenie do zgłaszania uwag zgodnie z art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2020/C 288/07)

Pismem z dnia 16 września 2019 r., zamieszczonym w autentycznych wersjach językowych na stronach następujących po niniejszym streszczeniu, Komisja powiadomiła Belgię o swojej decyzji o wszczęciu postępowania określonego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i dotyczącego wyżej wspomnianego środka pomocy.

Zainteresowane strony mogą zgłaszać uwagi na temat środka pomocy, w odniesieniu do którego Komisja wszczyna postępowanie, w terminie jednego miesiąca od daty publikacji niniejszego streszczenia i następującego po nim pisma na następujący adres lub numer faksu:

European Commission,  
Directorate-General Competition State  
Aid Greffe  
1049 Bruxelles/Brussel  
BELGIQUE/BELGIË  
Faks + 32 22961242  
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Otrzymane uwagi zostaną przekazane Belgii. Zainteresowane strony zgłaszające uwagi mogą wystąpić z odpowiednio uzasadnionym pisemnym wnioskiem o objęcie ich tożsamości klauzulą poufności.

**Opis środków, w odniesieniu do których Komisja wszczyna postępowanie**

W latach 2009, 2010, 2011 i 2012 belgijskie organy podatkowe dokonały interpretacji indywidualnych prawa podatkowego w zakresie opodatkowania nadmiernych zysków w odniesieniu do belgijskiej spółki Evonik Oxeno Antwerpen NV („Oxeno”) i nowego przedsiębiorstwa, którego założenie planowała Evonik Group („NewCo”); interpretacje te obejmowały lata podatkowe 2011–2019. W oparciu o te interpretacje spółki Oxeno i NewCo mogły wyłączyć z podatku od osób prawnych w Belgii część zysków netto przed opodatkowaniem jako „nadmierny zysk” rzekomo wynikający z synergii i korzyści skali. Przedmiotowe interpretacje rzekomo wydano na podstawie art. 185 § 2 lit. b) belgijskiego kodeksu podatków dochodowych.

**Ocena środków pomocy**

Komisja ma poważne wątpliwości co do zgodności tych środków z rynkiem wewnętrznym na mocy art. 107 Traktatu. Komisja wstępnie uznaje, że środki te zapewniają Oxeno i NewCo selektywną korzyść w postaci wyłączenia części zysku z podstawy opodatkowania, gdyż środki indywidualne spowodowały poprawę sytuacji finansowej netto tych przedsiębiorstw.

Komisja jest ponadto zdania, że przedmiotowe środki przynoszą korzyść przedsiębiorstwom Oxeno i NewCo względem podatników znajdujących się w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej. Z jednej strony, Komisja wstępnie uważa, że w przypadku przedmiotowych środków, przyznając Oxeno i NewCo zwolnienie z opodatkowania nadmiernych zysków, niewłaściwie zastosowano art. 185 § 2 lit. b) belgijskiego kodeksu podatków dochodowych. Po pierwsze, w ramach tych środków przyznaje się przedmiotowemu przedsiębiorstwu na zasadzie ostrożności jednostronne zwolnienie z podatku zysków nieuwzględnionych w podstawie opodatkowania powiązanego kontrahenta zagranicznego objętego inną jurysdykcją podatkową. Po drugie, w ramach tych środków zastosowano art. 185 § 2 lit. b) belgijskiego kodeksu podatków dochodowych – w którym to przepisie skodyfikowano zasadę ceny rynkowej – mimo że dany przypadek nie obejmuje ustalania cen mających zastosowanie do jakichkolwiek transakcji wewnątrz grupy. W rezultacie środki te powodują obniżenie podstawy opodatkowania Oxeno i NewCo, mimo że w belgijskim prawie podatkowym nie istnieje ku temu żadna podstawa prawna. Środki te przynoszą zatem korzyść przedsiębiorstwom Oxeno i NewCo względem wszystkich pozostałych przedsiębiorstw podlegających opodatkowaniu w Belgii na podstawie zysku księgowego traktowanego jako punkt wyjścia i niezależnie od ewentualnych późniejszych korekt przewidzianych w prawie.

Z drugiej strony, nawet gdyby można było uznać, że art. 185 § 2 lit. b) belgijskiego kodeksu podatków dochodowych stanowi podstawę zwolnienia z opodatkowania zysku rzekomo wynikającego z synergii i korzyści skali, co Komisja kwestionuje, to jednak Komisja wstępnie uznaje, że przedmiotowe środki prowadzą do dyskryminacji na korzyść Oxeno i NewCo, gdyż nie wszystkie przedsiębiorstwa podlegające opodatkowaniu, które generują zysk uznawany przez Belgię za „nadmierny”, mogą skorzystać ze zwolnienia z opodatkowania nadmiernych zysków.

W związku z brakiem ważnego uzasadnienia Komisja wstępnie uznaje, że przedmiotowe środki i zatwierdzenie przez belgijskie organy podatkowe rocznych deklaracji podatkowych Oxeno i NewCo sporządzonych na podstawie tych środków stanowią pomoc państwa przyznaną Evonik Oxeno Antwerpen NV, NewCo i Evonik Group w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu. Na tym etapie Komisja nie stwierdziła żadnych podstaw pozwalających na uznanie zgodności przedmiotowych środków z rynkiem wewnętrznym. Komisja ma zatem poważne wątpliwości co do zgodności tych środków z rynkiem wewnętrznym.

Zgodnie z art. 16 rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 wszelka niezgodna z prawem pomoc może podlegać odzyskaniu od beneficjenta.

## TEKST PISMA W JĘZYKU FRANCUSKIM

Par la présente, la Commission a l'honneur d'informer la Belgique qu'après avoir examiné les informations transmises par vos autorités sur la mesure citée en objet, elle a décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (le «TFUE»).

## 1. PROCÉDURE

- (1) Le 11 janvier 2016, la Commission a adopté une décision négative assortie d'une injonction de récupération concernant la pratique des décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» mise en œuvre par la Belgique de 2004 à 2014 (la «décision de 2016») <sup>(1)</sup>. Dans la décision de 2016, la Commission concluait que cette pratique était constitutive d'un régime d'aides dans le cadre duquel les bénéficiaires d'une décision anticipée concernant leurs «bénéfices excédentaires» recevaient une aide d'État illégale et incompatible. Deux entités belges du Groupe Evonik (ci-après le «Groupe»), Evonik Oxeno Antwerpen NV (ci-après «Oxeno») et une société belge devant être constituée par le Groupe Evonik (ci-après «NewCo»), ont bénéficié de quatre décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» et ont été identifiées par la Belgique comme deux des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès d'Oxeno.
- (2) Le 14 février 2019, le Tribunal de l'Union européenne (le «Tribunal») a conclu que la Commission avait erronément considéré que la pratique des décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» constituait un régime d'aides et il a annulé la décision de 2016, sans se prononcer sur l'existence d'une aide d'État illégale et incompatible dans chacune des décisions anticipées concernées. Le 24 avril 2019, la Commission a formé un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal devant la Cour de justice de l'Union européenne (la «Cour de justice») <sup>(2)</sup>.
- (3) Par lettre du 5 avril 2019, la Commission a demandé à la Belgique de lui communiquer les décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» qu'elle n'avait pas encore transmises dans le cadre de la procédure ayant conduit à l'adoption de la décision de 2016. Elle a en outre informé la Belgique qu'elle avait des raisons de penser que les différentes décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» octroyées par la Belgique entre 2004 et 2014, y compris celles octroyées à Oxeno et NewCo, pouvaient être constitutives d'aides d'État illégales. La Commission a invité la Belgique à formuler ses observations.
- (4) Par lettre du 9 mai 2019, la Belgique a transmis à la Commission les décisions anticipées demandées et a expliqué pourquoi elle considérait qu'elles ne constituaient pas des aides d'État.

## 2. CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE

## 2.1. Bénéficiaires des mesures contestées

- (5) Le Groupe Evonik est un groupe multinational qui exerce ses activités dans le secteur des produits chimiques et dont le siège est établi à Essen, en Allemagne. En 2007, le Groupe a réalisé un chiffre d'affaires mondial de 14,4 milliards d'EUR et employait quelque 43 000 personnes à travers le monde.
- (6) Oxeno a été créée en 2001 à Anvers et exploite un des sites de production de produits chimiques du Groupe, notamment des lignes de production d'isobutène et de méthyl tert-butyl éther («MTBE»). Une autre société du Groupe présente sur le site est Evonik Degussa Antwerpen NV. En 2007, Oxeno a enregistré un chiffre d'affaires de plus de 500 millions d'EUR <sup>(3)</sup>.

## 2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part des décisions anticipées énumérées ci-après (les «décisions anticipées») et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Oxeno et NewCo sur la base de ces décisions anticipées, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Oxeno et NewCo:
  - le 8 septembre 2009, Oxeno a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec un investissement substantiel dans une installation de «séparateur de MTBE», qui couvre la période de cinq années allant du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 décembre 2015 (la «décision anticipée de 2009») <sup>(4)</sup>. Dans la décision anticipée de 2009, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que la différence entre la marge de contribution (c'est-à-dire les recettes moins les coûts variables) générée par l'exploitation du nouveau séparateur de MTBE et qu'Oxeno enregistrera dans ses comptes annuels, et une marge de contribution supposée de pleine concurrence «ajustée» (évaluée au moyen de prévisions financières d'une hypothétique entité indépendante), pourrait être exonérée de l'impôt sur les sociétés en Belgique en tant que «bénéfices excédentaires», sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point b), du code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»), pour une période de cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011. Le montant des «bénéfices excédentaires» exonéré d'impôt ne pouvait pas

<sup>(1)</sup> Décision de la Commission du 11 janvier 2016 relative au régime d'aides d'État concernant l'exonération des bénéfices excédentaires SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) mis en œuvre par la Belgique (JO L 260 du 27.9.2016, p. 61).

<sup>(2)</sup> Affaire C-337/19 P, Commission/Belgique et Magnetrol International.

<sup>(3)</sup> Toutes les données sont tirées des décisions anticipées, dont les références figurent au considérant (7).

<sup>(4)</sup> Voorafgaande beslissing 800.407 du 8 septembre 2009, adressée à KPMG Tax & Legal Advisers.

dépasser, sur la période de cinq ans au cours de laquelle la décision était valable, un montant de 32 366 millions d'EUR correspondant au total des «bénéfices excédentaires» prévisionnels à la date de la décision anticipée de 2009.

- le 7 septembre 2010, NewCo a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec des investissements importants dans une nouvelle installation de méthionine (la «décision anticipée de 2010») <sup>(5)</sup>. Dans la décision anticipée de 2010, le Service des décisions anticipées a décidé que 64,09 % du bénéfice net avant impôt (en anglais *net profit before taxes* ou «NPBT») résultant de la nouvelle installation pourraient être exonérés de l'impôt sur les sociétés en Belgique en tant que «bénéfices excédentaires», sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, pour la période de cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015.
- le 8 novembre 2011, Oxeno a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec la construction du séparateur de MTBE concerné par la décision anticipée de 2009 (la «décision anticipée de 2011») <sup>(6)</sup>. Dans la décision anticipée de 2011, le Service des décisions anticipées a accepté qu'Oxeno renonce à la décision anticipée de 2009 <sup>(7)</sup> et décidé que 22,76 % du NPBT résultant de l'exploitation du séparateur de MTBE pourraient être exonérés de l'impôt sur les sociétés en Belgique en tant que «bénéfices excédentaires», sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, pour la période de cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.
- le 25 janvier 2012, Oxeno a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec des investissements importants dans une nouvelle ligne de production de butadiène (la «décision anticipée de 2012») <sup>(8)</sup>. Dans la décision anticipée de 2012, le Service des décisions anticipées a décidé que 69,51 % du NPBT résultant des nouveaux investissements pourraient être exonérés de l'impôt sur les sociétés en Belgique en tant que «bénéfices excédentaires», sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point b) du CIR, pour une période de cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015.

### 2.2.1. L'opération pour laquelle les décisions anticipées ont été demandées

- (8) Toutes les décisions anticipées portent sur la construction ou l'expansion d'installations de production chimique en Belgique: les décisions anticipées de 2009 et de 2011 concernent la construction et l'expansion d'un «séparateur de MTBE»; la décision anticipée de 2010 concerne la construction d'une ligne de production de méthionine; et la décision anticipée de 2012 concerne la construction d'une ligne de production de butadiène. Les décisions anticipées concernent des investissements importants et mentionnent spécifiquement les retombées économiques de ces investissements pour la Belgique, ainsi qu'à la création d'emplois supplémentaires en Belgique, soit au niveau d'Oxeno et de NewCo, soit au niveau d'autres entités belges du Groupe et de sociétés tierces. Les demandes de décision anticipée précisent que la réalisation des investissements au niveau d'Oxeno ou de NewCo, plutôt que dans d'autres entités du Groupe en dehors de Belgique, est en cours d'examen et dépend de l'environnement fiscal belge.

### 2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) Les décisions anticipées de 2009, de 2010 et de 2012 reconnaissent toutes qu'Oxeno et NewCo sont considérées comme des producteurs de plein exercice dans l'exploitation de leurs lignes de production. Toutes les décisions anticipées partent implicitement du principe que les prix payés par Oxeno et NewCo pour les matières premières, l'approvisionnement énergétique, les services de soutien ou la distribution sont facturés aux conditions du marché, de même que les coûts de production et les recettes tirées des ventes des deux sociétés. En tout état de cause, les décisions anticipées n'indiquent aucunement que les transactions intragroupe conclues par Oxeno et NewCo n'ont pas été convenues selon des conditions de pleine concurrence.
- (10) Les décisions anticipées indiquent ensuite que le fait d'appartenir au Groupe permettra à Oxeno et à NewCo de générer des «bénéfices excédentaires», sous la forme d'économies de coûts ou d'avantages synergiques, résultant des investissements prévus. Les quatre décisions anticipées retiennent les avantages suivants liés au Groupe <sup>(9)</sup>: la mise à disposition du savoir-faire du Groupe pour la mise en service et l'exploitation des lignes de production; la clientèle et l'organisation de vente existantes du Groupe; une énergie à moindre coût grâce aux économies d'échelle réalisées en regroupant l'approvisionnement en énergie avec Evonik Degussa Antwerpen NV; des économies d'échelle et des remises quantitatives pour les achats ainsi que la disponibilité de matières premières sur place; et des synergies dans l'utilisation du site commun à Anvers ainsi que des infrastructures existantes, qui se traduisent par une baisse des coûts d'investissement et d'exploitation. Les décisions anticipées de 2009 et 2011 retiennent aussi des économies d'échelle dans les services de soutien (du Groupe), tandis que celle de 2010 mentionne la disponibilité d'un marché pour les sous-produits de la ligne de production.
- (11) Les décisions anticipées déterminent les «bénéfices excédentaires» qu'Oxeno et NewCo tireront de ces économies de coûts et de ces avantages liés aux synergies comme suit:

<sup>(5)</sup> Voorafgaande beslissing 2010.277 du 7 septembre 2010, adressée à KPMG.

<sup>(6)</sup> Voorafgaande beslissing 2011.337 du 8 novembre 2011, adressée à KPMG Tax & Legal advisors.

<sup>(7)</sup> Au stade actuel, la Commission ne sait pas encore s'il a été renoncé à la décision anticipée de 2009 pour toute sa période de validité, ou seulement à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012. En conséquence, la Commission suppose que la décision anticipée de 2009 était encore d'application pour sa première année de validité, c'est-à-dire pour l'année entamée le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

<sup>(8)</sup> Voorafgaande beslissing 2011.488 du 25 janvier 2012, adressée à KPMG Tax & Legal Advisors.

<sup>(9)</sup> Décision anticipée de 2009, point 78; décision anticipée de 2010, point 66; décision anticipée de 2011, point 45; décision anticipée 2012, point 31.

- Dans la décision anticipée de 2009, les «bénéfices excédentaires» tirés des synergies et des économies de coûts sont déterminés au moyen de prévisions financières établies pour une hypothétique société indépendante exerçant des activités similaires à celles d'Oxeno. Ces prévisions financières hypothétiques se fondent sur les prévisions financières d'Oxeno, en supprimant les effets des synergies et des économies d'échelle présumées. La décision anticipée de 2009 convient que: i) faute de disposer du savoir-faire technique présumé du Groupe pour la mise en service du séparateur de MTBE, une société indépendante n'atteindrait qu'une capacité de 25 % au cours de la première année de fonctionnement de l'installation, contre 100 % pour Oxeno, soit un «bénéfice excédentaire» estimé à 9,9 millions d'EUR; ii) faute de disposer de la clientèle et de l'organisation des ventes existantes du Groupe, une société indépendante devrait accorder une remise dégressive de précommercialisation sur ses ventes au cours de ses trois premières années d'exploitation, soit un «bénéfice excédentaire» estimé à 13,3 millions d'EUR; iii) faute de disposer d'une masse critique pour son approvisionnement énergétique, une société indépendante paierait l'énergie à un prix plus élevé, soit un «bénéfice excédentaire» estimé à 6,8 millions d'EUR sur cinq ans; et iv) faute de disposer de matières premières sur place, une société indépendante aurait à supporter des coûts de transport, soit un «bénéfice excédentaire» estimé à 2,2 millions d'EUR sur cinq ans. Les «bénéfices excédentaires» sont donc déterminés comme étant la différence entre la marge de contribution (c'est-à-dire les recettes moins les coûts variables) qu'Oxeno enregistrera effectivement dans ses comptes annuels et une marge de contribution hypothétique qu'un producteur supposé comparable générerait hypothétiquement dans des circonstances similaires, en appliquant ces corrections aux chiffres financiers annuels réels. La décision anticipée de 2009 indique qu'Oxeno peut exonérer la différence entre ces deux montants de l'impôt belge sur les sociétés pour une période de cinq ans, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011. La décision anticipée de 2009 ajoute pouvoir être renouvelée à l'expiration de sa période de validité;
- dans les décisions anticipées de 2010, de 2011 et de 2012, les «bénéfices excédentaires» tirés des synergies et des économies de coûts décrites au considérant (10) sont déterminés comme étant la différence entre i) le NPBT qu'Oxeno et NewCo enregistreront effectivement dans leurs comptes annuels et ii) le NPBT hypothétique qu'un producteur supposé comparable sur le marché libre serait censé générer grâce aux investissements prévus. Le montant visé au point i) représente la totalité des bénéfices comptables d'Oxeno et de NewCo, c'est-à-dire leur chiffre d'affaires total, diminué de leurs propres coûts de fonctionnement et des dépenses résultant de transactions avec des tiers ou des parties liées. Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une analyse des prix de transfert au moyen de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») en prenant respectivement Oxeno et NewCo comme partie testée la moins complexe. En conséquence, la marge bénéficiaire supposée de pleine concurrence «ajustée» de ces sociétés est comparée à celle d'une entreprise considérée comme comparable. Le résultat de ces analyses comparatives est qu'une marge bénéficiaire (c'est-à-dire le ratio du NPBT au chiffre d'affaires) sur les installations concernées de 8,5 % (décision anticipée de 2010), 12 % (décision anticipée de 2011) et 7,73 % (décision anticipée de 2012), est acceptée comme étant une marge de pleine concurrence, respectivement, pour Oxeno et pour NewCo. En se fondant sur les montants prévisionnels sur cinq ans, ces décisions anticipées fixent les «bénéfices excédentaires» annuels pouvant être exonérés à un pourcentage de 64,09 % (décision anticipée de 2010), 22,76 % (décision anticipée de 2011) et 69,51 % (décision anticipée de 2012) du NPBT, respectivement, pour Oxeno et pour NewCo.
- (12) Les décisions anticipées justifient l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995 <sup>(10)</sup> ou au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 <sup>(11)</sup>. Elles renvoient ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR <sup>(12)</sup> et, pour certaines d'entre elles, à la réponse du ministre des finances belge du 13 avril 2005, selon laquelle il n'appartient pas aux autorités fiscales belges de déterminer quelle entité liée étrangère doit prendre en compte les «bénéfices excédentaires» dans sa base imposable <sup>(13)</sup>.

### 2.3. Le cadre législatif et réglementaire applicable

#### 2.3.1. L'imposition des revenus au titre du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique

- (13) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1<sup>er</sup> définit quatre catégories d'impôts sur le revenu recouvrant l'impôt des personnes physiques (Titre II: articles 3 à 178), des sociétés résidentes (Titre III: articles 179 à 219), des autres personnes morales (Titre IV: articles 220 à 226) et des contribuables non-résidents — personnes physiques, entreprises, autres personnes morales (Titre V: articles 227 à 248/3).
- (14) L'article 183 du CIR dispose que les revenus soumis à l'impôt en vertu du Titre III (sociétés résidentes) sont du même type que ceux soumis à l'impôt en vertu du Titre II (personnes physiques) et que le montant imposable est établi d'après les règles applicables aux bénéficiers. L'article 24 du CIR précise à cet égard que les revenus imposables des entreprises industrielles, commerciales et agricoles englobent tous les revenus découlant d'activités entrepreneuriales, tels que les bénéfices provenant de «toutes les opérations traitées par les établissements de ces entreprises ou à l'intermédiaire de ceux-ci», et de «tout accroissement de la valeur des éléments d'actif [...] et de tout amoindrissement de la valeur des éléments du passif [...] lorsque ces plus-values ou moins-values ont été réalisées ou exprimées dans la comptabilité ou les comptes annuels».

<sup>(10)</sup> Décision anticipée de 2009, point 80.

<sup>(11)</sup> Décision anticipée de 2010, point 61; décision anticipée de 2011, point 44; décision anticipée de 2012, point 30.

<sup>(12)</sup> Décision anticipée de 2009, point 81; décision anticipée de 2010, point 62; décision anticipée de 2011, point 47; décision anticipée de 2012, point 33.

<sup>(13)</sup> décision anticipée de 2010, point 65; décision anticipée de 2011, point 49; décision anticipée de 2012, point 35.

- (15) L'article 185, paragraphe 1, du CIR dispose que les sociétés sont imposables sur le montant total des bénéfices avant distribution. Lue en liaison avec les articles 1<sup>er</sup>, 24 et 183 du CIR, cette disposition signifie que le bénéfice imposable au titre du droit fiscal belge doit englober — en tant que point de départ et nonobstant d'éventuels ajustements ultérieurs positifs ou négatifs prévus par la législation fiscale — le montant total des bénéfices enregistré dans les comptes du contribuable.
- (16) En effet, la base imposable au titre du code belge des impôts sur les revenus est déterminée sur la base du bénéfice enregistré dans les comptes du contribuable en tant que point de départ. Un certain nombre d'ajustements positifs (tels que les charges non déductibles) ou négatifs (tels que l'exonération partielle de certains dividendes distribués, la déduction de pertes reportées, des incitations fiscales) peuvent être appliqués ultérieurement pour établir la base imposable. Pour chacune de ces opérations, les contribuables doivent communiquer des renseignements à l'administration fiscale au moyen de leur déclaration d'impôts (formulaire 275.1) et être en mesure de fournir les pièces justifiant de tels ajustements. Par conséquent, alors que la base imposable ne correspond pas nécessairement toujours au bénéfice net réellement enregistré dans les comptes annuels du contribuable, compte tenu des ajustements apportés à cette base à des fins fiscales, la détermination de la base doit en tout état de cause se fonder sur les chiffres enregistrés dans les comptes comme point de départ.

#### 2.3.1.1. La loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR

- (17) Par la loi du 21 juin 2004 <sup>(14)</sup>, la Belgique a introduit de nouvelles dispositions fiscales concernant les transactions transfrontières d'entités liées au sein d'un groupe multinational. Un second paragraphe a notamment été ajouté à l'article 185 du CIR, afin de transposer en droit fiscal belge le principe internationalement admis de «pleine concurrence» aux fins de la fixation des prix de transfert. L'article 185, paragraphe 2, du CIR dispose ce qui suit:

*«[...] pour deux sociétés faisant partie d'un groupe multinational de sociétés liées et en ce qui concerne leurs relations transfrontalières réciproques:*

- a) *lorsque les deux sociétés sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des sociétés indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des sociétés, mais n'ont pu l'être à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette société;*
- b) *lorsque, dans les bénéfices d'une société sont repris des bénéfices qui sont également repris dans les bénéfices d'une autre société, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par cette autre société si les conditions convenues entre les deux sociétés avaient été celles qui auraient été convenues entre des sociétés indépendantes, les bénéfices de la première société sont ajustés d'une manière appropriée.*

*L'alinéa 1<sup>er</sup> s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»*

- (18) Bien qu'il soit formulé différemment, l'article 185, paragraphe 2, du CIR est, dans sa structure et son intention, très similaire à l'article 9 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune élaboré par l'Organisation de coopération et de développement économiques (le «modèle de convention fiscale de l'OCDE»). L'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE constitue la base juridique des ajustements de prix de transfert dans la plupart des conventions conclues entre deux juridictions afin de prévenir une double imposition des revenus générés par un résident de l'une des juridictions concernées (la «convention en matière de double imposition»).
- (19) Conformément au dernier paragraphe de l'article 185, paragraphe 2, du CIR, les ajustements des prix de transfert effectués sur la base du point a) ou b) font l'objet d'une procédure d'autorisation préalable obligatoire donnant lieu à une décision anticipée. Les cas dans lesquels l'ajustement découle de l'application de la convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices de sociétés liées (la «convention d'arbitrage de l'Union européenne») ou d'une convention en matière de double imposition constituent les seules exceptions à cette règle.
- (20) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2<sup>o</sup>, du CIR afin que les règles en matière de fixation de prix de transfert établies par l'article 185, paragraphe 2, du CIR s'appliquent également aux établissements permanents belges de sociétés non résidentes.

---

<sup>(14)</sup> Loi du 21 juin 2004 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 et loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale, publiée au Moniteur belge du 9 juillet 2004: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article\\_body.pl?language=fr&caller=summary&pub\\_date=04-07-09&numac=2004003278](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278). La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

### 2.3.1.2. L'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004

- (21) L'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004 (l'«exposé des motifs») fournit des orientations concernant l'objectif et l'application de l'article 185, paragraphe 2, du CIR <sup>(15)</sup>. Selon l'exposé des motifs, l'article 185, paragraphe 2, du CIR «est basé sur le texte de l'article 9 de la convention-modèle de l'OCDE en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune» <sup>(16)</sup>. L'exposé des motifs précise en outre que «[l]a disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement» <sup>(17)</sup>. Il souligne également le lien très fort entre le droit comptable et le droit fiscal, ce qui a pour conséquence qu'une dérogation au droit comptable à des fins fiscales requiert une base juridique explicite <sup>(18)</sup>. La codification du principe de pleine concurrence dans le code belge des impôts sur les revenus a donc été jugée nécessaire pour permettre les ajustements des prix de transfert qui sont requis selon les normes convenues au niveau international mais dérogent au droit comptable. Cela concerne aussi bien les ajustements primaires (positifs) au détriment du contribuable, effectués sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point a), du CIR, que les ajustements corrélatifs (négatifs) au bénéfice du contribuable, effectués sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR.
- (22) En ce qui concerne l'ajustement corrélatif prévu à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, l'exposé des motifs explique que cette disposition a pour but d'éviter ou de supprimer une double imposition (possible). Il confirme en outre que la Belgique n'autorisera un ajustement corrélatif (négatif) que si le Service des décisions anticipées estime que l'ajustement primaire (positif) est justifié en ce qui concerne le principe et le montant.
- (23) L'exposé des motifs comporte également des orientations sur ce qu'il convient de considérer comme un groupe multinational de sociétés liées et sur la mission du Service des décisions anticipées. Il y est exposé en particulier que le Service des décisions anticipées devra se prononcer sur la méthodologie utilisée, les fonctions assumées, les risques assumés et les actifs mis en œuvre qui conduisent à l'établissement de la base imposable.

### 2.3.1.3. La circulaire administrative du 4 juillet 2006

- (24) Le 4 juillet 2006, une circulaire administrative comportant des orientations relatives à l'application de l'article 185, paragraphe 2, du CIR (la «circulaire») tant pour l'ajustement primaire que pour l'ajustement corrélatif des prix de transfert a été publiée <sup>(19)</sup>. La circulaire confirme les définitions établies dans l'exposé des motifs pour les entités faisant partie d'un groupe multinational et les transactions transfrontières visées par l'article 185, paragraphe 2, du CIR. Elle décrit également le rôle, les responsabilités et les compétences du Service des décisions anticipées.
- (25) La circulaire fait référence à l'intervention obligatoire du Service des décisions anticipées pour les ajustements corrélatifs et à l'autonomie dont le Service dispose pour fixer les conditions au cas par cas, qui est censée contribuer à une efficacité et à une certitude accrues pour les contribuables et améliorer le climat d'investissement en Belgique.
- (26) La circulaire confirme qu'aux fins du calcul de la base imposable, un ajustement approprié du bénéfice en vertu de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR sera effectué sous la forme d'une «majoration de la situation initiale des réserves» dans la déclaration d'impôts de l'entreprise (formulaire 275.1). En ce qui concerne le terme «approprié» utilisé à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en lien avec l'ajustement corrélatif, la circulaire fait observer qu'il n'y aura pas d'ajustement corrélatif (négatif) <sup>(20)</sup> lorsque l'ajustement primaire (positif) opéré par une autre juridiction fiscale est excessif. Elle décrit également la manière dont il convient d'enregistrer les ajustements des prix de transfert dans les comptes fiscaux de la société belge concernée. Enfin, la circulaire rappelle que l'article 185, paragraphe 2, du CIR s'applique depuis le 19 juillet 2004.

### 2.3.1.4. Réponses du ministre des finances à des questions parlementaires concernant l'exonération des «bénéfices excédentaires»

- (27) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 <sup>(21)</sup>, le ministre belge des finances de l'époque a confirmé que la part du bénéfice comptabilisé par une entité belge d'un groupe multinational qui dépasse un bénéfice de pleine concurrence ne devait pas être imposée en Belgique et qu'il n'appartenait pas aux autorités fiscales belges de déterminer quelles sont les autres entités étrangères de ce groupe qui doivent ajouter ces «bénéfices excédentaires» à leur base imposable.

<sup>(15)</sup> DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

<sup>(16)</sup> Ibidem, p. 7: «La notion de principe de pleine concurrence est introduite dans la législation fiscale par l'addition d'un deuxième paragraphe à l'article 185, CIR. Il est basé sur le texte de l'article 9 de la convention-modèle de l'OCDE en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune.»

<sup>(17)</sup> Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

<sup>(18)</sup> Ibidem, p. 5-6. «Le droit fiscal belge ne contient toutefois aucune disposition qui autorise une correction des bénéfices surévalués en comptabilité. Il existe plus exactement un lien très fort entre le droit comptable, d'une part, et le droit fiscal, d'autre part. Ainsi le Code des sociétés et l'arrêté royal du 30 janvier 2001 pris en exécution du Code des sociétés imposent des règles précises pour la valorisation. Ces règles doivent également s'appliquer à la détermination de la base imposable, à moins que et dans la mesure où la législation fiscale y déroge.»

<sup>(19)</sup> Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

<sup>(20)</sup> Le glossaire des principes de l'OCDE en matière de prix de transfert de 2010 définit l'ajustement corrélatif comme suit: «Ajustement de l'impôt dû par l'entreprise associée établie dans un autre pays, effectué par l'administration fiscale de ce pays pour tenir compte d'un ajustement primaire effectué par l'administration fiscale du premier pays, afin d'obtenir une répartition cohérente des bénéfices entre les deux pays.»

<sup>(21)</sup> Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

- (28) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale<sup>(22)</sup> fait référence au lien entre les points a) et b) de l'article 185, paragraphe 2, du CIR, d'une part, et les paragraphes 1 et 2 correspondants de l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. Le député ayant posé la question faisait observer que la plupart des conventions en matière de double imposition conclues par la Belgique contenaient uniquement une disposition concernant les ajustements positifs des prix de transfert. Dans les conventions comportant une disposition sur les ajustements corrélatifs (négatifs) des prix de transfert, l'ajustement corrélatif effectué par les autorités belges constitue toujours une réaction à un ajustement primaire opéré par l'autre État contractant. Le député faisait également remarquer que peu de contribuables demanderaient à obtenir une décision anticipée sur un ajustement primaire (positif) des prix de transfert en vertu de l'article 185, paragraphe 2, point a), du CIR, même si, d'un point de vue légal, l'obligation de demander une décision anticipée s'applique également à ce type d'ajustement. Enfin, le député demandait si la Belgique procéderait à un ajustement corrélatif (négatif) unilatéral à la condition que le pays étranger concerné aligne son ajustement primaire (positif) ou soit — à tout le moins — informé de l'ajustement corrélatif (négatif) opéré par les autorités belges.
- (29) Le ministre des finances de l'époque avait répondu que seules des demandes d'ajustement corrélatif (négatif) avaient en effet été reçues à ce stade. En outre, le ministre avait affirmé qu'il n'incombait pas à la Belgique de spécifier le pays auquel il convenait d'imputer les «bénéfices excédentaires» et qu'il était donc impossible de déterminer le pays avec lequel il convenait d'échanger les informations sur un ajustement négatif belge.
- (30) En janvier 2015, à la suite des révélations dans la presse liées à l'affaire «LuxLeaks», plusieurs questions parlementaires ont à nouveau été adressées au ministre des finances en ce qui concerne les échanges d'informations entre les administrations fiscales ou l'absence de ceux-ci, la promotion du régime d'exonération des bénéfices excédentaires» sous le slogan «Only in Belgium» et les possibilités offertes aux multinationales de réduire le montant dû au titre de l'impôt sur les sociétés grâce aux décisions anticipées<sup>(23)</sup>. Le ministre des finances a rappelé que, dans les décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires», le Service des décisions anticipées se contentait d'appliquer le principe de pleine concurrence, et a confirmé la réponse donnée par le ministre des finances en 2007 au sujet des échanges d'informations.

2.3.1.5. *La loi du 24 décembre 2002 introduisant un système de décisions anticipées en matière fiscale*

- (31) La loi du 24 décembre 2002 permet au ministère des finances de se prononcer par voie de décision anticipée sur toute demande relative à l'application des lois d'impôts<sup>(24)</sup>.
- (32) L'article 20 de cette loi définit ce qu'est une décision anticipée et établit le principe selon lequel une telle décision ne peut avoir pour effet de réduire le montant de l'impôt dû ou d'exonérer le contribuable de celui-ci:

*«Par décision anticipée, il y a lieu d'entendre l'acte juridique par lequel le Service public fédéral Finances détermine conformément aux dispositions en vigueur comment la loi s'appliquera à une situation ou à une opération particulière qui n'a pas encore produit d'effets sur le plan fiscal.»*

*La décision anticipée ne peut emporter exemption ou modération d'impôt.»*

- (33) L'article 22 de la loi définit les circonstances dans lesquelles une décision anticipée ne peut être accordée, par exemple lorsque la demande a trait à des situations ou à des opérations identiques à celles ayant déjà produit des effets sur le plan fiscal. L'article 23 de la loi définit le principe selon lequel les décisions anticipées lient l'administration fiscale pour l'avenir, ainsi que les circonstances dans lesquelles une décision anticipée ne lie pas l'administration fiscale. C'est le cas lorsqu'il s'avère que la décision anticipée n'est pas conforme aux dispositions des traités, du droit de l'Union ou du droit national.
- (34) La loi du 21 juin 2004 apportait une modification à la loi du 24 décembre 2002 instituant un système de décision anticipée en matière fiscale qui implique la création d'un organisme autonome au sein de l'administration belge chargé de délivrer ces décisions anticipées<sup>(25)</sup>. Sur la base de la loi du 21 juin 2004, le Service des décisions anticipées a été créé par l'arrêté royal du 13 août 2004 au sein de l'organe central du ministère des finances compétent pour l'octroi des décisions anticipées (le «Service public fédéral Finances»). Le Service des décisions anticipées publie un rapport annuel sur ses activités.

<sup>(22)</sup> Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mercredi 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

<sup>(23)</sup> Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mardi 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

<sup>(24)</sup> *Loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale*, Moniteur Belge n° 410, deuxième édition, du 31 décembre 2002, p. 58817.

<sup>(25)</sup> Voir la note de bas de page n° 14.



### 2.3.2. Cadre de l'OCDE relatif aux prix de transfert

#### 2.3.2.1. Modèle de convention fiscale de l'OCDE et principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert

- (35) L'Organisation de coopération et de développement économiques (l'«OCDE») fournit des instructions en matière de fiscalité à ses pays membres. Les instructions de l'OCDE relatives aux prix de transfert figurent dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (les «principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert») <sup>(26)</sup>, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (36) Compte tenu du caractère non contraignant du modèle de convention fiscale et de son commentaire, de même que des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, les administrations fiscales des pays membres de l'OCDE sont simplement encouragées à les suivre. De manière générale, toutefois, ces deux instruments servent de point de référence et exercent une nette influence sur les pratiques fiscales des pays membres de l'OCDE (et même des pays non membres). En outre, dans de nombreux pays membres de l'OCDE, ces instruments ont acquis force de loi ou servent de référence aux fins de l'interprétation des conventions en matière de double imposition et de la législation fiscale nationale. Si la Commission cite le modèle de convention fiscale et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert dans la présente décision, c'est parce que ces instruments sont le résultat de discussions d'experts dans le cadre de l'OCDE et fournissent des précisions sur les techniques permettant de relever des défis communs.
- (37) Le modèle de convention fiscale de l'OCDE et son commentaire fournissent des orientations sur l'interprétation des conventions en matière de double imposition. Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert fournissent aux administrations fiscales et aux entreprises multinationales des orientations sur l'application du principe de pleine concurrence pour déterminer les prix de transfert. Les prix de transfert désignent les prix facturés pour des transactions commerciales entre les entités distinctes du même groupe d'entreprises (transactions contrôlées). Les liens qui unissent les membres d'un groupe multinational peuvent leur permettre de fixer dans leurs relations intragroupe, qui ont une incidence sur les prix de transfert (et, par conséquent, sur les revenus imposables), des conditions spéciales qui diffèrent de celles qui auraient été applicables si les membres du groupe avaient agi comme des entreprises indépendantes <sup>(27)</sup>. Cela peut permettre un transfert des bénéfices d'une juridiction fiscale vers une autre et inciter à attribuer aussi peu de bénéfices que possible aux juridictions où le groupe est davantage imposé. Pour éviter ces problèmes, les administrations fiscales ne devraient accepter que les prix de transfert entre entreprises d'un même groupe qui rémunèrent les transactions comme s'ils étaient fixés entre des entreprises indépendantes négociant dans des conditions comparables de pleine concurrence <sup>(28)</sup>. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (38) L'application du principe de pleine concurrence se fonde par conséquent sur une comparaison entre les conditions de transactions (intragroupe) contrôlées et celles de transactions comparables entre des entreprises indépendantes opérées dans des circonstances comparables, assurant qu'aucune des différences (éventuelles) entre les situations comparées ne puisse influencer de manière significative sur les conditions analysées (par exemple, le prix ou la marge), ou que des correctifs raisonnablement fiables puissent être pratiqués pour éliminer l'incidence de telles différences.
- (39) Tant le modèle de convention fiscale de l'OCDE que les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert s'appuient sur le principe auquel ont adhéré les pays membres de l'OCDE et, plus largement, sur le principe selon lequel les différentes entités juridiques constituant ensemble un groupe multinational sont traitées comme des entités distinctes au regard de l'impôt sur les sociétés («méthode de l'entité distincte»). Il découle de cette méthode de l'entité distincte que chaque entité individuelle d'un groupe multinational est imposée sur ses propres revenus <sup>(29)</sup>. La méthode de l'entité distincte a été choisie comme principe d'imposition international par les pays membres de l'OCDE en vue d'asseoir correctement l'impôt dans chaque juridiction et d'éviter les doubles impositions, de façon à limiter les conflits entre administrations fiscales et à promouvoir les échanges et les investissements internationaux.
- (40) Le paragraphe 1.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995 et le paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 font explicitement référence au rôle des économies d'échelle et aux avantages de l'intégration (synergies) en ce qui concerne la méthode de l'entité distincte qui sous-tend le principe de pleine concurrence:

*«Pour certains, le principe de pleine concurrence présente des défaillances intrinsèques dans la mesure où la méthode de l'entité distincte sur laquelle il s'appuie ne prend pas toujours en compte les économies d'échelle et les interactions entre diverses activités qui résultent de l'intégration des entreprises. Il n'existe pas cependant de critères objectifs largement acceptés pour imputer les économies d'échelle ou les avantages de l'intégration aux différentes entreprises associées.»*

<sup>(26)</sup> La dernière version des principes a été publiée le 10 juillet 2017 (les «principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017»). Les versions précédentes des principes de l'OCDE en matière de prix de transfert avaient été publiées en 2010 (les «principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010») et en 1995 (les «principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995»).

<sup>(27)</sup> Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

<sup>(28)</sup> Les administrations fiscales et les législateurs sont conscients de ce problème et la législation fiscale permet en général aux administrations fiscales de corriger les déclarations fiscales des entreprises associées qui n'appliquent pas correctement les prix de transfert pour réduire leur revenu imposable, par des prix de substitution qui correspondent à une approximation fiable de ceux approuvés par des entreprises indépendantes négociant dans des conditions comparables de pleine concurrence.

<sup>(29)</sup> Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (41) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 <sup>(30)</sup> précisent que, dans certains cas, des synergies de groupe peuvent être favorables au groupe et aux entreprises associées qui le constituent. Ces principes recommandent de tenir compte des synergies pouvant être attribuées à des actions délibérées et concertées de la part du groupe et d'en partager les avantages et désavantages à proportion de la contribution des membres du groupe à la création de la synergie <sup>(31)</sup>. En l'absence d'actions délibérées et concertées de la part du groupe, ces synergies ne devraient pas donner lieu à une rémunération distincte, ni faire l'objet d'une répartition spécifique entre les membres du groupe, mais devraient être considérées comme des avantages accessoires découlant de l'affiliation au groupe <sup>(32)</sup>.

#### 2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (42) La déclaration faisant autorité en ce qui concerne le principe de pleine concurrence figure à l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. La souplesse prévue dans l'accord de prix de transfert des opérations transfrontières contrôlées étant susceptible d'entraîner le déplacement de la base d'imposition d'une juridiction vers une autre, la présence du principe de pleine concurrence qui fait autorité dans les conventions en matière de double imposition sert l'objectif poursuivi par ces conventions, à savoir éviter la double imposition et prévenir l'évasion fiscale.
- (43) L'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE énonce la manière de procéder dans la pratique aux ajustements de la base d'imposition en matière de prix de transfert et précise quand ces ajustements doivent être effectués.
- L'article 9, paragraphe 1, précise qu'un État contractant peut relever la base d'imposition d'un contribuable résidant sur son territoire lorsqu'il estime que les prix de transfert qu'il applique pour les transactions contrôlées auxquelles il a été partie ont conduit à une base d'imposition trop faible et permet à cet État de l'imposer en conséquence. C'est ce que l'on appelle l'«ajustement primaire (positif)», par lequel l'administration fiscale revoit à la hausse les bénéfices imposables déclarés par un contribuable <sup>(33)</sup>.
  - L'article 9, paragraphe 2, vise à éviter que les bénéfices ainsi imposés par l'État contractant procédant à l'ajustement primaire (positif) conformément au paragraphe 1 soient également imposés au niveau d'une entreprise associée résidant dans l'autre État contractant <sup>(34)</sup>. Pour ce faire, il engage cet autre État contractant soit à réduire la base d'imposition de cette entreprise associée du montant des bénéfices ajustés imposés par le premier État contractant à la suite de l'ajustement primaire, soit à prévoir un remboursement des impôts déjà perçus. L'autre État contractant ne procède toutefois pas automatiquement à un tel ajustement négatif, pas même s'il ne fait aucun doute que le bénéfice concerné est également compris dans la base imposable à l'étranger à la suite d'un ajustement primaire (positif). Si l'autre État contractant considère que l'ajustement primaire (positif) opéré par un autre État n'est pas justifié, soit par principe, soit en ce qui concerne le montant, il peut s'abstenir, et s'abstiendra généralement, de procéder à un ajustement négatif <sup>(35)</sup>. L'ajustement négatif opéré par l'autre État contractant sur le fondement de l'article 9, paragraphe 2, est appelé «ajustement corrélatif» et, lorsqu'il est accordé, prévient efficacement une double imposition du même bénéfice.
- (44) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 prévoient cinq méthodes pour établir une approximation des prix de pleine concurrence et de la répartition des bénéfices entre les entreprises d'un même groupe: i) la méthode du prix comparable sur le marché libre; ii) la méthode du coût majoré; iii) la méthode du prix de revente; iv) la MTMN; et v) la méthode transactionnelle de partage des bénéfices. Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 établissent une distinction entre les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (les trois premières méthodes) et les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices (les deux dernières méthodes). Les entreprises multinationales restent libres d'appliquer des méthodes de fixation de prix de transfert non décrites dans ces principes à condition que ces méthodes débouchent sur des prix de transfert de pleine concurrence <sup>(36)</sup>.

<sup>(30)</sup> Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

<sup>(31)</sup> Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

<sup>(32)</sup> Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

<sup>(33)</sup> L'article 9, paragraphe 1, dispose que: «Lorsque [...] les deux entreprises [associées] sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence».

<sup>(34)</sup> L'article 9, paragraphe 2, dispose que: «Lorsqu'un État contractant inclut dans les bénéfices d'une entreprise de cet État — et impose en conséquence — des bénéfices sur lesquels une entreprise de l'autre État contractant a été imposée dans cet autre État, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise du premier État si les conditions convenues entre les deux entreprises avaient été celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes, l'autre État procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui y a été perçu sur ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, il est tenu compte des autres dispositions de la présente Convention et, si c'est nécessaire, les autorités compétentes des États contractants se consultent.»

<sup>(35)</sup> En cas de litige entre les parties concernées quant au montant et à la nature de l'ajustement approprié, la procédure amiable prévue à l'article 25 du modèle de convention de l'OCDE devrait être mise en œuvre, même en l'absence d'une disposition telle que l'article 9, paragraphe 2. Les autorités compétentes concernées sont tenues uniquement de faire tout ce qui est en leur pouvoir, mais pas d'atteindre un résultat, de sorte que le problème de la double imposition ne pourrait pas être résolu si les États contractants n'ont pas convenu d'une clause d'arbitrage dans la convention fiscale.

<sup>(36)</sup> Conformément au paragraphe 2.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010: «Toutefois, ces autres méthodes ne doivent pas se substituer à celles reconnues par l'OCDE lorsque ces dernières sont plus appropriées aux circonstances de l'espèce.»

- (45) La MTMN est l'une des «méthodes indirectes» permettant d'établir une approximation des prix de pleine concurrence des transactions et de la répartition des bénéfices entre les entreprises d'un même groupe. Elle examine le bénéfice net par rapport à une base appropriée (coûts, ventes ou actifs, par exemple) qu'un contribuable tire d'une transaction contrôlée. L'indicateur du bénéfice net que tire le contribuable de la transaction contrôlée en question devrait être établi par référence au même indicateur du bénéfice net qu'auraient tiré des entreprises indépendantes de transactions comparables sur le marché libre. <sup>(37)</sup>
- (46) Lorsqu'on applique la MTMN, il est nécessaire de choisir la partie à la transaction contrôlée pour laquelle un indicateur de bénéfice net est sélectionné et testé. En règle générale, la «partie testée» dans une analyse fondée sur la MTMN est la moins complexe des deux parties liées participant à la transaction contrôlée qui fait l'objet d'un examen. Le choix de l'entité la moins complexe est déterminé sur la base d'une «analyse fonctionnelle», c'est-à-dire d'une analyse des fonctions exercées par les entreprises associées, tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés <sup>(38)</sup>. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» <sup>(39)</sup>, utilise des actifs qui ne sont pas uniques, supporte des risques limités et n'apporte donc pas une contribution unique et de valeur à la transaction contrôlée, elle sera en principe considérée comme l'entité la moins complexe.
- (47) Une fois que le bénéfice d'exploitation de l'entité la moins complexe a été déterminé, le bénéfice résiduel de la transaction contrôlée (c'est-à-dire le bénéfice combiné des transactions liées minoré du bénéfice d'exploitation de l'entité la moins complexe) est imputé à la partie la plus complexe (c'est-à-dire la partie non testée) <sup>(40)</sup>. L'entité la plus complexe, en vertu des fonctions uniques et de valeur qu'elle exerce (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés), est par conséquent supposée pouvoir bénéficier du rendement excédentaire des transactions une fois que l'entité la moins complexe a été rémunérée au moyen du recours à la MTMN.

### 3. POSITION DE LA BELGIQUE

- (48) La Belgique affirme que l'exonération des «bénéfices excédentaires» accordée par les mesures contestées ne donne pas lieu à une aide d'État. À l'appui de cette affirmation, elle renvoie, en les synthétisant, à certains arguments qu'elle a avancés dans son recours en annulation et dans sa réplique dans l'affaire T-131/16 devant le Tribunal.
- (49) La Belgique estime qu'elle ne peut pas imposer les bénéfices qui ne relèvent pas de sa compétence fiscale et que les «bénéfices excédentaires» exonérés en application des mesures contestées sont tirés de synergies, d'économies d'échelle et d'autres éléments liés à l'appartenance à un groupe d'entreprises multinational et échappent donc à la compétence fiscale de la Belgique en vertu du droit fiscal international. Elle considère dès lors que l'exonération accordée ne constitue pas un avantage et n'entraîne aucune discrimination, mais est la conséquence d'une disparité factuelle. La Belgique fait observer que le taux d'imposition applicable à l'assiette de l'impôt sur les sociétés après correction est identique pour tous les contribuables.
- (50) Aux fins de l'appréciation de la sélectivité, la Belgique affirme que le cadre de référence est le système de l'impôt sur les sociétés en Belgique, dont l'objectif est l'imposition de toutes les entités soumises à l'impôt en Belgique. La Belgique estime que l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en fait partie intégrante. Étant donné que la Belgique considère en outre que les mesures contestées correspondent à une application normale et correcte de cette disposition, elle affirme que ces mesures ne peuvent constituer une dérogation et, dès lors, qu'elles ne confèrent aucun avantage et qu'elles ne sont pas sélectives.

---

<sup>(37)</sup> Le glossaire accompagnant les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 définit un «indicateur de bénéfice net», également appelé «indicateur de niveau de bénéfice», comme étant «le rapport du bénéfice net sur une base appropriée (par ex. charges, chiffre d'affaires, actifs)». Conformément au paragraphe 2.80 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010, le «bénéfice net» ne comprend pas les éléments hors exploitation du compte de résultat, tels que les charges et produits financiers, les impôts sur les bénéfices et les éléments exceptionnels de nature non récurrente. En effet, le bénéfice net visé par les principes de 2010 correspond au bénéfice d'exploitation. En particulier, lorsqu'on applique la MTMN, l'indicateur du bénéfice net peut généralement être le rapport entre le bénéfice d'exploitation et les ventes, les coûts d'exploitation totaux [soit le coût des marchandises vendues (COGS) majoré des dépenses d'exploitation] ou les actifs, selon les faits et circonstances du cas d'espèce. L'acronyme «COGS» (cost of good sold) désigne principalement les coûts directs et indirects imputables à la production d'une entreprise, tandis que les termes «dépenses d'exploitation» désignent les dépenses d'une entreprise liées à des activités n'ayant aucun rapport direct avec la production de biens ou la prestation de services relatifs à cette même entreprise dans son ensemble, comme les dépenses de contrôle, les frais généraux et les dépenses administratives. Les recettes inscrites dans le compte de résultat minorées du coût des marchandises vendues correspondent à la marge brute de l'entreprise. Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphes 2.14 et 2.15, et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010, paragraphes 2.21 et 2.22.

<sup>(38)</sup> Le glossaire qui accompagne les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995 et de 2010 décrit une analyse fonctionnelle comme étant une «analyse des fonctions exercées (tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés) par des entreprises associées dans des transactions contrôlées et par des entreprises indépendantes dans des transactions sur le marché libre.» Cette analyse «a pour but d'identifier et de comparer les activités et responsabilités économiquement significatives, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties aux transactions.» Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphe 1.20. Voir également les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010, paragraphe 1.42, et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 1.51. Voir également le glossaire accompagnant les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

<sup>(39)</sup> Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme de «routine». La Commission comprend ce terme comme désignant les fonctions qui ne sont pas uniques, c'est-à-dire les fonctions pour lesquelles il est possible de trouver des transactions comparables sur le marché libre.

<sup>(40)</sup> Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (51) La Belgique soutient en outre que contrairement à l'article 9, paragraphe 2, du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR n'exige pas l'existence d'une double imposition effective ou potentielle pour autoriser un ajustement corrélatif (négatif). La Belgique fait valoir que l'application d'une méthode unilatérale de fixation des prix de transfert (méthode du coût majoré, méthode du prix de revente ou MTMN) comporte un problème de «continuum de prix», car le caractère raisonnable d'un prix n'est établi qu'à partir d'une seule dimension (la partie testée) imputant le bénéfice consolidé résiduel à la partie la plus complexe. La Belgique affirme que ce bénéfice résiduel ne correspond pas nécessairement au «bénéfice de pleine concurrence pur» de cette partie la plus complexe du fait qu'il inclut des éléments de bénéfice qui n'auraient pas pu être réalisés sans faire partie d'un groupe plus large.
- (52) Enfin, la Belgique conteste également que les décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» exigent de facto une réorganisation de groupe et fait valoir qu'une décision anticipée ne peut en réalité pas être émise quand la demande concerne des situations ou des opérations similaires à celles ayant déjà produit des effets d'un point de vue fiscal.

#### 4. APPRÉCIATION DES MESURES CONTESTÉES

##### 4.1. Existence d'une aide

- (53) Aux termes de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. La qualification d'aide, au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE requiert que toutes les conditions visées à cette disposition soient remplies. Premièrement, la mesure doit être le résultat d'une intervention de l'État financée au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, la mesure doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage sélectif à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence <sup>(41)</sup>.

##### 4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (54) En ce qui concerne la première condition, les décisions anticipées ont été émises par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Oxeno et NewCo, de leur côté, se sont fondées sur ces décisions anticipées pour établir leurs déclarations annuelles d'impôt sur les sociétés et pour déterminer le montant de l'impôt sur les sociétés dû sur la base de ces déclarations, lesquelles ont été acceptées par l'administration fiscale belge. La Commission conclut dès lors à titre provisoire qu'il s'agit de mesures imputables à la Belgique.
- (55) En ce qui concerne le financement des mesures contestées au moyen de ressources d'État, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, une mesure par laquelle les autorités publiques accordent une exonération fiscale implique l'utilisation de ressources d'État, et ce nonobstant l'absence d'un transfert direct de telles ressources, étant donné que le résultat d'une telle exonération est la renonciation par l'État membre aux recettes fiscales qu'il aurait normalement perçues <sup>(42)</sup>. Les décisions anticipées ont permis à Oxeno et à NewCo d'exonérer de l'impôt une partie de leur bénéfice imposable dans leurs déclarations annuelles pour l'impôt sur les sociétés. En acceptant ces déclarations et le montant de l'impôt sur les sociétés payé sur la base de ces déclarations, l'État belge a renoncé à des recettes fiscales qu'il aurait dans le cas contraire été en droit de percevoir auprès d'Oxeno et NewCo en l'absence des mesures contestées. La Commission conclut dès lors à titre provisoire que les mesures contestées entraînent une perte de ressources d'État.

##### 4.3. Affectation des échanges entre États membres

- (56) Pour ce qui est de la deuxième condition de l'existence d'une aide, à savoir la question de savoir si les mesures contestées sont susceptibles d'affecter les échanges entre États membres, Oxeno et NewCo font partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Oxeno et NewCo produisent et vendent des volumes importants de certains produits chimiques du Groupe. Les produits chimiques concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur d'Oxeno et de NewCo est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union <sup>(43)</sup>. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

<sup>(41)</sup> Affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 P, Commission/World Duty Free, EU:C:2016:981, point 53 et la jurisprudence citée.

<sup>(42)</sup> Affaire C-387/92, Banco Exterior de España, EU:C:1994:100, point 14; affaire C-156/98, Allemagne/Commission, EU:C:2000:467, points 26 à 28; et affaire C-66/02, Italie/Commission, EU:C:2005:768, points 76 à 81.

<sup>(43)</sup> Affaire C-494/06 P, Commission/Italie et Wam, EU:C:2009:272, point 54 et la jurisprudence citée. Voir également l'affaire C-66/02, Italie/Commission, EU:C:2005:768, point 112.

#### 4.4. Distorsion de la concurrence

- (57) Une mesure octroyée par l'État est considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence lorsqu'elle est de nature à renforcer la position concurrentielle d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes<sup>(44)</sup>. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Oxeno et NewCo de l'impôt sur les sociétés qu'elles auraient normalement été tenues de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Oxeno et NewCo d'une charge qu'elles auraient normalement dû supporter dans le cadre de leur gestion courante ou de leurs activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence<sup>(45)</sup>; il y a donc lieu de considérer que toute aide de ce type fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la situation financière de l'entreprise qui en bénéficie sur les marchés où elle exerce ses activités. La Commission conclut dès lors à titre provisoire que la quatrième condition de l'existence d'une aide est remplie en ce qui concerne les mesures contestées.

#### 4.5. Avantage sélectif

- (58) En ce qui concerne la troisième condition — l'octroi d'un avantage sélectif — une distinction est faite entre la condition relative à l'avantage et celle relative à la sélectivité, de telle sorte que les mesures étatiques qui confèrent un avantage à une entreprise n'entraînent pas toutes l'octroi d'une aide d'État. Seules les mesures conférant un avantage de manière sélective à certaines entreprises ou catégories d'entreprises ou à certains secteurs économiques constituent des aides d'État<sup>(46)</sup>. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Oxeno et NewCo parce qu'elles autorisent ces entreprises à réduire leur bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elles doivent acquitter chaque année en vertu du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique, sans que cette réduction n'ait la moindre base juridique ni justification.

##### 4.5.1. Avantage

- (59) Un avantage existe au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE dès lors qu'une mesure adoptée par l'État améliore la situation financière nette d'une entreprise<sup>(47)</sup>. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même<sup>(48)</sup>. En ce qui concerne les mesures fiscales, un avantage peut être conféré en réduisant de diverses manières la charge fiscale d'une entreprise et, en particulier, au moyen d'une exonération ou d'une réduction du taux d'imposition applicable, de la base imposable ou du montant de l'impôt dû<sup>(49)</sup>.
- (60) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Oxeno et à NewCo en ce qu'elles permettent à ces entreprises d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elles ont effectivement généré, qui leur a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans leurs comptes annuels.
- (61) Par suite des mesures contestées, de 2011 à 2019, Oxeno et NewCo ont été autorisées à exonérer une partie de leurs bénéfices réellement comptabilisés de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Oxeno et NewCo n'ont été autorisées à exonérer de l'impôt ce «bénéfice excédentaire» qu'en s'appuyant sur les mesures contestées. En l'absence de ces mesures, ce «bénéfice excédentaire» aurait été totalement soumis à l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de montant total des bénéfices d'Oxeno et de NewCo, au sens de l'article 185, paragraphe 1, du CIR. Par conséquent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Oxeno et à NewCo, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de ces entreprises, sous la forme d'une réduction de sa base imposable.

##### 4.5.2. Constat principal de sélectivité à titre provisoire: les mesures contestées sont de nature individuelle

- (62) En ce qui concerne la sélectivité des mesures contestées, la Commission considère à titre provisoire que l'avantage susmentionné est sélectif du fait qu'il est accordé à Oxeno et à NewCo au moyen d'une mesure individuelle. La Cour de justice a établi une distinction entre les régimes généraux et les mesures individuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure particulière crée une discrimination en faveur de son ou de ses bénéficiaires. Selon la Cour, lors de l'examen d'un régime général d'aide, «il est nécessaire d'identifier si la mesure en cause, nonobstant le constat qu'elle procure

<sup>(44)</sup> Affaire 730/79, Phillip Morris, EU:C:1980:209, point 11. Affaires jointes T-298/97, T-312/97, etc., Alzetta, EU:T:2000:151, point 80.

<sup>(45)</sup> Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rouse Industry/Commission, EU:C:2014:175, point 44; les affaires jointes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, Comitato «Venezia vuole vivere» e.a./Commission, EU:C:2011:368, point 136; l'affaire C-172/03, Heiser, EU:C:2005:130, point 55; et l'affaire C-156/98, Allemagne/Commission, EU:C:2000:467, point 30, et la jurisprudence citée.

<sup>(46)</sup> Voir l'affaire C-20/15 P, Commission/World Duty Free Group, EU:C:2016:981, point 56, et l'affaire C-6/12, P Oy, EU:C:2013:525, point 18.

<sup>(47)</sup> Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

<sup>(48)</sup> Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

<sup>(49)</sup> Affaire C-66/02, Italie/Commission, EU:C:2005:768, point 78; affaire C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., EU:C:2006:8, point 132; et affaire C-522/13, Ministerio de Defensa et Navantia, EU:C:2014:2262, points 21 à 31.

un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»<sup>(50)</sup>. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»<sup>(51)</sup>.

- (63) L'article 1<sup>er</sup>, point d), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion de «régime d'aides» comme «toute disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides peuvent être octroyées individuellement à des entreprises, définies d'une manière générale et abstraite dans ladite disposition». L'article 1<sup>er</sup>, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'«aide individuelle», comme «une aide qui n'est pas accordée sur la base d'un régime d'aides». Une mesure peut donc constituer un «régime» ou une «aide individuelle».
- (64) Dans son arrêt du 14 février 2019, le Tribunal a annulé la décision de 2016 au motif que la Commission avait qualifié à tort de «régime», au sens de l'article 1<sup>er</sup>, point d), du règlement 2015/1589, la pratique administrative par laquelle la Belgique a accordé des décisions anticipées en matière de «bénéfices excédentaires», y compris les mesures contestées. Étant donné que la Commission a conclu à titre provisoire que les mesures contestées octroient à Oxeno et à NewCo un avantage sous forme de réduction de leur base imposable aux fins de l'impôt sur les sociétés, et étant donné qu'il convient de considérer ces mesures comme étant de nature individuelle, la Commission peut présumer à titre provisoire qu'elles sont a priori sélectives.

#### 4.5.3. **Constats subsidiaires de sélectivité à titre provisoire: les mesures contestées créent une discrimination en faveur d'Oxeno et de NewCo par rapport à des entreprises comparables**

- (65) La présomption de sélectivité s'opère sans qu'il soit nécessaire pour la Commission de démontrer concrètement que la mesure place son bénéficiaire dans une position plus favorable par rapport à d'autres opérateurs économiques se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable<sup>(52)</sup>. Il appartient par contre à l'État membre de démontrer que toutes les entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable peuvent bénéficier d'un avantage similaire<sup>(53)</sup>. Toutefois, par souci d'exhaustivité, la Commission entend également exposer les raisons pour lesquelles elle estime à titre provisoire que les mesures contestées créent une discrimination en faveur d'Oxeno et de NewCo par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (66) Avant tout, la Commission expliquera à la section 4.5.3.1 pourquoi elle considère, à ce stade, que ces mesures créent une discrimination en faveur d'Oxeno et de NewCo par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent ces entreprises à réduire leur base imposable alors que le droit fiscal belge ne contient aucune base juridique à cet effet. La raison en est que les mesures contestées font une application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en octroyant une exonération des «bénéfices excédentaires».
- (67) La Belgique fait valoir que l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR constitue la base juridique permettant d'exonérer d'impôt le bénéfice comptabilisé par une entité d'un groupe multinational qui excède un montant fictif correspondant au bénéfice que cette entité aurait prétendument généré si elle était indépendante de ce groupe, ce que la Commission conteste. Quoi qu'il en soit, la section 4.5.3.2 explique, à titre de raisonnement subsidiaire supplémentaire, que même si l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR constituait une telle base juridique (ce qui n'est pas le cas), les mesures contestées créent une discrimination en faveur d'Oxeno et de NewCo étant donné que l'exonération des «bénéfices excédentaires» n'est pas accessible à toutes les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés qui génèrent ce que la Belgique considère constituer des «bénéfices excédentaires».

##### 4.5.3.1. *Premier constat subsidiaire de sélectivité: les mesures contestées font une application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR*

- (68) Aux fins de qualifier une mesure fiscale nationale de sélective, la Commission doit identifier, dans un premier temps, le régime fiscal commun ou «normal» applicable dans l'État membre concerné (le «système de référence») et démontrer, dans un second temps, que la mesure fiscale en cause déroge audit régime commun dans la mesure où elle introduit des différenciations entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime commun, dans des situations factuelles et juridiques comparables<sup>(54)</sup>. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée<sup>(55)</sup>. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce

<sup>(50)</sup> Affaire C-15/14 P, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60. Voir également les affaires jointes C-20/15 P et C21/15 P, Commission/World Duty Free Group e.a., EU:C:2016:981, point 55; affaire C-211/15 P, Orange/Commission, EU:C:2016:798, points 53 et 54; et affaire C-270/15 P, Belgique/Commission, EU:C:2016:489, point 49.

<sup>(51)</sup> Ibidem.

<sup>(52)</sup> Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

<sup>(53)</sup> Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

<sup>(54)</sup> Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

<sup>(55)</sup> Voir l'affaire C-203/16 P, Dirk Andres/Commission («Sanierungsklausel»), EU: C:2018:505, point 88: «L'examen de la condition relative à la sélectivité implique donc, en principe, de déterminer, dans un premier temps, le cadre de référence dans lequel s'inscrit la mesure concernée, cette détermination revêtant une importance accrue dans le cas de mesures fiscales, puisque l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite "normale".» Voir aussi l'affaire C-88/03, Portugal/Commission, EU:C:2006:511, point 56, et l'affaire C-524/14 P, Commission/Hansestadt Lübeck, EU:C:2016:971, point 55.

système de référence, de telle sorte que ces entreprises sont traitées de manière plus avantageuse que d'autres entreprises soumises aux règles normales du système de référence alors que les unes et les autres se trouvent dans des situations juridiques et factuelles comparables.

- (69) Le système de référence est donc composé d'un ensemble cohérent de règles qui s'appliquent de manière générale — sur la base de critères objectifs — à toutes les entreprises relevant de son champ d'application tel que défini par son objectif. Le plus souvent, ces règles définissent non seulement le champ d'application du système, mais aussi les conditions dans lesquelles le système s'applique, les droits et les obligations des entreprises qui y sont soumises et les aspects techniques du fonctionnement du système. Dans le cas de mesures fiscales, l'identification du système de référence se fonde sur des éléments établissant, entre autres, ce qui est imposé (le fait générateur ou l'objet de l'impôt), la personne redevable de l'impôt (le contribuable ou l'assujetti) et la façon dont l'impôt est calculé (la base imposable et les taux d'imposition) <sup>(56)</sup>.
- (70) Les mesures contestées permettent à Oxeno et à NewCo d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elles ont généré, qui leur a été initialement attribué et qui a été enregistré dans leurs comptes annuels. La Commission estime dès lors que le système de l'impôt sur les sociétés en Belgique, en particulier les règles générales relatives à l'établissement de l'assiette de l'impôt sur les sociétés d'une entreprise soumise à l'impôt, constitue le cadre de référence plus large dans lequel ces mesures ont été adoptées et au regard duquel elles doivent être examinées en vue d'établir l'existence d'un avantage sélectif.
- (71) L'article 185, paragraphe 1, du CIR dispose que les sociétés sont imposables sur le montant total des bénéfices avant distribution. Comme expliqué au considérant (15), le montant du bénéfice soumis à l'impôt sur les sociétés en Belgique est déterminé en prenant comme point de départ — et nonobstant d'éventuels ajustements positifs ou négatifs ultérieurs prévus par la législation fiscale — le bénéfice total enregistré dans la comptabilité du contribuable. Dans un arrêt du 20 février 1997, la Cour de cassation belge a expliqué à cet égard que «*sauf dérogation expresse de la loi fiscale, les bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable*» <sup>(57)</sup>.
- (72) Les mesures contestées et la réduction d'impôt à laquelle elles donnent lieu sont prétendument fondées sur l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR. L'article 185, paragraphe 2, du CIR fournit la base juridique de possibles ajustements du bénéfice comptable d'une société soumise à l'impôt en Belgique opérés pour tenir compte des transactions intragroupe transfrontières conclues par cette société lorsque ces transactions ne sont pas conformes aux conditions du marché. Cette disposition, qui codifie le principe de pleine concurrence dans le système de l'impôt sur les sociétés en Belgique, prévoit deux ajustements possibles du bénéfice comptable pour déterminer le bénéfice imposable d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés en Belgique appartenant à un groupe multinational:
- l'article 185, paragraphe 2, point a), du CIR prévoit que les droits d'imposition de la Belgique s'étendent aux bénéfices qui ne sont pas réellement comptabilisés par une société soumise à l'impôt en Belgique dans la mesure où ses bénéfices comptables sont réduits du fait d'une tarification non conforme au principe de pleine concurrence de ses transactions avec une contrepartie associée étrangère. C'est ce que l'on appelle un *ajustement primaire* ou *positif* (des prix de transfert).
  - l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR prévoit que la Belgique n'est pas tenue d'exercer ses droits d'imposition sur les bénéfices comptables d'une société soumise à l'impôt en Belgique qui découlent d'une tarification non conforme au principe de pleine concurrence des transactions effectuées avec une contrepartie associée étrangère, pour autant que ces bénéfices aient également été inclus dans la base imposable de la contrepartie étrangère concernée par ces transactions non conformes au principe de pleine concurrence. C'est ce que l'on appelle un *ajustement corrélatif* ou *négatif* (des prix de transfert).
- (73) La structure, le libellé et le champ d'application de l'article 185, paragraphe 2, du CIR correspondent logiquement à ceux de l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. L'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004 établit lui aussi clairement la distinction entre, d'une part, l'article 185, paragraphe 2, point a), du CIR comme fondement des ajustements primaires positifs (des prix de transfert), qui sont également l'objet de l'article 9, paragraphe 1, du modèle de convention, et, d'autre part, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR comme fondement des ajustements corrélatifs négatifs (des prix de transfert), lesquels sont l'objet de l'article 9, paragraphe 2, du modèle de convention <sup>(58)</sup>.

<sup>(56)</sup> Voir l'affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 37. Voir aussi la communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 262 du 19.7.2016, p. 1), point 134.

<sup>(57)</sup> Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

<sup>(58)</sup> Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littera b) doit également être établi conformément au principe de pleine concurrence, de sorte que le renvoi au principe de pleine concurrence s'avère nécessaire pour cet ajustement. Sans principe de pleine concurrence il n'y aurait en effet aucune base pour l'établissement d'un ajustement corrélatif. [...] À cette fin on peut mentionner que la référence en projet à un ajustement fait de manière "appropriée" découle directement des dispositions qui sont utilisées en la matière dans un contexte international.»

- (74) Ainsi qu'il ressort du considérant (17), l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR prévoit que les bénéfices découlant d'une relation transfrontière entre une société soumise à l'impôt en Belgique (comme Oxeno ou NewCo) et une contrepartie associée étrangère ne peuvent être ajustés que lorsque deux conditions cumulatives sont remplies:
- (a) les bénéfices ajustés doivent concerner des bénéfices qui sont également inclus dans les bénéfices de la contrepartie associée étrangère; et
  - (b) les bénéfices ajustés auraient été comptabilisés par cette contrepartie associée étrangère si la relation intragroupe avait été conforme au principe de pleine concurrence.
- (75) Aux considérants (76) à (91), la Commission expliquera pourquoi elle considère à titre provisoire qu'aucune des deux conditions cumulatives susmentionnées à remplir pour un ajustement corrélatif négatif (des prix de transfert) ne l'était en ce qui concerne la réduction d'impôt accordée à Oxeno et à NewCo au moyen des mesures contestées. En conséquence, la Commission conclut à titre provisoire que ces mesures font une application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en faveur d'Oxeno et de NewCo, avec pour résultat que ces entreprises ont été autorisées à exonérer une partie de leur bénéfice comptable annuel de l'impôt sur les sociétés en Belgique alors qu'aucune base juridique n'est prévue à cet effet, ce qui constitue dès lors une dérogation à l'imposition normale.
- (a) *Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne sont pas inclus dans les bénéfices d'une société associée étrangère*
- (76) En premier lieu, rien n'indique, dans aucune des décisions anticipées, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Oxeno et NewCo ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. Les décisions anticipées accordent l'exonération à titre préventif, c'est-à-dire avant que les bénéfices aient été générés, et de façon unilatérale, à savoir que l'exonération ne fait pas suite et n'est pas subordonnée à un ajustement primaire positif réalisé par une autre juridiction fiscale. Les décisions anticipées n'identifient même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que les décisions anticipées considèrent comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (77) A l'inverse, le point 65 de la décision anticipée de 2010, le point 49 de la décision anticipée de 2011 et le point 35 de la décision anticipée de 2012 s'appuient sur la réponse donnée en 2005 par le ministre belge des finances à une question parlementaire, selon laquelle il n'incombe pas à l'administration fiscale belge de déterminer quelle est la société associée étrangère dont la base imposable devrait inclure les bénéfices exonérés. S'il est vrai que l'administration fiscale belge n'est pas tenue de déterminer la base imposable des contreparties associées étrangères pour lesquelles la Belgique n'exerce aucune compétence fiscale, la Belgique dispose bien d'une compétence fiscale pour les bénéfices générés par les sociétés soumises à l'impôt en Belgique, qui ont été initialement attribués à ces sociétés et que ces dernières ont enregistrés dans leurs comptes annuels, comme c'est le cas pour Oxeno et NewCo.
- (78) L'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR établit que la Belgique ne s'abstient d'exercer sa compétence fiscale sur des bénéfices enregistrés dans les comptes annuels d'une société soumise à l'impôt en Belgique que quand les bénéfices ainsi ajustés *«sont également repris dans les bénéfices d'une autre société»*. L'administration fiscale belge a donc l'obligation de vérifier que cette condition est remplie avant d'accepter de ne pas exercer sa compétence fiscale en faveur d'une société soumise à l'impôt.
- (79) Étant donné que les décisions anticipées autorisent Oxeno et NewCo à exonérer de l'impôt une partie de leur bénéfice comptable à la fois à titre préventif et de façon unilatérale, sans jamais chercher à déterminer si le bénéfice exonéré est également inclus dans le bénéfice d'une contrepartie associée étrangère, la Commission estime à titre provisoire que les mesures contestées ont fait une application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR. En conséquence, l'ajustement négatif appliqué par les mesures contestées au bénéfice comptable d'Oxeno et de NewCo pour parvenir à leur bénéfice annuel imposable n'a aucune base juridique dans le droit fiscal belge.
- (b) *Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Oxeno ou NewCo et des contreparties associées étrangères*
- (80) Sans préjudice de la conclusion provisoire figurant au considérant précédent, qui est en soi suffisante pour établir que les mesures contestées appliquent erronément l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en faveur d'Oxeno et de NewCo, la Commission est également parvenue à la conclusion provisoire que les «bénéfices excédentaires» exonérés au titre des mesures contestées ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Oxeno ou NewCo, d'une part, et des contreparties associées étrangères, d'autre part, comme l'exige cette disposition.
- (81) Comme expliqué aux considérants (9) à (11), Oxeno et NewCo devraient générer des revenus supplémentaires à la suite des investissements prévus pour lesquels les décisions anticipées ont été demandées, tout en générant des économies de coûts et des synergies grâce à plusieurs éléments. Par exemple, les décisions anticipées indiquent qu'Oxeno et NewCo bénéficieront de la clientèle et de l'organisation des ventes existantes du Groupe, qui permettront de générer des hausses de recettes et de réaliser des économies de coûts. Ces économies de coûts sont cependant réalisées par Oxeno et à NewCo et leur sont initialement attribuées, ce qui conduit à une augmentation du bénéfice de pleine concurrence enregistré dans leurs comptes annuels. Il en va de même pour les revenus plus élevés dus à la possibilité pour Oxeno et NewCo d'atteindre leur pleine capacité plus tôt qu'en l'absence des investissements et pour les économies de coûts réalisées grâce aux économies d'échelle dans l'utilisation des infrastructures et les achats. Les décisions anticipées ne remettent pas non plus en cause le caractère de pleine concurrence des coûts d'approvisionnement intragroupe supportés par Oxeno et NewCo en rapport avec l'approvisionnement énergétique ou les services de soutien, ce qui entraîne l'attribution à ces entités des économies de coûts associées. Toutes les économies de coûts et les synergies susmentionnées sont générées par des transactions effectuées avec des tiers (aux



conditions du marché) ou par des transactions intragroupe (prétendument) fondées sur la base de la politique de fixation des prix de transfert du Groupe, de sorte que le bénéfice qui en résulte et qui est attribué à Oxeno et à NewCo et enregistré dans leurs comptes annuels semble correspondre à leur bénéfice de pleine concurrence. En tout état de cause, rien dans les décisions anticipées n'indique que ces recettes ont été générées, ni que ces coûts ont été encourus, dans des conditions qui ne sont pas de pleine concurrence ou à la suite de transactions non conformes au principe de pleine concurrence.

- (82) Néanmoins, les décisions anticipées estiment qu'Oxeno et NewCo n'auraient pas été en mesure de générer ces revenus supplémentaires ni de réaliser les économies de coûts attendues si elles n'avaient pas fait partie du Groupe<sup>(59)</sup>. D'après les décisions anticipées, le fait que ces recettes et ces économies de coûts, qu'elles considèrent comme découlant de synergies et des économies d'échelle, soient intégralement incluses dans le bénéfice comptable d'Oxeno et de NewCo ne reflète pas précisément leur bénéfice de pleine concurrence<sup>(60)</sup>. Les décisions anticipées autorisent dès lors Oxeno et NewCo à opérer un ajustement négatif de leur base imposable sur le fondement de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR afin de tenir compte de ces «bénéfices excédentaires».
- (83) Contrairement à ce que les décisions anticipées affirment, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR ne fournit pas de base juridique permettant d'exonérer d'impôt le bénéfice comptabilisé par une entité d'un groupe multinational qui excède un montant fictif correspondant au bénéfice que cette entité aurait prétendument généré si elle était indépendante de ce groupe. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que les décisions anticipées semblent affirmer, ce principe ne consiste pas à faire en sorte que les sociétés appartenant à un groupe multinational obtiennent le même bénéfice ou la même marge bénéficiaire que ceux obtenus par des entités indépendantes considérées comme exerçant des activités comparables dans des circonstances similaires. Le principe de pleine concurrence vise, par essence, à garantir que, lorsque deux entreprises associées sont, dans leurs transactions intragroupe («transactions contrôlées»), liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes pour des transactions comparables et dans des circonstances comparables (c.-à-d. pour des «transactions comparables sur le marché libre»), il sera procédé à un ajustement des prix des transactions intragroupe pour inclure les bénéfices non réalisés en raison de ces conditions. Les transactions contrôlées font donc l'objet de l'application du principe de pleine concurrence et leur existence est une condition d'une telle application<sup>(61)</sup>. Autrement dit, s'il n'y a pas de transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi, il ne peut jamais y avoir d'ajustement des bénéfices selon le principe de pleine concurrence.
- (84) Cette notion sous-tend également l'article 185, paragraphe 2, du CIR, qui, selon le législateur belge, est calqué sur l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. Cette disposition fait référence à un ajustement approprié des bénéfices «[...] pour deux sociétés faisant partie d'un groupe multinational de sociétés liées et en ce qui concerne leurs relations transfrontalières réciproques». Cela ne peut se comprendre que comme une référence à une transaction entre ces deux sociétés. Par conséquent, l'application de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR est également conditionnée par le fait que l'ajustement opéré sur les comptes du contribuable doit concerner des bénéfices non conformes au principe de pleine concurrence tirés d'une transaction contrôlée dont le prix est vraisemblablement mal évalué<sup>(62)</sup>. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable d'Oxeno et de NewCo, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (85) En ce qui concerne l'affirmation des décisions anticipées selon laquelle les «bénéfices excédentaires» exonérés par les mesures contestées ont leur origine dans des synergies, des économies d'échelle et d'autres éléments liés à l'appartenance à un groupe international, la Commission fait tout d'abord observer que les synergies et les économies d'échelle ne sont ni des transactions ni des actifs incorporels<sup>(63)</sup>. Dans certaines circonstances, les synergies de groupe peuvent constituer un facteur de comparabilité pouvant donner lieu à un ajustement au titre du principe de pleine concurrence. Un tel ajustement peut être acceptable pour autant que des avantages synergiques soient correctement identifiés et quantifiés. La manière appropriée de traiter les bénéfices tirés de synergies et d'économies d'échelle au titre du principe de pleine concurrence consiste i) à s'assurer que de tels effets synergiques existent<sup>(64)</sup>, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la

<sup>(59)</sup> Voir, par exemple, le point 77 de la décision anticipée de 2009, les points 72 et 73 de la décision anticipée de 2010, les points 43 et 53 de la décision anticipée de 2011 et les points 29 et 39 de la décision anticipée de 2012.

<sup>(60)</sup> Voir, par exemple, le point 79 de la décision anticipée de 2009, le point 46 de la décision anticipée de 2011 et le point 32 de la décision anticipée de 2012.

<sup>(61)</sup> L'importance donnée, dans la fixation des prix de transfert, aux prix des transactions intragroupe ressort clairement du paragraphe 1.6 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010: «Le principe de pleine concurrence adopte la démarche consistant à traiter les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée. En procédant de cette manière, on met l'accent sur la nature des transactions entre les membres du groupe multinational et sur le fait de savoir si les conditions de ces transactions contrôlées diffèrent de celles qui seraient obtenues pour des transactions comparables sur le marché libre. Cette analyse des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre, appelée "analyse de comparabilité", est au cœur de l'application du principe de pleine concurrence.» Cet élément central de la fixation des prix des transactions intragroupe est réaffirmé au paragraphe 1.33 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010: «L'application du principe de pleine concurrence se fonde généralement sur une comparaison entre les conditions d'une transaction entre entreprises associées et celles d'une transaction entre entreprises indépendantes. [...]».

<sup>(62)</sup> La nature transactionnelle du principe de pleine concurrence est mise en évidence dans le texte des paragraphes 1.36 et 1.42 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995.

<sup>(63)</sup> Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

<sup>(64)</sup> Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

création des bénéficiaires tirés des synergies et des économies d'échelle; iii) à quantifier la contribution relative de chacune de ces sociétés du groupe et à identifier les transactions contrôlées entre ces sociétés; et iv) à ajuster les prix de ces transactions contrôlées afin que l'augmentation des bénéficiaires de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux<sup>(65)</sup>.

- (86) Rien de tout cela n'est fait dans les décisions anticipées. Celles-ci supposent simplement que les investissements prévus généreront de tels bénéficiaires et de telles économies de coûts<sup>(66)</sup>, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe<sup>(67)</sup>, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. Les décisions anticipées acceptent que la marge de contribution ou le NPBT généré par Oxeno et NewCo, qui leur est initialement attribué à la suite de transactions avec des tiers ou de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans leurs comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur la marge de contribution ou le NPBT hypothétique que les entreprises auraient généré si elles étaient indépendantes du Groupe.
- (87) De plus, les décisions anticipées font spécifiquement référence à l'utilisation du savoir-faire et de la clientèle pour démontrer l'existence d'avantages liés aux synergies. À cet égard, la Commission note tout d'abord que ces éléments peuvent, dans certaines circonstances, être considérés comme des actifs incorporels — ce que les mesures contestées ne prétendent pas — mais qu'ils ne constituent pas un indice de synergies. En outre, même si les décisions anticipées avaient supposé la fourniture d'actifs incorporels (ce qui n'est pas le cas), cela ne démontrerait quand même pas la présence de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Oxeno ou NewCo, d'une part, et des contreparties liées étrangères, d'autre part, comme l'exige l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR. La manière appropriée de traiter les bénéficiaires tirés d'actifs incorporels au titre du principe de pleine concurrence consiste i) à identifier, à étayer et à délimiter de façon appropriée ces actifs incorporels; ii) à réaliser une analyse détaillée des caractéristiques et des facteurs de comparabilité des transactions contrôlées correspondantes<sup>(68)</sup>, et iii) à ajuster les prix de ces transactions contrôlées de telle sorte que leurs conditions correspondent à celles de transactions de pleine concurrence<sup>(69)</sup>. Rien de tout cela n'est fait dans les décisions anticipées.
- (88) Enfin, la Commission fait observer que, ni le paragraphe 1.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, ni le paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne peut être invoqué pour justifier une exonération des «bénéficiaires excédentaires», comme cela est fait dans les décisions anticipées<sup>(70)</sup>. Ces paragraphes font état de la difficulté d'attribuer des bénéficiaires tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Ils ne recommandent en aucun cas que le bénéfice de pleine concurrence d'une entité d'un groupe multinational exclue de la base imposable d'une société du groupe les bénéficiaires résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ces paragraphes sous-entendent que les bénéficiaires tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés<sup>(71)</sup>.
- (89) En tout état de cause, même si les investissements prévus devaient engendrer des bénéficiaires tirés de synergies ou d'économies d'échelle et même si les actions concertées et délibérées, les sociétés du groupe qui exécutent ces actions et les transactions contrôlées entre ces parties du groupe avaient été correctement identifiées (ce qui n'est pas le cas), la Commission note que les décisions anticipées n'indiquent pas pourquoi ces bénéficiaires ne devraient pas (au moins en partie) être (ré)attribués à Oxeno ou à NewCo. Ce sont Oxeno et NewCo qui réalisent les investissements importants et construisent les nouveaux sites de production et ce sont Oxeno et NewCo qui accueilleront les nouvelles fonctions et le personnel nécessaire pour superviser et générer la capacité de production supplémentaire. De plus, une partie des synergies et des économies d'échelle présumées semblent dérivées des installations existantes d'Oxeno elle-même.
- (90) Enfin, la Commission note que la plupart des synergies et des économies d'échelle semblent générées grâce aux installations belges existantes du Groupe, qui semblent relever du contrôle exclusif des entités belges du Groupe (dont Oxeno et Evonik Degussa Antwerpen NV). En conséquence, la Commission note que même si la méthode décrite au considérant (85) avait été adéquatement suivie par les décisions anticipées (ce qui n'est pas le cas), tout

<sup>(65)</sup> Voir, à cet égard, les paragraphes 1.161 et 1.164 à 1.173 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

<sup>(66)</sup> Cela vaut pour les bénéficiaires présumés d'un approvisionnement en énergie moins cher, de remises pour l'achat en quantités et de l'utilisation conjointe du site multi-utilisateurs, ainsi que le savoir-faire et les relations clientèle du Groupe qui, selon la Commission ne peuvent même pas constituer des synergies, comme expliqué au considérant (87).

<sup>(67)</sup> Par exemple, les décisions anticipées de 2010, de 2011 et de 2012 n'indiquent pas quelles dépenses seraient réduites, ni quelles économies de coûts pourraient être générées, pas plus qu'elles n'indiquent comment les revenus seraient augmentés.

<sup>(68)</sup> Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphes 6.13 et 6.14, qui expliquent que l'application du principe de pleine concurrence à des actifs incorporels nécessite l'application de la méthode prescrite dans ces mêmes principes, ce qui suppose, entre autres, une identification des transactions sous-jacentes et une analyse de comparabilité détaillée.

<sup>(69)</sup> Voir le paragraphe 6.1 des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, qui explique que les lignes directrices de l'OCDE applicables aux biens incorporels servent à déterminer «si les conditions convenues ou imposées dans des transactions entre entreprises associées qui font intervenir des biens incorporels sont conformes au principe de pleine concurrence».

<sup>(70)</sup> Décision anticipée de 2009, point 80, et décision anticipée de 2010, point 61; décision anticipée de 2011, point 44; décision anticipée de 2012, point 30.

<sup>(71)</sup> Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (85)].

ajustement au titre du principe de pleine concurrence apparaîtrait comme concernant des transactions entre sociétés belges. Ce faisant, les décisions anticipées appliquent également erronément l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, en ce sens que cette disposition requiert une relation transfrontière entre les deux sociétés liées du Groupe.

- (91) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (79), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable d'Oxeno et de NewCo pour parvenir à leur bénéfice imposable annuel constitue une application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et n'a dès lors aucune base juridique dans le droit fiscal belge.
- (c) *L'application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en faveur d'Oxeno et de NewCo entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (92) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (62) ne s'opère pas, il doit être démontré qu'une mesure constitue une discrimination en faveur d'une ou de plusieurs entreprises par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable. Selon la jurisprudence, l'analyse de comparabilité aux fins de l'établissement de la sélectivité dépend de l'objectif du système de référence en vertu duquel la mesure a été adoptée<sup>(72)</sup>.
- (93) Au considérant (70), la Commission a conclu à titre provisoire que le système de référence à l'aune duquel les mesures contestées devaient être évaluées est le système de l'impôt sur les sociétés en Belgique. L'objectif du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique, tel qu'énoncé à l'article 185, paragraphe 1, du CIR, est d'imposer les sociétés soumises à l'impôt sur le montant total de leur bénéfice. Comme expliqué plus en détail au considérant (71), pour déterminer le bénéfice imposable total de la société soumise à l'impôt, il est tenu compte — comme point de départ et nonobstant d'éventuels ajustements positifs ou négatifs ultérieurs prévus par la législation fiscale — du bénéfice total enregistré dans la comptabilité du contribuable.
- (94) Aux considérants (76) à (91), la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées font une application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en faveur d'Oxeno et de NewCo, ce qui a pour effet que ces entreprises se voient accorder une réduction de leur base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge. Les mesures contestées constituent donc une dérogation aux règles générales relatives à l'établissement de l'assiette de l'impôt sur les sociétés d'une entreprise soumise à l'impôt, et partant de l'impôt sur les sociétés qu'elle doit acquitter au titre du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique. En octroyant à Oxeno et à NewCo une réduction de leur base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent ces entreprises par rapport à toutes les autres sociétés soumises à l'impôt en Belgique, qui ne peuvent pas réduire leurs bénéfices comptables pour établir leurs bénéfices imposables sans disposition explicite en droit fiscal et qui sont donc imposées, comme point de départ et nonobstant les ajustements généraux prévus par la loi, sur le bénéfice total enregistré dans leurs comptes annuels.

4.5.3.2. *Deuxième constat subsidiaire de sélectivité: l'exonération des «bénéfices excédentaires» n'est pas accessible à toutes les sociétés soumises à l'impôt*

- (95) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (64) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Oxeno et NewCo de manière sélective, même si l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR pouvait être considéré comme constituant une base juridique permettant d'exonérer d'impôt le bénéfice comptabilisé par une entité d'un groupe multinational qui dépasse un bénéfice fictif que cette entité aurait prétendument généré si elle était indépendante de ce groupe, ce que la Commission conteste au considérant (83).
- (96) En effet, en permettant à Oxeno et à NewCo d'exonérer d'impôt une partie de leur bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent ces entreprises par rapport à d'autres sociétés soumises à l'impôt en Belgique qui ne sont pas admissibles au bénéfice de cet ajustement négatif, même si elles peuvent également générer ce que la Belgique considère comme des «bénéfices excédentaires».
- (97) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Oxeno et NewCo de manière sélective par rapport aux sociétés soumises à l'impôt en Belgique faisant partie d'un groupe multinational qui n'obtiennent pas ou ne peuvent pas obtenir de décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires»<sup>(73)</sup>. Ces entreprises, qui peuvent également générer des bénéfices tirés de synergies et d'économies d'échelle, sont imposées par défaut sur ces bénéfices, qui font partie de leur bénéfice total au sens de l'article 185, paragraphe 1, du CIR.

<sup>(72)</sup> Voir les affaires jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, EU:C:2011:732, point 75; les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 P, World Duty Free Group, EU:C:2016:981, point 54, et l'affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

<sup>(73)</sup> Cela concerne, par exemple, les sociétés soumises à l'impôt en Belgique appartenant à un groupe multinational qui exercent leurs activités dans le cadre de modèles d'entreprise existants en Belgique. Ainsi qu'il ressort de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, l'ajustement prévu par cette disposition ne peut être accordé qu'au moyen d'une décision anticipée. Conformément aux articles 20 et 22 de la loi du 24 décembre 2002, une décision anticipée ne peut être accordée que pour une situation ou une opération qui n'a pas encore produit d'effets sur le plan fiscal. Ainsi, pour demander une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires», un contribuable doit présenter à l'administration fiscale belge une «situation nouvelle», telle que la fusion ou la restructuration d'activités de production, la construction de nouvelles installations, l'augmentation de la capacité de production des installations existantes ou l'internalisation des activités de fourniture.

- (98) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Oxeno et NewCo de manière sélective par rapport aux entités faisant partie d'un groupe national de sociétés. Ces entités peuvent également générer des bénéfices tirés de synergies et d'économies d'échelle, mais ne sont pas admissibles au bénéfice d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires», étant donné que l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR s'applique exclusivement aux entités faisant partie d'un groupe multinational. En conséquence, ces entreprises sont imposées par défaut sur leurs bénéfices tirés de synergies et d'économies d'échelle, qui font partie de leur bénéfice total au sens de l'article 185, paragraphe 1, du CIR.
- (99) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Oxeno et NewCo de manière sélective par rapport à des entités indépendantes. Ces entités sont imposées en prenant comme point de départ le bénéfice enregistré dans leur comptabilité, lequel reflète en outre les prix du marché. Les mesures contestées, en revanche, ramènent le bénéfice imposable d'Oxeno et de NewCo à un niveau inférieur à celui de leur bénéfice de pleine concurrence enregistré dans leurs comptes annuels, comme expliqué au considérant (81). En outre, des entités indépendantes peuvent obtenir des bénéfices similaires en mettant en commun des activités, soit en interne, soit avec d'autres entités indépendantes, afin d'obtenir de meilleurs prix ou des conditions plus favorables sur le marché, ce qui leur permet de réaliser des synergies et des économies de coûts similaires à celles obtenues par un groupe multinational. Pourtant, ces sociétés ne peuvent pas obtenir de décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires», étant donné que l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR s'applique exclusivement aux entités faisant partie d'un groupe multinational. En conséquence, ces entreprises sont imposées par défaut sur leurs bénéfices tirés de synergies et d'économies d'échelle, qui font partie de leur bénéfice total au sens de l'article 185, paragraphe 1, du CIR.
- (100) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Oxeno et NewCo de manière sélective par rapport à chacun des trois types d'entreprises comparables susmentionnés, même si l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR pouvait être considéré comme constituant une base juridique permettant d'exonérer d'impôt le bénéfice comptabilisé par une entité d'un groupe multinational qui dépasse un bénéfice fictif correspondant au bénéfice que cette entité aurait prétendument généré si elle était indépendante de ce groupe, ce que la Commission conteste.

#### 4.5.4. *Justification objective*

- (101) Une mesure qui crée une exception à l'application d'une règle générale peut être justifiée si l'État membre concerné parvient à démontrer que cette mesure résulte directement des principes fondateurs ou directeurs du système de référence. À cet égard, il y a lieu d'établir une distinction entre, d'une part, les objectifs assignés à un système de référence particulier qui lui sont extérieurs et, d'autre part, les mécanismes inhérents au système lui-même qui sont nécessaires à la réalisation de ces objectifs<sup>(74)</sup>. Il est également nécessaire de veiller à ce que la mesure soit proportionnée et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi, en ce sens que celui-ci ne pourrait pas être atteint par des mesures de moindre ampleur<sup>(75)</sup>.
- (102) La Commission considère à titre provisoire qu'il n'est pas possible de justifier objectivement une application erronée de la loi, car une telle application ne peut en aucun cas résulter directement des principes fondateurs ou directeurs du système de référence. Étant donné que les mesures contestées font une application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en faveur d'Oxeno et de NewCo, en conséquence de quoi ces entreprises se voient accorder une réduction d'impôt pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, la Commission considère à titre provisoire que le caractère a priori sélectif de ces mesures ne saurait être objectivement justifié.
- (103) Sans préjudice de cette conclusion provisoire, la Commission n'accepte pas non plus, à ce stade, l'affirmation de la Belgique selon laquelle les mesures contestées sont justifiées par l'objectif consistant à éviter la double imposition. La double imposition désigne des situations dans lesquelles un revenu est imposé deux fois dans le chef du même contribuable (double imposition juridique) ou de deux contribuables différents (double imposition économique). La nécessité d'éviter la double imposition peut justifier une dérogation aux règles générales de l'impôt sur les sociétés<sup>(76)</sup>. Rien n'indique toutefois que les mesures contestées servent effectivement cet objectif, en contradiction avec une application correcte de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR.
- (104) Premièrement, comme expliqué aux considérants (76) à (79), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles les décisions anticipées reposent permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable d'Oxeno et de NewCo qui n'est pas incluse dans la base imposable d'une entité associée étrangère du Groupe dans une autre juridiction fiscale. L'absence de toute obligation de démontrer l'inclusion du même bénéfice dans la base imposable des deux sociétés associées (l'une à l'étranger, l'autre en Belgique) est un élément important qui distingue les décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» des décisions anticipées en matière de prix de transfert autorisant un ajustement corrélatif négatif des prix de transfert au titre de l'application correcte de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR. Pour ce dernier type de décisions anticipées, l'ajustement négatif répond à une situation dans laquelle le bénéfice comptabilisé en Belgique et exonéré d'impôt a également été inclus dans le bénéfice imposable d'une entité associée du groupe dans une autre juridiction fiscale, soit parce qu'il a été déclaré dans la déclaration fiscale (le cas échéant, corrigée) par cette entité, soit — de manière plus probable — parce qu'un

<sup>(74)</sup> Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

<sup>(75)</sup> Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

<sup>(76)</sup> Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. Les décisions anticipées ne vérifient pas, ni ne jugent nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.

- (105) Deuxièmement, les «bénéfices excédentaires» exonérés ne semblent pas susceptibles, par leur nature même, d'être inclus dans les bénéfices d'une autre société associée du Groupe. En effet, ainsi qu'il est expliqué aux considérants (80) à (91), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Oxeno ou NewCo, d'une part, et des contreparties associées étrangères, d'autre part. Ils font partie des bénéfices que ces entreprises ont réellement générés, qui leur ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans leur comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère à titre provisoire que ces bénéfices ne peuvent jamais être (entièrement) inclus dans les bénéfices imposables d'une telle contrepartie à la suite d'un ajustement primaire (positif) des prix de transfert à l'étranger, compte tenu de l'absence de transaction contrôlée identifiée<sup>(77)</sup>. En conséquence, la Commission doute qu'une situation de double imposition puisse un jour se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (106) Par conséquent, les mesures contestées ne peuvent être considérées comme visant des situations de double imposition réelle ou même potentielle. La Belgique n'a pas non plus présenté d'autre justification à la dérogation à laquelle les mesures contestées donnent lieu.
- (107) Par conséquent, la Commission conclut provisoirement que la réduction fiscale accordée par les mesures contestées ne découle pas directement des principes fondateurs ou directeurs intrinsèques du système de référence et ne résulte pas des mécanismes inhérents à ce système qui sont nécessaires à son fonctionnement et à son efficacité. La discrimination à laquelle ces mesures donnent lieu ne saurait donc être objectivement justifiée.

#### 4.6. Conclusions provisoires quant à l'existence d'une aide et aux bénéficiaires de cette aide

- (108) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Oxeno et à NewCo sous la forme d'une exonération fiscale.
- (109) Aux fins de l'application des règles relatives aux aides d'État, des entités juridiques distinctes peuvent être considérées comme constituant une seule unité économique. Cette unité économique est alors considérée comme l'entreprise en cause, bénéficiaire de la mesure d'aide. Comme la Cour de justice l'a affirmé précédemment, «[l]a notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique [...] même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales»<sup>(78)</sup>. Pour déterminer si plusieurs entités constituent une unité économique, la Cour de justice cherche à savoir s'il existe une participation de contrôle ou des liens organiques, économiques ou fonctionnels<sup>(79)</sup>.
- (110) En l'espèce, Oxeno et NewCo font partie du Groupe Evonik, qui les contrôle par l'intermédiaire de sa société faitière Evonik Industries AG, basée à Essen, en Allemagne. Les décisions anticipées indiquent de manière constante que c'est le Groupe qui a décidé de réaliser les investissements, en conséquence de quoi Oxeno et NewCo ont pu obtenir les décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» leur permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de leur bénéfice comptable.
- (111) Par conséquent, bien que le Groupe soit organisé en différentes personnalités juridiques, les sociétés faisant partie de ce Groupe doivent être provisoirement considérées comme une entreprise unique bénéficiant des mesures contestées<sup>(80)</sup>. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe Evonik, en plus d'Oxeno et de NewCo, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

<sup>(77)</sup> En ce qui concerne les synergies réelles, aucune transaction contrôlée distincte de ce type ne pourrait être réputée exister dans le cas d'une application correcte du principe de pleine concurrence à l'étranger. Pour ce qui est des actifs incorporels possibles, la Commission doute premièrement de l'existence de ces actifs incorporels, étant donné — comme expliqué au considérant (87) — qu'ils ne sont pas clairement identifiés dans les décisions anticipées. Deuxièmement, si ces actifs incorporels existaient, les transactions relatives à ces actifs incorporels, si elles étaient dûment identifiées et délimitées, pourraient théoriquement faire l'objet d'un ajustement positif selon la méthode recommandée à l'article 9, paragraphe 1, du modèle de convention fiscale de l'OCDE. Cela supposerait toutefois un ajustement précis des prix des transactions concernant ces actifs incorporels. Il est peu probable qu'un ajustement (positif) primaire hypothétique des prix de transfert de ce type correspondrait aux bénéfices associés allégués déterminés de façon unilatérale au niveau d'Oxeno ou de NewCo et qu'il justifierait dès lors l'exonération du montant total des «bénéfices excédentaires» par les mesures contestées.

<sup>(78)</sup> Affaire C-170/83, Hydrotherm, EU:C:1984:271, point 11. Voir également l'affaire T-137/02, Pollmeier Malchow/Commission, EU:T:2004:304, point 50.

<sup>(79)</sup> Affaire C-480/09 P, Acea Electrabel Produzione SpA/Commission, EU:C:2010:787, points 47 à 55; affaire C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., EU:C:2006:8, point 112.

<sup>(80)</sup> Voir, par analogie, l'affaire 323/82, Intermills, EU:C:1984:345, point 11: «Il résulte des informations fournies par les requérantes elles-mêmes qu'à la suite de la restructuration, tant la société Intermills que les trois sociétés industrielles sont contrôlées par la région wallonne et qu'à la suite du transfert des installations de production aux trois sociétés nouvellement constituées, la société Intermills reste intéressée dans celles-ci. Il convient donc de constater qu'en dépit du fait que les trois sociétés industrielles possèdent chacune une individualité juridique distincte de l'ancienne société Intermills, toutes ces sociétés forment ensemble un groupe unique, en tout cas au regard de l'aide accordée par les autorités belges [...]»

#### 4.7. Illégalité de l'aide

- (112) L'article 108, paragraphe 3, du TFUE dispose que les États membres doivent notifier préalablement à la Commission tout projet d'aide nouvelle, en temps utile pour lui permettre de se faire une opinion sur la question de savoir s'il s'agit ou non d'une aide d'État et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une aide d'État illégale ou compatible avec le marché intérieur (obligation de notification)<sup>(81)</sup>. Il dispose en outre que les aides nouvelles soumises à l'obligation de notification ne doivent pas être mises à exécution avant que la Commission ait pris, ou soit réputée avoir pris, une décision les autorisant (obligation de suspension)<sup>(82)</sup>. L'article 1<sup>er</sup>, point f), du règlement 2015/1589 définit une aide nouvelle mise à exécution en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE comme une «aide illégale».
- (113) Étant donné que la Commission a conclu à titre provisoire que les mesures contestées donnent lieu à une aide d'État, elle peut également conclure provisoirement que cette aide est illégale par nature, étant donné que les mesures n'ont pas été notifiées à la Commission avant leur mise à exécution.

#### 4.8. Compatibilité avec le marché intérieur

- (114) Une aide d'État est réputée compatible avec le marché intérieur si elle relève de l'une des catégories énumérées à l'article 107, paragraphe 2, du TFUE<sup>(83)</sup>, et elle peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur si la Commission constate que cette aide relève de l'une des catégories énumérées à l'article 107, paragraphe 3, du TFUE<sup>(84)</sup>. La charge de la preuve de la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 2 ou 3, du TFUE incombe à l'État membre qui octroie cette aide<sup>(85)</sup>.
- (115) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Oxeno et à NewCo et au Groupe dans son ensemble dans le cadre des mesures contestées, et la Commission n'est pas non plus en mesure d'en relever un seul.
- (116) La Commission note en particulier que, puisque le traitement fiscal accordé au moyen des mesures contestées semble entraîner une réduction des charges normalement supportées par les entreprises concernées dans le cadre de leurs activités, cette réduction devrait être considérée comme une aide au fonctionnement. Selon la jurisprudence, de telles aides ne sauraient normalement être considérées comme compatibles avec le marché intérieur, du fait qu'elles ne favorisent pas le développement de certaines activités ou de certaines régions et qu'elles ne sont pas limitées dans le temps, ne sont pas dégressives et ne sont pas proportionnées à ce qui est nécessaire pour remédier à un désavantage économique spécifique dans les régions en question<sup>(86)</sup>.

### 5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» accordées à Evonik Oxeno Antwerpen NV et à NewCo par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par ces entreprises sur la base de ces décisions anticipées ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de ces entreprises et du Groupe auquel elles appartiennent. La Commission, agissant dans le cadre de la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE, invite donc la Belgique à présenter ses observations et à fournir toute information utile pour l'évaluation de ces mesures. Cela concerne en particulier:

- l'identité de NewCo;
- les comptes annuels d'Evonik Oxeno Antwerpen NV et de NewCo relatifs aux années pour lesquelles les entreprises se sont fondées sur les décisions anticipées pour déterminer leur bénéfice imposable, les déclarations aux fins de l'impôt sur les sociétés et les avis d'imposition au titre de l'impôt sur les sociétés d'Oxeno et de NewCo pour ces années;
- toute information démontrant dans quelle mesure la décision anticipée de 2009 a été effectivement appliquée par ou à Evonik Oxeno Antwerpen NV avant ou après la renonciation à cette décision anticipée;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par les décisions anticipées susmentionnées ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;

<sup>(81)</sup> Règlement 2015/1589, article 2.

<sup>(82)</sup> Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

<sup>(83)</sup> Les dérogations prévues à l'article 107, paragraphe 2, du TFUE concernent: a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels; b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires; et c) les aides octroyées à certaines régions de la République fédérale d'Allemagne.

<sup>(84)</sup> Les dérogations prévues à l'article 107, paragraphe 3, du TFUE concernent: a) les aides destinées à favoriser le développement de certaines régions; b) les aides destinées à promouvoir la réalisation de certains projets importants d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre; c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques; d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine; et e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil.

<sup>(85)</sup> Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

<sup>(86)</sup> Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés aux décisions anticipées ou présentés en lien avec celles-ci;
- un organigramme actualisé décrivant la structure de détention actuelle du Groupe.

La Belgique est invitée à fournir ces informations dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la présente. Il est demandé à vos autorités de transmettre immédiatement une copie de la présente lettre au bénéficiaire potentiel de l'aide.

La Commission rappelle à la Belgique l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE et attire votre attention sur l'article 16 du règlement (UE) 2015/1589, qui prévoit que toute aide illégale pourra faire l'objet d'une récupération auprès de son bénéficiaire.

La Commission avise la Belgique qu'elle informera les parties intéressées par la publication de la présente lettre et d'un résumé de celle-ci au *Journal officiel de l'Union européenne*. Elle informera également les parties intéressées dans les pays de l'AELE signataires de l'accord EEE par la publication d'une communication dans le supplément EEE du *Journal officiel de l'Union européenne*, ainsi que l'Autorité de surveillance AELE par l'envoi d'une copie de la présente. Toutes les parties intéressées susmentionnées seront invitées à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la date de cette publication.

## TEKST PISMA W JĘZYKU NIDERLANDZKIM

De Commissie stelt België ervan in kennis dat zij, na onderzoek van de door uw autoriteiten met betrekking tot bovengenoemde steunmaatregel verstrekte informatie, heeft besloten de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") in te leiden.

## 1. PROCEDURE

- (1) Op 11 januari 2016 heeft de Commissie een negatief besluit met terugvordering vastgesteld betreffende de door België van 2004 tot en met 2014 toegepaste praktijk van fiscale rulings inzake "overwinst" ("het besluit van 2016")<sup>(1)</sup>. In het besluit van 2016 concludeerde de Commissie dat die praktijk een regeling vormde op grond waarvan de ontvangers van een ruling inzake "overwinst" onrechtmatige en onverenigbare staatssteun ontvingen. Twee Belgische entiteiten van de Evonikgroep ("de Groep"), Evonik Oxeno Antwerpen NV ("Oxeno") en een Belgische, door de Evonikgroep op te richten vennootschap ("NewCo") kregen vier rulings betreffende "overwinst" en zijn door België aangemerkt als twee van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Oxeno teruggevorderd.
- (2) Op 14 februari 2019 heeft het Gerecht van de Europese Unie ("het Gerecht") geconcludeerd dat de Commissie de praktijk van fiscale rulings inzake "overwinst" ten onrechte als een regeling had aangemerkt en het besluit van 2016 nietig verklaard, zonder zich uit te spreken over de aanwezigheid van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun in elk van de individuele rulings. Op 24 april 2019 heeft de Commissie tegen de uitspraak van het Gerecht een hogere voorziening ingesteld bij het Hof van Justitie van de Europese Unie ("het Hof van Justitie")<sup>(2)</sup>.
- (3) Bij brief van 5 april 2019 heeft de Commissie België verzocht de rulings inzake "overwinst" die België nog niet had verstrekt in het kader van de procedure die tot de vaststelling van het besluit van 2016 had geleid, te verstrekken. Voorts heeft de Commissie België ervan in kennis gesteld dat zij redenen had om aan te nemen dat de individuele rulings inzake "overwinst" die België van 2004 tot en met 2014 heeft afgegeven, waaronder de rulings die aan Oxeno en NewCo zijn afgegeven, tot verboden staatssteun kunnen leiden. De Commissie heeft België verzocht opmerkingen in te dienen.
- (4) Bij brief van 9 mei 2019 heeft België de Commissie de nog niet eerder aangeleverde rulings verstrekt en opmerkingen ingediend over de redenen waarom het meent dat die rulings niet tot staatssteun leiden.

## 2. FEITELIJKE EN JURIDISCHE ACHTERGROND

## 2.1. Begunstigden van de omstreden maatregelen

- (5) De Evonikgroep is een multinationale groep die actief is in de chemische sector en waarvan het hoofdkantoor in Essen, Duitsland, is gevestigd. In 2007 had de Groep een mondiale omzet van 14,4 miljard EUR en telde hij ongeveer 43 000 werknemers wereldwijd.
- (6) Oxeno werd in 2001 in Antwerpen opgericht en exploiteert één van de productiesites voor chemicaliën van de Groep, inclusief productielijnen voor isobuteen en methyl-t-butylether ("MTBE"). Een andere op de site aanwezige vennootschap van de Groep is Evonik Degussa Antwerpen NV. In 2007 boekte Oxeno een omzet van meer dan 500 miljoen EUR<sup>(3)</sup>.

## 2.2. De omstreden maatregelen

- (7) De "omstreden maatregelen" in dit besluit bestaan uit de hieronder genoemde rulings ("de rulings") en de aanvaarding door de Belgische belastingautoriteiten van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting die door Oxeno en NewCo op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan Oxeno en NewCo een vrijstelling van "overwinst" hebben toegekend:

— op 8 september 2009 heeft Oxeno een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een aanzienlijke investering in een MTBE-splitter, die de periode van vijf jaar van 1 januari 2011 tot en met 31 december 2015 bestrijkt ("de ruling van 2009")<sup>(4)</sup>. In de ruling van 2009 heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen (hierna de "Rulingcommissie") beslist dat het verschil tussen de dekkingsbijdrage (d.w.z. opbrengsten minus variabele kosten) die wordt gegenereerd door de exploitatie van de MTBE-splitter en die Oxeno zal opnemen in haar jaarrekening, en een zakelijk geachte "aangepaste" dekkingsbijdrage (beoordeeld aan de hand van financiële prognoses van een hypothetische stand-alone entiteit) op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB") in België met ingang van 1 januari 2011 voor een periode van vijf jaar van vennootschapsbelasting mag worden vrijgesteld als "overwinst" (ook "overmatige winst", "excessieve winst", "excess profit" of "meerwinst" genoemd). Het van belasting vrijgestelde bedrag aan "overwinst" mocht niet meer bedragen dan 32,366 miljoen EUR over de periode van vijf jaar tijdens welke de ruling gold, wat overeenkwam met de totale voorspelde "overwinst" op het tijdstip van de ruling van 2009.

<sup>(1)</sup> Besluit van de Commissie van 11 januari 2016 betreffende de staatssteunregeling inzake vrijstelling van overwinst SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) door België ten uitvoer gelegd (PB L 260 van 27.9.2016, blz. 61).

<sup>(2)</sup> Zaak C-337/19 P, Commissie/België en Magnetrol International.

<sup>(3)</sup> Alle gegevens komen uit de rulings, zoals vermeld in punt (7).

<sup>(4)</sup> Voorafgaande beslissing 800.407 van 8 september 2009, gericht aan KPMG Tax & Legal Advisers.



- Op 7 september 2010 heeft NewCo een ruling inzake “overwinst” verkregen met betrekking tot aanzienlijke investeringen in een nieuwe methionine-installatie (de “ruling van 2010”) <sup>(5)</sup>. In de ruling van 2010 heeft de Rulingcommissie besloten dat 64,09 % van de uit de nieuwe installatie te genereren nettowinst vóór belastingen (Net Profit Before Tax, afgekort NPBT) op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 in België met ingang van 1 januari 2015 voor een periode van vijf jaar van vennootschapsbelasting mag worden vrijgesteld als “overwinst” (ook “overmatige winst” genoemd).
- Op 8 september 2011 heeft Oxeno een ruling inzake “overwinst” verkregen met betrekking tot de bouw van de MTBE-splitter waarop de ruling van 2009 betrekking had (“de ruling van 2011”) <sup>(6)</sup>. In de ruling van 2011 accepteerde de Rulingcommissie dat Oxeno afstand zou doen van de ruling van 2009 <sup>(7)</sup> en besloot zij dat 22,76 % van de uit de exploitatie van de MTBE-splitter te genereren NPBT op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 in België met ingang van 1 januari 2012 voor een periode van vijf jaar van vennootschapsbelasting mag worden vrijgesteld als “overwinst” (ook “overmatige winst” genoemd).
- Op 25 januari 2012 heeft Oxeno een ruling inzake “overwinst” verkregen met betrekking tot aanzienlijke investeringen in een nieuwe productielijn voor butadieen (de “ruling van 2012”) <sup>(8)</sup>. In de ruling van 2012 heeft de Rulingcommissie besloten dat 69,51 % van de uit de nieuwe investeringen te genereren NPBT op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 in België met ingang van 1 januari 2015 voor een periode van vijf jaar van vennootschapsbelasting mag worden vrijgesteld als “overwinst” (ook “overmatige winst” genoemd).

### 2.2.1. De verrichting waarvoor de rulings werden aangevraagd

- (8) De rulings hebben allemaal betrekking op de bouw of de uitbreiding van chemische productie-installaties in België: de rulings van 2009 en 2011 hebben betrekking op de bouw en de uitbreiding van een MTBE-splitter; de ruling van 2010 heeft betrekking op de bouw van een productielijn voor methionine; en de ruling van 2012 heeft betrekking op de bouw van een productielijn voor butadieen. De rulings betreffen grote investeringen en er wordt met name gerefereerd aan de economische gevolgen van die investeringen voor België, alsook aan het aantal extra banen dat in België kan worden gecreëerd, hetzij op het niveau van Oxeno en NewCo, hetzij op het niveau van andere Belgische entiteiten van de Groep en derden. In de rulingaanvragen wordt gespecificeerd dat de realisatie van de investeringen op het niveau van Oxeno of NewCo, vergeleken met andere entiteiten van de Groep buiten België, wordt onderzocht en afhankelijk is van het Belgische belastingklimaat.

### 2.2.2. De bepaling van de vrij te stellen “overwinst”

- (9) In de rulings van zowel 2009, 2010 als 2012 wordt erkend dat Oxeno en NewCo bij de exploitatie van hun productielijnen handelen als volwaardige producenten. Alle rulings gaan er voorts impliciet van uit dat de aan Oxeno en NewCo in rekening gebrachte prijzen voor grondstoffen, energievoorziening, ondersteunende diensten of distributie, alsook de productiekosten en verkoopopbrengsten van Oxeno en NewCo, allemaal marktconform zijn. De rulings wijzen er gezins op dat de door Oxeno en NewCo gesloten intragroepstransacties niet onder zakelijke voorwaarden zijn overeengekomen.
- (10) In de rulings wordt vervolgens gesteld dat Oxeno en NewCo, doordat ze deel uitmaken van de Groep, als gevolg van de geplande investeringen “overwinst” zullen kunnen genereren, hetzij door kostenbesparingen, hetzij door synergievoordelen. In alle vier de rulings worden de volgende groepsvoordelen vastgesteld <sup>(9)</sup>: de reeds in de Groep aanwezige knowhow bij het opstarten en exploiteren van de productielijnen; de bestaande basisklantenportefeuille en -verkooporganisatie van de Groep; een goedkopere energievoorziening als gevolg van schaalvoordelen bij het bundelen van de energievoorziening met Evonik Degussa Antwerpen NV; schaalvoordelen en volumekortingen bij aanbestedingen, alsook on-site aanwezigheid van grondstoffen; en synergieën bij het gebruik van de bestaande multi-user site in Antwerpen, alsook reeds bestaande infrastructuur, wat leidt tot lagere investerings- en exploitatiekosten. In de rulings van 2009 en 2011 worden ook schaalvoordelen door gecentraliseerde ondersteunende diensten vastgesteld, terwijl in de ruling van 2010 de aanwezigheid van een afzetmarkt voor nevenproducten van de productielijn wordt vermeld.
- (11) In de rulings wordt de “overwinst” die Oxeno en NewCo zullen genereren door die kostenbesparingen en synergievoordelen, als volgt bepaald:
- in de ruling van 2009 wordt de “overwinst” door synergieën en kostenbesparingen bepaald aan de hand van een financiële prognose van een hypothetische stand-alone onderneming die vergelijkbare activiteiten verricht als Oxeno. Deze hypothetische financiële prognoses zijn gebaseerd op de financiële prognoses van Oxeno, waarbij de effecten van de vermeende synergieën en schaalvoordelen buiten beschouwing zijn gelaten. De ruling van 2009 aanvaardt dat een stand-alone onderneming: i) die niet beschikt over de vermeende technische knowhow van de groep voor het opstarten van de MTBE-splitter, in het eerste exploitatiejaar van de installatie slechts

<sup>(5)</sup> Voorafgaande beslissing 2010.277 van 7 september 2010, gericht aan KPMG.

<sup>(6)</sup> Voorafgaande beslissing 2011.337 van 8 november 2011, gericht aan KPMG Tax & Legal advisors.

<sup>(7)</sup> In dit stadium heeft de Commissie twijfels over de vraag of afstand is gedaan van de ruling van 2009 voor de hele geldigheidsperiode, dan wel pas vanaf 1 januari 2012. Bijgevolg gaat de Commissie ervan uit dat de ruling van 2009 nog geldig was gedurende het eerste jaar van geldigheid, d.w.z. het jaar dat inging op 1 januari 2011.

<sup>(8)</sup> Voorafgaande beslissing 2011.488 van 25 januari 2012, gericht aan KPMG Tax & Legal Advisors.

<sup>(9)</sup> Ruling van 2009, paragraaf 78; Ruling van 2010, paragraaf 66; Ruling van 2011, paragraaf 45; Ruling van 2012, paragraaf 31.

een capaciteit van 25 % zou halen, tegenover 100 % voor Oxeno, wat zou leiden tot een “overwinst” van 9,9 miljoen EUR; ii) die niet beschikt over de bestaande klantenportefeuille en verkooporganisatie van de Groep, een premarketingkorting voor de verkoop in de eerste drie exploitatiejaren zou moeten verlenen, wat zou leiden tot een verwachte “overwinst” van 13,3 miljoen EUR; iii) die niet beschikt over een kritische massa, een hogere energieprijis zou betalen, wat zou leiden tot een verwachte “overwinst” van 6,8 miljoen EUR over een periode van vijf jaar; en iv) die niet beschikt over on-site grondstoffen, transportkosten zou maken, wat zou leiden tot een verwachte “overwinst” van 2,2 miljoen EUR over een periode van vijf jaar. De “overwinst” wordt derhalve bepaald als het verschil tussen de dekkingsbijdrage (d.w.z. inkomsten minus variabele kosten) die Oxeno daadwerkelijk zal genereren en opnemen in haar jaarrekening, en een hypothetische dekkingsbijdrage die een beweerdelijk vergelijkbare producent op de vrije markt hypothetisch zou genereren in vergelijkbare omstandigheden, door deze correcties toe te passen op de daadwerkelijke jaarlijkse financiële cijfers. De ruling van 2009 verklaart dat Oxeno het verschil tussen deze twee bedragen mag vrijstellen van de Belgische vennootschapsbelasting voor een periode van vijf jaar met ingang van 1 januari 2011. De ruling van 2009 vermeldt dat zij na afloop van de geldigheidsperiode kan worden verlengd.

— In de rulings van 2010, 2011 en 2012 wordt de “overwinst” uit synergieën en kostenbesparingen als beschreven in punt (10) bepaald als het verschil tussen i) de NPBT die Oxeno en NewCo daadwerkelijk zullen opnemen in hun jaarrekening en ii) de hypothetische NPBT die een beweerdelijk vergelijkbare producent op de vrije markt naar verwachting kan genereren uit de geplande investeringen. Het onder i) genoemde bedrag vertegenwoordigt de volledige boekhoudkundige winst van Oxeno en NewCo, d.w.z. hun totale omzet minus hun eigen exploitatiekosten en uitgaven in het kader van transacties met derden of verbonden partijen. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een verrekenprijisanalyse aan de hand van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”), waarbij Oxeno en NewCo worden beschouwd als de minst complexe, geteste partij. De vermeende “aangepaste” zakelijke winstmarge van die ondernemingen wordt dus vergeleken met die van een vergelijkbaar geachte onderneming. Het resultaat van deze vergelijkingen is dat een winstmarge (d.w.z. de verhouding van hun NPBT tot hun omzet) op de verschillende installaties van respectievelijk 8,5 % (ruling van 2010), 12 % (ruling van 2011) en 7,73 % (ruling van 2012) als marktconform wordt beschouwd voor respectievelijk Oxeno en NewCo. Op basis van de gebudgetteerde cijfers over vijf jaar stellen deze rulings de “overwinst” die jaarlijks mag worden vrijgesteld vast op 64,09 % (ruling van 2010), 22,76 % (ruling van 2011) en 69,51 % (ruling van 2012) van de NPBT van respectievelijk Oxeno en NewCo.

(12) De rulings rechtvaardigen de vrijstelling van “overwinst” door te verwijzen naar paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995<sup>(10)</sup> of paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010<sup>(11)</sup>. Vervolgens verwijzen zij naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB<sup>(12)</sup> en, voor sommige rulings, naar het antwoord van de Belgische minister van Financiën van 13 april 2005 dat het niet aan de Belgische fiscus is om te bepalen bij welke buitenlandse vennootschappen de “meerwinst” in de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting moet worden opgenomen<sup>(13)</sup>.

### 2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

#### 2.3.1. De belasting op inkomen volgens het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting

- (13) Het WIB 92 stelt de regels vast voor de Belgische belastingheffing op inkomen. Artikel 1 onderscheidt vier soorten inkomstenbelastingen: personenbelasting (titel II: artikelen 3 tot en met 178), vennootschapsbelasting (titel III: artikelen 179 tot en met 219), rechtspersonenbelasting (titel IV: artikelen 220 tot en met 226) en belasting van niet-inwoners — natuurlijke personen, vennootschappen, andere rechtspersonen (titel V: artikelen 227 tot en met 248/3).
- (14) Volgens artikel 183 WIB 92 zijn de inkomsten die overeenkomstig titel III (binnenlandse vennootschappen) belastbaar zijn, dezelfde als die welke overeenkomstig titel II (natuurlijke personen) belastbaar zijn en wordt het bedrag ervan vastgesteld volgens de regels die van toepassing zijn op winst. In artikel 24 WIB 92 wordt in dit verband verduidelijkt dat het belastbare inkomen van nijverheids-, handels- of landbouwondernemingen alle inkomsten omvat uit bedrijfsactiviteiten zoals “winst uit alle verrichtingen gedaan door [...] die ondernemingen of door toedoen daarvan” of “winst uit enige waardevermeerdering van activa [...] en uit enige [...] waardevermindering van passiva, wanneer de desbetreffende meerwaarden of minderwaarden zijn verwezenlijkt of in de boekhouding of jaarrekening zijn uitgedrukt”.
- (15) In artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 is bepaald dat vennootschappen belastbaar zijn op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Gelezen in samenhang met de artikelen 1, 24 en 183 WIB 92 betekent dit dat de volgens de Belgische belastingwetgeving belastbare winst moet omvatten — als uitgangspunt en onverminderd eventuele latere opwaartse of neerwaartse aanpassingen waarin de belastingwetgeving voorziet — de totale in de jaarrekening van de belastingplichtige opgenomen winst.

<sup>(10)</sup> Ruling van 2009, paragraaf 80;

<sup>(11)</sup> Ruling van 2010, paragraaf 61; ruling van 2011, paragraaf 44; ruling van 2012, paragraaf 30;

<sup>(12)</sup> Ruling van 2009, paragraaf 81; ruling van 2010, paragraaf 62; ruling van 2011, paragraaf 47; ruling van 2012, paragraaf 33;

<sup>(13)</sup> Ruling van 2010, paragraaf 65; ruling van 2011, paragraaf 49; ruling van 2012, paragraaf 35;

- (16) Voor het vaststellen van de belastbare grondslag in het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 wordt de winst die in de jaarrekening van de belastingplichtige is opgenomen, als uitgangspunt genomen. Een aantal opwaartse aanpassingen (zoals niet-aftrekbare uitgaven) of neerwaartse aanpassingen (zoals gedeeltelijke vrijstelling van sommige uitgekeerde dividenden, aftrek van overgedragen verliezen, fiscale stimuli) kan worden toegepast in de vervolgstappen bij de vaststelling van de belastbare grondslag. De belastingplichtigen moeten voor elk van die verrichtingen de fiscus informatie verschaffen op hun aangifteformulier (formulier 275.1) en zij moeten die aanpassingen kunnen verantwoorden. Ofschoon de belastbare grondslag, wegens de aanpassingen aan die grondslag voor belastingdoeleinden, niet steeds gelijk zal zijn aan de in de jaarrekening van de belastingplichtige opgenomen nettowinst, vormen de cijfers opgenomen in de jaarrekening niettemin het uitgangspunt voor de vaststelling van de belastbare grondslag.

2.3.1.1. *De wet van 21 juni 2004 tot wijziging van het WIB 92*

- (17) Bij de wet van 21 juni 2004<sup>(14)</sup> heeft België nieuwe belastingregels ingevoerd voor grensoverschrijdende transacties van entiteiten die verbonden zijn in een multinationale groep. Met name werd in artikel 185 WIB 92 een tweede paragraaf ingevoegd om ten behoeve van verrekenprijzen het internationaal aanvaarde zakelijkheidsbeginsel (arm's length-beginsel) in de Belgische belastingwetgeving om te zetten. Artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 luidt als volgt:

"[...] voor twee vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep van verbonden vennootschappen en met betrekking tot hun grensoverschrijdende onderlinge relaties:

- a) indien tussen de twee vennootschappen in hun handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen, voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd die afwijken van die welke zouden worden overeengekomen tussen onafhankelijke vennootschappen, mag winst die één van de vennootschappen zonder deze voorwaarden zou hebben behaald, maar ten gevolge van die voorwaarden niet heeft behaald, worden begrepen in de winst van die vennootschap;
- b) indien in de winst van een vennootschap winst is opgenomen die eveneens is opgenomen in de winst van een andere vennootschap, en de aldus opgenomen winst bestaat uit winst die deze andere vennootschap zou hebben behaald indien tussen de twee vennootschappen zodanige voorwaarden zouden zijn overeengekomen als tussen onafhankelijke vennootschappen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van de eerstbedoelde vennootschap op passende wijze herzien.

Het eerste lid vindt toepassing bij voorafgaande beslissing onverminderd de toepassing van het [EU-Arbitrageverdrag] [...] en de internationale overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting."

- (18) Ook al verschillen de bewoordingen, toch komt artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 qua structuur en intentie overeen met artikel 9 van het Modelverdrag inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling ("het OESO-modelbelastingverdrag"). Artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag vormt de rechtsgrondslag voor verrekenprijsaanpassingen in de meeste verdragen die zijn gesloten tussen twee jurisdicties om te voorkomen dat een ingezetene van een van die jurisdicties dubbel wordt belast ("dubbelbelastingverdrag").
- (19) Overeenkomstig de laatste zin van artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 zijn verrekenprijsaanpassingen op grond van a) of b) afhankelijk van een verplichte voorafgaande goedkeuringsprocedure via een ruling. De enige uitzondering op die voorwaarde is wanneer die aanpassing het gevolg is van de toepassing van het Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen ("EU-Arbitrageverdrag") of van een dubbelbelastingverdrag.
- (20) Bij de wet van 21 juni 2004 werd ook artikel 235, paragraaf 2, WIB 92 gewijzigd om ervoor te zorgen dat de in artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 bepaalde verrekenprijzeregels ook gelden voor Belgische vaste inrichtingen van niet-ingezetene vennootschappen.

2.3.1.2. *De memorie van toelichting bij de wet van 21 juni 2004*

- (21) De memorie van toelichting bij de wet van 21 juni 2004 ("de memorie van toelichting") geeft aanwijzingen met betrekking tot het doel en de toepassing van artikel 185, paragraaf 2, WIB 92<sup>(15)</sup>. Volgens de memorie van toelichting is artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 "gebaseerd op de tekst van artikel 9 van het OESO-modelverdrag inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen"<sup>(16)</sup>. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat "[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[sluit] bij de internationaal aanvaarde norm"<sup>(17)</sup>. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving,

<sup>(14)</sup> Wet van 21 juni 2004 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en de wet van 24 december 2002 tot wijziging van de vennootschapsregeling inzake inkomstenbelastingen en tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken (Belgisch Staatsblad van 9 juli 2004): [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article\\_body.pl?lang=fr&caller=summary&pub\\_date=04-07-09&numac=2004003278](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?lang=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278). De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

<sup>(15)</sup> DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

<sup>(16)</sup> *Ibid.*, blz. 7: "Door de toevoeging van een tweede paragraaf aan artikel 185, WIB 92, wordt het zogenoemde arm's length principe in de fiscale wetgeving geïntroduceerd. Het is gebaseerd op de tekst van artikel 9 van het OESO-modelverdrag inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen."

<sup>(17)</sup> *Ibid.*, blz. 9: "Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm."

waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist<sup>(18)</sup>. Daarom werd het noodzakelijk geacht om het zakelijkheidsbeginsel in het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 op te nemen om verrekenprijsaanpassingen mogelijk te maken die op grond van internationaal overeengekomen normen zijn vereist, maar die afwijken van de boekhoudwetgeving. Dit betreft zowel primaire (opwaartse) aanpassingen ten nadele van de belastingplichtige op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder a), WIB 92 en de correlatieve (neerwaartse) aanpassingen in het voordeel van de belastingplichtige op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92.

- (22) Wat de correlatieve aanpassing uit artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 betreft, wordt in de memorie van toelichting verklaard dat die bepaling bedoeld is om een (mogelijk) probleem van dubbele belasting te vermijden of op te heffen. Voorts wordt bevestigd dat België een correlatieve (neerwaartse) aanpassing slechts zal toestaan voor zover de Rulingcommissie van oordeel is dat de primaire aanpassing, wat het principe en het bedrag ervan betreft, gerechtvaardigd is.
- (23) Verder bevat de memorie van toelichting ook aanwijzingen met betrekking tot de vraag wat als “multinationale groep van verbonden ondernemingen” geldt en de taak van de Rulingcommissie. Met name wordt in de memorie van toelichting uiteengezet dat de Rulingcommissie moet instemmen met de gebruikte methodiek en de uitgeoefende functies, gedragen risico’s en aangewende activa moet vaststellen die noodzakelijk zijn voor het vaststellen van de belastbare grondslag.

#### 2.3.1.3. De administratieve circulaire van 4 juli 2006

- (24) Op 4 juli 2006 is een administratieve circulaire gepubliceerd die de nodige aanwijzingen bevat over de toepassing van artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 (“de circulaire”), zowel wat betreft de primaire als de correlatieve verrekenprijsaanpassing<sup>(19)</sup>. De circulaire bevestigt de in de memorie van toelichting gegeven definities van groepsentiteiten die deel uitmaken van een multinationale groep en van grensoverschrijdende transacties die onder artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 vallen. De circulaire licht de rol, taken en bevoegdheden van de Rulingcommissie verder toe.
- (25) De circulaire heeft het ook over de verplichte tussenkomst van de Rulingcommissie bij correlatieve aanpassingen en de autonomie van die commissie om van geval tot geval voorwaarden vast te stellen, wat de efficiëntie moet verhogen en belastingplichtigen meer zekerheid moet bieden, waardoor het investeringsklimaat in België wordt versterkt.
- (26) De circulaire bevestigt dat voor de berekening van de belastbare grondslag een passende winstaanpassing overeenkomstig artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 zal plaatsvinden via een zogeheten “aanpassing in meer van de beginstand der reserves” op het aangifteformulier van de vennootschap (formulier 275.1). In verband met het in artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 met betrekking tot de correlatieve aanpassing gehanteerde begrip “op passende wijze”, wordt in de circulaire opgemerkt dat er geen correlatieve (neerwaartse) aanpassing<sup>(20)</sup> zal plaatsvinden in gevallen waarin de primaire (opwaartse) aanpassing in een andere belastingjurisdictie bovenmatig is. Voorts wordt in de circulaire uiteengezet hoe verrekenprijsaanpassingen moeten worden geboekt in de fiscale boekhouding van de betrokken Belgische vennootschap. Ten slotte herhaalt de circulaire dat artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 van toepassing is vanaf 19 juli 2004.

#### 2.3.1.4. De antwoorden van de minister van Financiën op parlementaire vragen over de vrijstelling van “overwinst”

- (27) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005<sup>(21)</sup> heeft de toenmalige Belgische minister van Financiën bevestigd dat het deel van de geboekte winst van een Belgische entiteit van een multinationale groep dat de zakelijke winst overstijgt, in België onbelast moet blijven en dat het niet aan de Belgische fiscus is om te bepalen bij welke buitenlandse groepsentiteiten die “overwinst” in de belastbare grondslag moet worden opgenomen.
- (28) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking<sup>(22)</sup> wijst op het verband tussen de punten a) en b) van artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 en de overeenkomstige leden 1 en 2 van artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag. Het Kamerlid dat de vraag had ingediend, merkte op dat de meeste dubbelbelastingverdragen die België had gesloten, alleen een bepaling bevatten inzake opwaartse verrekenprijsaanpassingen. In de verdragen die wel een bepaling bevatten over correlatieve (neerwaartse) verrekenprij-

<sup>(18)</sup> Ibid., blz. 5-6. “Nochtans bevat het Belgische fiscale recht geen bepaling die een correctie toestaat van de teveel in de boekhouding opgenomen winst. Er bestaat namelijk een enorm sterke binding tussen het boekhoudrecht enerzijds en het fiscaal recht anderzijds. Zo leggen het Wetboek van vennootschappen en het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen bepaalde regels op met betrekking tot de waardering. Deze regels moeten ook voor het bepalen van de belastbare grondslag worden aangenomen, tenzij en in de mate dat de fiscale wetgeving er uitdrukkelijk van afwijkt.”

<sup>(19)</sup> Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

<sup>(20)</sup> Een “corresponding adjustment” (correlatieve aanpassing) wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt gedefinieerd: “An adjustment to the tax liability of the associated enterprise in a second tax jurisdiction made by the tax administration of that jurisdiction, corresponding to a primary adjustment made by the tax administration in a first tax jurisdiction, so that the allocation of profits by the two jurisdictions is consistent.” [“Een aanpassing van de verschuldigde belasting van de verbonden onderneming in een tweede belastingjurisdictie door de belastingdienst van die jurisdictie, die in lijn is met een primaire aanpassing door de belastingdienst in een eerste belastingjurisdictie, zodat de toewijzing van winst door de twee jurisdicties met elkaar overeenstemt.” (vertaling Commissie)]

<sup>(21)</sup> Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

<sup>(22)</sup> Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

aanpassingen, is de correlatieve winstaanpassing door België echter steeds een reactie op een primaire aanpassing in de andere overeenkomstsluitende staat. Het Kamerlid tekende voorts aan dat weinig belastingplichtigen een voorafgaande beslissing zullen aanvragen waarin wordt verzocht om een primaire (opwaartse) verrekenprijsaanpassing op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder a), WIB 92, ook al geldt het vereiste van een voorafgaande beslissing wettelijk gezien ook voor die aanpassingen. Ten slotte stelde het Kamerlid de vraag of België een eenzijdige correlatieve (neerwaartse) aanpassing door België afhankelijk zou stellen van de voorwaarde dat het betrokken derde land zijn primaire (opwaartse) aanpassing in overeenstemming brengt met de Belgische correlatieve (neerwaartse) aanpassing of — minimaal — daarvan in kennis wordt gesteld.

- (29) De toenmalige minister van Financiën antwoordde dat tot dan toe inderdaad alleen verzoeken om een correlatieve (neerwaartse) aanpassing waren ontvangen. Voorts verklaarde de minister dat het niet de taak van België is om te bepalen aan welk land “overwinst” moet worden toegewezen en dat het daarom niet mogelijk is om te bepalen met welk land de informatie over een Belgische neerwaartse aanpassing dient te worden uitgewisseld.
- (30) In januari 2015 werden, na berichten in de pers over de zogenoemde LuxLeaks-affaire, opnieuw diverse parlementaire vragen aan de minister van Financiën gesteld over (het gebrek aan) informatie-uitwisseling tussen belastingdiensten, de promotie van de “vrijstelling van overwinst” onder de slogan “Only in Belgium” en de kansen die multinationals van België krijgen om hun vennootschapsbelasting te drukken via fiscale rulings<sup>(23)</sup>. De minister van Financiën herhaalde dat in rulings betreffende “overwinst” de Rulingcommissie gewoon het zakelijkheidsbeginsel toepast en hij bevestigde het antwoord dat de minister van Financiën in 2007 had gegeven met betrekking tot uitwisseling van informatie.

#### 2.3.1.5. De wet van 24 december 2002 tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken

- (31) De wet van 24 december 2002 biedt het Ministerie van Financiën de mogelijkheid om zich via een fiscale ruling uit te spreken over alle aanvragen betreffende de toepassing van de belastingwetten<sup>(24)</sup>.
- (32) In artikel 20 van die wet wordt de voorafgaande beslissing in fiscale zaken gedefinieerd en wordt het beginsel geformuleerd dat een voorafgaande beslissing geen vrijstelling of vermindering van de verschuldigde belasting tot gevolg mag hebben:

“Onder voorafgaande beslissing wordt verstaan de juridische handeling waarbij de Federale Overheidsdienst Financiën overeenkomstig de van kracht zijnde bepalingen vaststelt hoe de wet wordt toegepast op een bijzondere situatie of verrichting die op fiscaal vlak nog geen uitwerking heeft gehad.

De voorafgaande beslissing mag geen vrijstelling of vermindering van belasting tot gevolg hebben.”

- (33) In artikel 22 van de wet worden de omstandigheden vastgesteld waarin geen voorafgaande beslissing in fiscale zaken kan worden gegeven, bijvoorbeeld wanneer de aanvraag betrekking heeft op situaties of verrichtingen die identiek zijn aan die welke op fiscaal vlak reeds gevolgen hebben. In artikel 23 van de wet wordt het beginsel geformuleerd dat rulings de fiscus binden voor de toekomst en worden ook de omstandigheden bepaald waarin een fiscale ruling de fiscus niet bindt. Dit is het geval indien blijkt dat de ruling niet in overeenstemming is met de Verdragen, het Unierecht of het nationale recht.
- (34) De wet van 21 juni 2004 bevatte een amendement op de wet van 24 december 2002 tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken en regelt de oprichting van een autonome instantie die binnen de Belgische overheidsdiensten belast is met het afgeven van rulings<sup>(25)</sup>. Op grond van de wet van 21 juni 2004 is bij koninklijk besluit van 13 augustus 2004 de Rulingcommissie opgericht die binnen de centrale dienst van het Ministerie van Financiën (de Federale Overheidsdienst Financiën) bevoegd is voor het afgeven van rulings. De Rulingcommissie publiceert jaarlijks een verslag over haar activiteiten.

#### 2.3.2. OESO-richtsnoeren inzake verrekenprijzen

##### 2.3.2.1. Het OESO-modelbelastingverdrag en de OESO-richtlijnen inzake verrekenprijzen

- (35) De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (“OESO”) biedt haar lidstaten leidraden voor belastingheffing. De leidraad van de OESO inzake verrekenprijzen is te vinden in het OESO-modelbelastingverdrag en het bijbehorende commentaar en in de OESO-Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations<sup>(26)</sup> (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.

<sup>(23)</sup> Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

<sup>(24)</sup> Wet van 24 december 2002 tot wijziging van de vennootschapsregeling inzake inkomstenbelastingen en tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken, Belgisch Staatsblad nr. 410, tweede editie, van 31 december 2002, blz. 58817.

<sup>(25)</sup> Zie voetnoot 14.

<sup>(26)</sup> De laatste versie van de richtlijnen werd op 10 juli 2017 gepubliceerd (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017”). Vorige versies van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen werden gepubliceerd in 2010 (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010”) en 1995 (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995”).

- (36) Gezien het niet-bindende karakter van die instrumenten worden belastingdiensten van de OESO-lidstaten alleen aangemoedigd om het Modelbelastingverdrag, het bijbehorende commentaar en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen te volgen. Beide instrumenten dienen echter als ijkpunt en oefenen een duidelijke invloed uit op de fiscale praktijken van OESO-lidstaten (en zelfs van niet-lidstaten). Bovendien hebben die instrumenten in talrijke OESO-lidstaten kracht van wet gekregen of dienen ze als referentie voor de uitlegging van dubbelbelastingverdragen en nationale belastingwetgeving. Voor zover de Commissie in dit besluit uit het Modelbelastingverdrag en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen citeert, doet zij dit omdat die instrumenten de vrucht zijn van overleg van deskundigen binnen de OESO en daarin wordt ingegaan op technieken om gemeenschappelijke uitdagingen aan te pakken.
- (37) Het OESO-modelbelastingverdrag en het bijbehorende commentaar geven houvast bij de uitlegging van dubbelbelastingverdragen. De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen geven belastingdiensten en multinationale ondernemingen houvast bij de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel voor het bepalen van verrekenprijzen. Verrekenprijzen betreffen prijzen die in rekening worden gebracht voor zakelijke transacties tussen verschillende entiteiten van dezelfde ondernemingsgroep (verbonden transacties). De verhouding tussen leden van een multinationale groep kan de groepsleden de mogelijkheid bieden om bijzondere voorwaarden vast te stellen voor hun interne groepsverhoudingen, die van invloed zijn op verrekenprijzen (en dus op de belastbare inkomsten) en die verschillen van die welke zouden zijn vastgesteld indien de groepsleden als onafhankelijke ondernemingen hadden gehandeld<sup>(27)</sup>. Dit maakt het mogelijk winst te verschuiven van één belastingjurisdictie naar een andere en geeft daarmee een prikkel om zo weinig mogelijk winst toe te wijzen aan jurisdicties waar de groep aan hogere belasting is onderworpen. Om deze problemen te vermijden, zouden belastingdiensten alleen verrekenprijzen tussen vennootschappen van dezelfde groep mogen accepteren voor zover die worden vergoed als waren ze overeengekomen tussen onafhankelijke vennootschappen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen<sup>(28)</sup>. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (38) De toepassing van het zakelijkheidsbeginsel is dus gebaseerd op een vergelijking van de voorwaarden bij een verbonden transactie (intragroepstransactie) met de voorwaarden bij vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke vennootschappen onder vergelijkbare omstandigheden, zodat geen van de (eventuele) verschillen tussen de situaties die worden vergeleken de onderzochte voorwaarden (bijv. prijs of marge) wezenlijk kan beïnvloeden, of dat in ieder geval redelijk accurate aanpassingen kunnen worden gemaakt om het effect van dat soort verschillen uit te schakelen.
- (39) Zowel het OESO-modelbelastingverdrag als de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen berusten op het door de OESO-lidstaten en daarbuiten gehanteerde beginsel dat de verschillende rechtspersonen die samen een multinationale groep vormen voor de vennootschapsbelasting als afzonderlijke entiteiten worden behandeld. Een gevolg van die “afzonderlijke-entiteitenbenadering” is dat iedere afzonderlijke entiteit binnen een multinationale groep op haar eigen inkomsten wordt belast<sup>(29)</sup>. De OESO-lidstaten hebben voor die “afzonderlijke-entiteitenbenadering” gekozen om in elke jurisdictie de geschikte belastbare grondslag veilig te stellen en dubbele belasting te vermijden, waarbij conflicten tussen belastingdiensten tot een minimum worden beperkt en internationale handel en investeringen worden bevorderd.
- (40) Paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen 2010 gaan uitdrukkelijk in op de rol van schaalvoordelen en integratievoordelen (d.w.z. synergie-effecten) met betrekking tot de “afzonderlijke-entiteitenbenadering” die aan het zakelijkheidsbeginsel ten grondslag ligt:
- “The arm’s length principle is viewed by some as inherently flawed because the separate entity approach may not always account for the economies of scale and interrelation of diverse activities created by integrated businesses. There are, however, no widely accepted objective criteria for allocating the economies of scale or benefits of integration between associated enterprises.” [“Volgens sommigen vertoont het zakelijkheidsbeginsel inherente gebreken omdat de afzonderlijke-entiteitenbenadering misschien niet altijd rekening houdt met de schaalvoordelen en de onderlinge verbanden tussen verschillende activiteiten die geïntegreerde bedrijven creëren. Er bestaan echter geen algemeen aanvaarde objectieve criteria op basis waarvan tussen verbonden ondernemingen schaalvoordelen of integratievoordelen kunnen worden toegewezen.” (vertaling Commissie)]
- (41) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017<sup>(30)</sup> wordt verduidelijkt dat synergie-effecten van de groep in sommige omstandigheden gunstig kunnen zijn voor de groep en de verbonden ondernemingen die hij omvat. In die richtlijnen wordt aanbevolen dat als de synergie-effecten zich voordoen als gevolg van doelbewuste gezamenlijke groepsacties, er met die synergie-effecten rekening moet worden gehouden, en hun voordelen en nadelen moeten worden gedeeld in verhouding tot de bijdrage van de leden aan de creatie van de synergetische effecten<sup>(31)</sup>. Als er van doelbewuste

<sup>(27)</sup> Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

<sup>(28)</sup> Belastingdiensten en wetgevers zijn zich bewust van dit probleem en de belastingwetgeving biedt de belastingdienst doorgaans de mogelijkheid om belastingaangiften van verbonden vennootschappen die verrekenprijzen foutief toepassen om hun belastbare inkomsten te verlagen, te corrigeren en de gehanteerde verrekenprijzen te vervangen door prijzen die overeenstemmen met een betrouwbare benadering van de prijzen overeengekomen door onafhankelijke vennootschappen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen

<sup>(29)</sup> Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

<sup>(30)</sup> Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

<sup>(31)</sup> Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

gezamenlijke groepsacties geen sprake is, mogen die synergie-effecten niet afzonderlijk worden vergoed of specifiek worden toegerekend aan groepsleden, maar moeten ze worden beschouwd als incidenteel aan het behoren tot een groep <sup>(32)</sup>.

#### 2.3.2.2. *Het zakelijkheidsbeginsel*

- (42) De gezaghebbende formulering van het zakelijkheidsbeginsel is te vinden in artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag. Aangezien de flexibiliteit in de regeling voor verrekenprijzen in grensoverschrijdende verbonden transacties kan leiden tot een verschuiving van de belastbare grondslag van één jurisdictie naar een andere, dient de gezaghebbende aanwezigheid van het zakelijkheidsbeginsel in dubbelbelastingverdragen het doel van die verdragen, namelijk het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting.
- (43) In artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag wordt bepaald hoe en wanneer verrekenprijsaanpassingen van de belastbare grondslag in de praktijk moeten plaatsvinden:
- Artikel 9, lid 1, bepaalt dat een verdragsluitende Staat de belastbare grondslag van een op zijn grondgebied ingezetene belastingplichtige mag verhogen indien hij van oordeel is dat de gehanteerde verrekenprijzen voor de verbonden transacties waarbij deze was betrokken, hebben geleid tot een te lage belastbare grondslag, en biedt die Staat de mogelijkheid die belastingplichtige dienovereenkomstig te belasten. Dit wordt de “primaire (opwaartse) aanpassing” genoemd en leidt ertoe dat de belastingdienst de door een belastingplichtige aangegeven belastbare winst verhoogt <sup>(33)</sup>.
  - Artikel 9, lid 2, is bedoeld om te voorkomen dat de winst die aldus wordt belast door de overeenkomstsluitende Staat die de primaire (opwaartse) aanpassing overeenkomstig het eerste lid toepast, ook wordt belast op het niveau van een verbonden vennootschap die ingezetene is in de andere overeenkomstsluitende Staat <sup>(34)</sup>. Dit gebeurt door die andere overeenkomstsluitende Staat ertoe te verbinden om hetzij de belastbare grondslag van die verbonden vennootschap te verlagen met het bedrag van de bijgestelde winst die is belast door de eerste overeenkomstsluitende Staat na de primaire aanpassing of door een teruggaaf van de reeds geïnde belastingen. Een dergelijke neerwaartse aanpassing door de andere overeenkomstsluitende Staat vindt echter niet automatisch plaats, zelfs niet indien er geen twijfel over bestaat dat de betrokken winst ook in de belastbare grondslag in het buitenland is opgenomen ten gevolge van een primaire (opwaartse) aanpassing. Indien en voor zover de andere overeenkomstsluitende Staat van oordeel is dat de primaire (opwaartse) aanpassing van een andere Staat niet gerechtvaardigd is, wat betreft het principe of het bedrag, kan die Staat en zal hij doorgaans afzien van een neerwaartse aanpassing <sup>(35)</sup>. De neerwaartse aanpassing door de andere overeenkomstsluitende Staat op grond van artikel 9, lid 2, wordt een “correlatieve aanpassing” genoemd en voorkomt, wanneer die wordt toegestaan, in wezen dat dezelfde winst tweemaal wordt belast.
- (44) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winstoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen: i) de comparable-uncontrolled-price methode; ii) de cost-plus methode; iii) de resale-price methode; iv) de TNMM en v) de transactional profit split methode. Daarbij maken de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 onderscheid tussen

<sup>(32)</sup> Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

<sup>(33)</sup> Artikel 9, lid 1, luidt als volgt: “Where [...] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.” [“Indien] tussen de twee [verbonden] ondernemingen in hun handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd die afwijken van die welke zouden worden overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen, mogen winsten die één van de ondernemingen zonder die voorwaarden zou hebben behaald, maar ten gevolge van die voorwaarden niet heeft behaald, worden begrepen in de winst van die onderneming en dienovereenkomstig worden belast.” (vertaling Commissie)]

<sup>(34)</sup> Artikel 9, lid 2, luidt als volgt: “Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State — and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.” [“Indien een overeenkomstsluitende Staat in de winst van een onderneming van die Staat winst opneemt — en dienovereenkomstig belast — ter zake waarvan een onderneming van de andere overeenkomstsluitende Staat in die andere Staat is belast, en de aldus opgenomen winst is die de onderneming van de eerstgenoemde Staat zou hebben behaald indien tussen de twee ondernemingen zodanige voorwaarden zouden zijn overeengekomen als tussen onafhankelijke ondernemingen zouden zijn overeengekomen, herziet die andere Staat op passende wijze het bedrag aan belasting dat aldaar over die winst is geheven. Bij het bepalen van die herziening wordt rekening gehouden met de overige bepalingen van deze overeenkomst en plegen de bevoegde autoriteiten van de overeenkomstsluitende Staten indien nodig overleg met elkaar.” (vertaling Commissie)]

<sup>(35)</sup> Bij een geschil tussen de betrokken partijen over het bedrag en de aard van de passende aanpassing moet de onderlinge overlegprocedure van artikel 25 van het OESO-modelbelastingverdrag worden toegepast, zelfs bij gebreke van een bepaling zoals artikel 9, lid 2. Voor de betrokken bevoegde autoriteiten geldt dit alleen als een inspanningsverbintenis, niet als een resultaatverbintenis, zodat dubbele belasting niet kan worden opgelost indien het tussen de overeenkomstsluitende staten gesloten belastingverdrag geen arbitrageclausule bevat.

traditionele transactiemethoden (de eerste drie) en transactionele winstmethoden (de laatste twee). Het staat multinationale ondernemingen vrij om verrekenprijsmethoden toe te passen die niet in die richtlijnen zijn beschreven, mits die methoden resulteren in zakelijke verrekenprijzen <sup>(36)</sup>.

- (45) De TNMM is een van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en een winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. De TNMM onderzoekt de door een belastingplichtige gerealiseerde nettowinst uit een verbonden transactie ten opzichte van een geschikte grondslag (bijvoorbeeld kosten, verkoop, activa). De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie moet worden vastgesteld op basis van die nettowinstindicator die zou zijn gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties. <sup>(37)</sup>
- (46) Bij toepassing van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt geselecteerd en getoetst. Doorgaans is de “geteste partij” in het kader van een op de TNMM gebaseerde analyse de minst complexe van beide verbonden partijen bij de onderzochte verbonden transactie. De keuze van de minst complexe entiteit wordt bepaald op basis van een “functionele analyse”, d.w.z. een analyse van de functies die worden uitgeoefend door de verbonden ondernemingen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's <sup>(38)</sup>. Wanneer een onderneming “routinefuncties” <sup>(39)</sup> uitoefent, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en bijgevolg geen unieke en waardevolle bijdrage levert aan de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (47) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (dit is de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de exploitatiewinst van de minst complexe entiteit) worden toegewezen aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) <sup>(40)</sup>. Van de meest complexe entiteit wordt dus vanwege haar unieke en waardevolle functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) aangenomen dat zij recht heeft op het overrendement van de transacties nadat de minst complexe entiteit is vergoed door middel van de TNMM.

### 3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (48) België voert aan dat de door de omstreden maatregelen verleende vrijstelling van “overwinst” niet tot staatssteun leidt. Ter ondersteuning van dit standpunt verwijst België naar en geeft het een samenvatting van bepaalde argumenten die het heeft aangevoerd in zijn verzoek tot nietigverklaring en zijn repliek ingediend bij het Gerecht in de zaak T-131/16.
- (49) België is van mening dat het winst die buiten zijn fiscale jurisdictie valt, niet kan belasten en dat de als gevolg van de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het behoren tot een internationale groep en dus niet onder de fiscale jurisdictie van België valt uit hoofde van het internationale belastingrecht. Het is derhalve van mening dat de vrijstelling geen

<sup>(36)</sup> Paragraaf 2.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 luidt als volgt: “Such other methods should however not be used in substitution for OECD-recognised methods where the latter are more appropriate to the facts and circumstances of the case.” [“Dergelijke andere methoden mogen echter niet worden gebruikt ter vervanging van door de OESO erkende methoden indien die laatste beter aansluiten bij de feiten en omstandigheden van de zaak.” (vertaling Commissie)]

<sup>(37)</sup> Een “net profit indicator” (nettowinstindicator), ook “profit level indicator” (winstniveau-indicator) genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt gedefinieerd: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De verhouding van de nettowinst tot een geschikte grondslag (bijvoorbeeld kosten, verkoop, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 omvat “nettowinst” geen niet-operationele onderdelen van de winst- en verliesrekening zoals rentebaten en -lasten, inkomstenbelastingen en uitzonderlijke posten van niet-terugkerende aard. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 opgenomen nettowinstindicator komt namelijk overeen met de exploitatiewinst. Met name bij toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator doorgaans overeenkomen met de verhouding van de exploitatiewinst tot de verkoop, tot de totale exploitatiekosten (COGS plus huishoudelijke uitgaven) of tot de activa, afhankelijk van de feiten en de omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor Cost Of Goods Sold (kostprijs van de verkochte goederen), en geeft voornamelijk de waarde weer van de directe en indirecte kosten die kunnen worden toegeschreven aan de productie van een vennootschap, terwijl huishoudelijke uitgaven betrekking hebben op uitgaven van een bedrijf om activiteiten uit te oefenen die niet rechtstreeks gerelateerd zijn aan de productie van goederen of diensten die verband houden met de onderneming als geheel, zoals toezichts-, algemene en administratieve kosten. Het verschil tussen de opbrengsten in de winst- en verliesrekening en de COGS komt overeen met de brutomarge van de onderneming. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

<sup>(38)</sup> In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse beschreven als “[a]n analysis of the functions performed (taking into account assets used and risks assumed) by associated enterprises in controlled transactions and by independent enterprises in comparable uncontrolled transactions.” [“een analyse van de functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) die worden uitgeoefend door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)]. Deze analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“beoogt de economisch belangrijke activiteiten en verantwoordelijkheden, de gebruikte activa en de gedragen risico's van de partijen bij de transactie vast te stellen en te vergelijken.” (vertaling Commissie)]. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.20. Zie ook de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 1.42, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 1.51. Zie ook de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

<sup>(39)</sup> De term “routine” wordt niet gedefinieerd in de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010. Volgens de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

<sup>(40)</sup> Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.



voordeel vormt noch discriminatie inhoudt, maar het gevolg is van een feitelijke dispariteit. België merkt op dat het belastingtarief dat van toepassing is op de belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting na correctie hetzelfde is als het tarief dat geldt voor alle belastingplichtigen.

- (50) Ten behoeve van de beoordeling van de selectiviteit voert België aan dat de referentieregeling het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting is, waarvan het doel is belasting te heffen op alle in België belastingplichtige entiteiten. België acht artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 een inherent onderdeel daarvan. Aangezien België voorts van mening is dat de omstreden maatregelen de normale en correcte toepassing van die bepaling weerspiegelen, voert het aan dat de omstreden maatregelen geen derogatie kunnen vormen en derhalve noch een voordeel noch selectief zijn.
- (51) België voert voorts aan dat artikel 185, lid 2, onder b), WIB 92 geen effectieve of potentiële dubbele belasting vereist om een correlatieve (neerwaartse) aanpassing mogelijk te maken, anders dan artikel 9, lid 2, van het OESO-modelbelastingverdrag. België voert aan dat de toepassing van een eenzijdige verrekenprijsmethode (cost-plus, resale-price of TNMM) een "prijscontinuümprobleem" belichaamt omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie (de geteste partij) wordt bepaald en de residuele geconsolideerde winst aan de meest complexe partij wordt toegewezen. België voert aan de deze residuele winst niet noodzakelijk de "zuivere zakelijke winst" van die meest complexe partij weergeeft, omdat ze winstelementen omvat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (52) Ten slotte betwist België ook de overweging dat rulings inzake "overwinst" de facto een groepsreorganisatie vereisen en in plaats daarvan voert het aan dat het vereiste is dat er geen fiscale ruling mag worden gegeven wanneer de aanvraag betrekking heeft op situaties of verrichtingen die identiek zijn aan die welke op fiscaal vlak reeds uitwerking hebben gehad.

#### 4. BEOORDELING VAN DE OMSTREDEN MAATREGELEN

##### 4.1. Is er sprake van steun?

- (53) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU zijn steunmaatregelen van een lidstaat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Een maatregel kan slechts als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden aangemerkt indien is voldaan aan alle daarin neergelegde voorwaarden. Ten eerste moet het gaan om een maatregel van de staat die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. Ten vierde moet de maatregel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen<sup>(41)</sup>.

##### 4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (54) Wat de eerste voorwaarde betreft, werden de rulings afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op hun beurt hebben Oxeno en NewCo zich op die rulings gebaseerd bij de voorbereiding van hun jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting en de bepaling van het bedrag van de op basis daarvan verschuldigde vennootschapsbelasting, die door de Belgische belastingdienst werden aanvaard. De Commissie concludeert daarom voorlopig dat er sprake is van een maatregel die aan België kan worden toegerekend.
- (55) Wat de bekostiging van de omstreden maatregelen met staatsmiddelen betreft, is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een maatregel waarbij de overheid een belastingvrijstelling toekent, het gebruik van staatsmiddelen inhoudt, en dit ondanks het feit dat dergelijke middelen niet direct worden overgedragen, aangezien het resultaat van een dergelijke vrijstelling erin bestaat dat de staat afziet van belastinginkomsten die hij normaliter zou hebben geïnd<sup>(42)</sup>. Dankzij de rulings mochten Oxeno en NewCo een deel van hun anders belastbare winst vrijstellen van belasting in hun jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting. Door die aangiften en het bedrag van de op basis daarvan betaalde vennootschapsbelasting te aanvaarden, heeft de Belgische Staat afgezien van belastinginkomsten die hij anders, zonder de omstreden maatregelen, had kunnen innen bij Oxeno en NewCo. De Commissie concludeert daarom voorlopig dat de omstreden maatregelen leiden tot een verlies van staatsmiddelen.

##### 4.3. Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten

- (56) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maken Oxeno en NewCo deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Oxeno en NewCo produceren en verkopen een aanzienlijke hoeveelheid van een aantal chemicaliën van de Groep. De bij die activiteiten

<sup>(41)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 53 en de aangehaalde rechtspraak.

<sup>(42)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 15 maart 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, punt 14; arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, punten 26 tot en met 28, en arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005, Italië/Commissie, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, punten 76 tot en met 81.

betrokken chemische producten nemen deel aan het /zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Oxeno en NewCo het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden<sup>(43)</sup>. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

#### 4.4. Vervalsing van de mededinging

- (57) Een door de staat toegekende maatregel wordt geacht de mededinging te vervalsen of het risico daartoe in te houden wanneer deze de concurrentiepositie van een onderneming kan verbeteren ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen<sup>(44)</sup>. Voor zover de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, hadden moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Oxeno en NewCo bevrijden van een last die zij normaal gesproken hadden moeten dragen in hun gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst<sup>(45)</sup>, waardoor deze steun moet worden geacht de mededinging te vervalsen of het risico daartoe in te houden, omdat de financiële positie van de ontvanger op de markten waarop hij actief is daardoor wordt versterkt. De Commissie concludeert daarom voorlopig dat de vierde voorwaarde voor de vaststelling van steun is vervuld wat de omstreden maatregelen betreft.

#### 4.5. Selectief voordeel

- (58) Wat de derde voorwaarde betreft — de toekenning van een selectief voordeel — wordt een onderscheid gemaakt tussen de voorwaarden van voordeel en selectiviteit om ervoor te zorgen dat niet alle overheidsmaatregelen die een onderneming een voordeel verschaffen, resulteren in staatssteun. Alleen maatregelen die een dergelijk voordeel op selectieve wijze toekennen aan bepaalde ondernemingen, bepaalde categorieën ondernemingen of bepaalde economische sectoren, vormen staatssteun<sup>(46)</sup>. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo een selectief voordeel verlenen, omdat ze die ondernemingen in staat stelden hun jaarlijkse belastbare winst en dus de door hen jaarlijks verschuldigde vennootschapsbelasting uit hoofde van het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting te verminderen, zonder enige rechtsgrondslag of rechtvaardiging voor die vermindering.

##### 4.5.1. Voordeel

- (59) Zodra een door de staat genomen maatregel de netto financiële positie van een onderneming verbetert, is er sprake van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU<sup>(47)</sup>. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf<sup>(48)</sup>. Wat belastingmaatregelen betreft, kan een voordeel worden verleend via verschillende soorten vermindering van de belastingdruk van een onderneming en met name via een vrijstelling of een vermindering van het toepasselijke belastingtarief, de belastbare grondslag of het aan belasting verschuldigde bedrag<sup>(49)</sup>.
- (60) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo een voordeel verlenen omdat die ondernemingen daardoor een deel van de daadwerkelijk door hen gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan hen is toegerekend en daadwerkelijk in hun jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België.
- (61) Door de omstreden maatregelen mochten Oxeno en NewCo in België tussen 2011 en 2019 een deel van hun daadwerkelijke geboekte winst als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting. Oxeno en NewCo mochten alleen op grond van de omstreden maatregelen die “overwinst” van belasting vrijstellen. Zonder die maatregelen zou die “overwinst” volledig onderworpen zijn aan Belgische vennootschapsbelasting als onderdeel van de totale winst van Oxeno en NewCo in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die ondernemingen daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

<sup>(43)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 30 april 2009, Commissie/Italië en Wam, C-494/06 P, ECLI:EU:C:2009:272, punt 54 en de aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005, Italië/Commissie, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, punt 112.

<sup>(44)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 1980, Philip Morris/Commissie, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, punt 11. Arrest van het Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta e.a./Commissie, T-298/97, T-312/97 enz., ECLI:EU:T:2000:151, punt 80.

<sup>(45)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 25 juli 2018, Commissie/Spanje e.a., C-128/16 P, ECLI:EU:C:2018:591, punt 84. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 20 maart 2014, Rouse Industry/Commissie, C-271/13 P, ECLI:EU:C:2014:175, punt 44; arrest van het Hof van Justitie van 9 juni 2011, Comitato “Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, punt 136; arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2005, Heiser, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punt 55, en arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, punt 30 en de aangehaalde rechtspraak.

<sup>(46)</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 56, en arrest van het Hof van Justitie van 18 juli 2013, P, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, punt 18.

<sup>(47)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

<sup>(48)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

<sup>(49)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005, Italië/Commissie, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, punt 78; arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punt 132, en arrest van het Hof van Justitie van 9 oktober 2014, Ministerio de Defensa en Navantia, C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262, punten 21 tot en met 31.

#### 4.5.2. *Primaire voorlopige vaststelling van selectiviteit: de omstreden maatregelen zijn individueel van aard*

- (62) Wat de selectiviteit van de omstreden maatregelen betreft, is de Commissie voorlopig van oordeel dat het bovengenoemde voordeel selectief is, omdat het door middel van een individuele maatregel aan Oxeno en NewCo is verleend. Het Hof van Justitie heeft een onderscheid gemaakt tussen algemene regelingen en individuele maatregelen, om vast te stellen of een bepaalde maatregel de begunstigde(n) bevoordeelt. Volgens het Hof moet bij het onderzoek van een algemene regeling “worden vastgesteld of de betrokken maatregel, hoewel hij een algemeen geldend voordeel betreft, dit voordeel enkel voor bepaalde ondernemingen of sectoren schept”<sup>(50)</sup>. Bij de beoordeling van een individuele maatregel kan daarentegen “bij de vaststelling van een economisch voordeel in beginsel worden vermoed dat er sprake is van selectiviteit”<sup>(51)</sup>.
- (63) In artikel 1, onder d), van Verordening (EU) 2015/1589 wordt een “regeling” omschreven, voor zover relevant, als “elke regeling op grond waarvan aan ondernemingen die in de regeling op algemene en abstracte wijze zijn omschreven, individuele steun kan worden toegekend zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen vereist zijn”. In artikel 1, onder e), van Verordening (EU) 2015/1589 wordt “individuele steun” omschreven, voor zover relevant, als “steun die niet wordt toegekend op grond van een steunregeling”. Een maatregel kan dus een “regeling” of “individuele steun” zijn.
- (64) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve ruingpraktijk van België inzake “overwinst”, waaronder de omstreden maatregelen, onjuist heeft gekwalificeerd als een “regeling” in de zin van artikel 1, onder d), van Verordening (EU) 2015/1589. Aangezien de Commissie voorlopig geconcludeerd heeft dat met de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo een voordeel wordt verleend in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting en aangezien die maatregelen als individueel moeten worden beschouwd, kan de Commissie voorlopig aannemen dat ze ook prima facie selectief zijn.

#### 4.5.3. *Subsidiaire voorlopige vaststellingen van selectiviteit: de omstreden maatregelen bevoordelen Oxeno en NewCo ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (65) Wanneer wordt uitgegaan van het vermoeden van selectiviteit, hoeft de Commissie niet effectief aan te tonen dat de begunstigde van de maatregel in een gunstigere positie wordt geplaatst ten opzichte van andere marktdeelnemers die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden<sup>(52)</sup>. Het is dan veeleer aan de lidstaat om aan te tonen dat alle ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, een soortgelijk voordeel kunnen genieten<sup>(53)</sup>. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (66) In de eerste plaats zal de Commissie in punt 4.5.3.1 uitleggen waarom zij in dit stadium van oordeel is dat die maatregelen Oxeno en NewCo bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Oxeno en NewCo daardoor hun belastbare grondslag mogen verlagen, hoewel er daarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat. Dat komt doordat de omstreden maatregelen bij de toekenning van de vrijstelling van “overwinst” artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen.
- (67) België voert aan dat artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 een rechtsgrondslag vormt om de door een entiteit van een multinationale groep geboekte winst die hoger is dan een fictief bedrag van winst dat die entiteit zou hebben behaald als zij onafhankelijk actief was geweest, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist. Niettemin wordt in punt 4.5.3.2 uitgelegd, in een meer subsidiaire redenering, dat zelfs als artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 een dergelijke rechtsgrondslag vormde (quod non), de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo bevoordelen, aangezien de vrijstelling van “overwinst” niet beschikbaar is voor alle belastingplichtige vennootschappen die genereren wat door België als “overwinst” wordt beschouwd.

##### 4.5.3.1. *Eerste subsidiaire vaststelling van selectiviteit: de omstreden maatregelen passen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toe*

- (68) Een nationale belastingmaatregel kan slechts als selectief worden aangemerkt nadat de Commissie ten eerste heeft bepaald welke algemene of “normale” belastingregeling in de betrokken lidstaat geldt, d.w.z. “de referentieregeling”, en ten tweede heeft aangetoond dat de betrokken belastingmaatregel van die algemene regeling afwijkt doordat hij marktdeelnemers die zich, gelet op de doelstelling van bedoelde regeling, in feitelijk en juridisch vergelijkbare

<sup>(50)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2015, Commissie/MOL, C-15/14 P, ECLI:EU: C:2015:362, punt 60. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 55; arrest van het Hof van Justitie van 26 oktober 2016, Orange/Commissie, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, punten 53 en 54, en arrest van het Hof van Justitie van 30 juni 2016, België/Commissie, C-270/15 P, ECLI:EU:C:2016:489, punt 49.

<sup>(51)</sup> Ibid.

<sup>(52)</sup> Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

<sup>(53)</sup> In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

situaties bevinden, ongelijk behandelt<sup>(54)</sup>. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst<sup>(55)</sup>. De referentieregeling bepaalt de grenzen waarbinnen moet worden nagegaan of bepaalde ondernemingen profiteren van een derogatie van de normale regels welke die referentieregeling vormen, waardoor die ondernemingen op voordelige wijze worden behandeld in vergelijking met andere ondernemingen die onderworpen zijn aan de normale regels van de referentieregeling in voor het overige juridisch en feitelijk vergelijkbare situaties.

- (69) De referentieregeling bestaat derhalve uit een coherent geheel van regels die algemeen toepasselijk zijn — op grond van objectieve criteria — voor alle ondernemingen die vallen binnen het toepassingsgebied ervan zoals dat door de doelstelling ervan is omschreven. Meestal bakenen die regels niet alleen het toepassingsgebied van die regeling af, maar ook de voorwaarden waarop de regeling van toepassing is, de rechten en plichten van de daaraan onderworpen ondernemingen en de technische details van het functioneren van de regeling. In het geval van belastingmaatregelen is de vaststelling van de referentieregeling gebaseerd op factoren die onder meer bepalen wat wordt belast (het belastbare feit of voorwerp), de persoon die de belasting verschuldigd is (de belastingplichtige personen of subjecten) en hoe de verschuldigde belasting wordt berekend (de belastbare grondslag en de belastingtarieven)<sup>(56)</sup>.
- (70) Door de omstreden maatregelen mogen Oxeno en NewCo een deel van de door hen gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan hen was toegewezen en in hun jaarrekening was opgenomen, vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. De Commissie is daarom van oordeel dat het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting, met name de algemene regels voor de vaststelling van de belastbare grondslag van een belastingplichtige vennootschap, het bredere referentiekader moet zijn op grond waarvan die maatregelen werden vastgesteld en waaraan ze moeten worden getoetst om een selectief voordeel aan te tonen.
- (71) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (15), wordt het bedrag van de aan de Belgische vennootschapsbelasting onderworpen winst bepaald door — als uitgangspunt en onverminderd eventuele latere opwaartse of neerwaartse aanpassingen waarin de belastingwetgeving voorziet — de in de jaarrekening van de belastingplichtige opgenomen totale winst te nemen. In een arrest van 20 februari 1997 heeft het Belgische Hof van Cassatie in dit verband bevestigd dat de belastbare winsten van vennootschappen worden vastgesteld overeenkomstig de boekhoudkundige regels, tenzij de belastingwet uitdrukkelijk daarvan afwijkt<sup>(57)</sup>.
- (72) De omstreden maatregelen en de belastingvermindering waartoe ze leiden, zouden zijn gebaseerd op artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92. Artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 biedt een rechtsgrondslag voor mogelijke aanpassingen van de boekhoudkundige winst van een Belgische belastingplichtige vennootschap om rekening te houden met door die belastingplichtige gesloten grensoverschrijdende intragroepstransacties die afwijken van marktvoorwaarden. Die bepaling, die het zakelijkheidsbeginsel codificeert in het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting, voorziet in twee mogelijke aanpassingen van de boekhoudkundige winst om te komen tot de belastbare winst van een Belgische belastingplichtige vennootschap die tot een multinationale groep behoort:
- In artikel 185, paragraaf 2, onder a), WIB 92 is bepaald dat de heffingsbevoegdheid van België wordt uitgebreid tot winst die niet daadwerkelijk door een Belgische belastingplichtige vennootschap is geboekt, in de mate waarin haar geboekte winst door niet-zakelijke prijsstellingen met een buitenlandse verbonden tegenpartij wordt verminderd. Dit wordt een *primaire of opwaartse (verrekenprijs)aanpassing* genoemd.
  - In artikel 185, lid 2, onder b), WIB 92 is bepaald dat België zijn heffingsbevoegdheid niet hoeft uit te oefenen op de geboekte winst van een Belgische belastingplichtige vennootschap die voortkomt uit een niet-zakelijke prijsstelling met een buitenlandse verbonden tegenpartij, op voorwaarde dat die winst ook is opgenomen in de belastbare grondslag van de buitenlandse tegenpartij die bij die niet-zakelijke transacties is betrokken. Dit wordt een *correlatieve of neerwaartse (verrekenprijs)aanpassing* genoemd.
- (73) De structuur, de bewoordingen en het toepassingsgebied van artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 komen logischerwijs overeen met artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag. In de memorie van toelichting bij de wet van 21 juni 2004 wordt ook een duidelijk onderscheid gemaakt tussen artikel 185, paragraaf 2, onder a), WIB 92 als basis voor primaire opwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat ook het doel is van artikel 9, lid 1, en artikel 185, paragraaf 2,

<sup>(54)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 36 en de aangehaalde rechtspraak.

<sup>(55)</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie van 28 juni 2018, Andres (liquidatie Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505, punt 88: "Het onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde impliceert dus in beginsel dat allereerst het referentiekader waarvan de desbetreffende maatregel deel uitmaakt, wordt afgebakend. Deze afbakening is nog belangrijker bij fiscale maatregelen, daar het bestaan zelf van een voordeel slechts ten opzichte van een zogenoemde "normale" belasting kan worden vastgesteld." Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, punt 56, en arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, ECLI:EU:C:2016:971, punt 55.

<sup>(56)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 37. Zie ook de mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB C 262 van 19.7.2016, blz. 1), punt 134.

<sup>(57)</sup> Hof van Cassatie van België, 20 februari 1997 (Pas., 1997, I, nr. 100, en RCJB, 2000, blz. 525): "Sauf dérogation expresse de la loi fiscale, les bénéfiques imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable."

- onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 <sup>(58)</sup>.
- (74) Zoals volgt uit punt (17), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Oxeno of NewCo) en een buitenlandse verbonden tegenpartij, alleen kan worden aangepast indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan:
- (a) de gecorrigeerde winst moet betrekking hebben op winst die ook in de winst van de buitenlandse verbonden tegenpartij is opgenomen; en
- (b) de gecorrigeerde winst zou zijn gemaakt door die buitenlandse verbonden tegenpartij als de intragroepsrelatie aan zakelijke voorwaarden had voldaan.
- (75) In de punten (76) tot en met (91) zal de Commissie uitleggen waarom zij voorlopig van oordeel is dat geen van de twee bovengenoemde cumulatieve voorwaarden voor een correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassing is vervuld met betrekking tot de belastingvermindering die door de omstreden maatregelen aan Oxeno en NewCo is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Oxeno en NewCo, waardoor die ondernemingen zonder enige rechtsgrondslag een deel van hun jaarlijks in België geboekte winst mochten vrijstellen van vennootschapsbelasting, hetgeen een derogatie van de normale belastingheffing vormt.
- (a) *De vrijgestelde "overwinst" is niet opgenomen in de winst van een buitenlandse verbonden vennootschap*
- (76) In de eerste plaats bevat geen van de rulings enige aanwijzing dat de "overwinst" die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Oxeno en NewCo wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De rulings verlenen een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegeneerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De rulings vermelden zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de rulings zakelijk geachte voorwaarden.
- (77) In paragraaf 65 van de ruling van 2010, paragraaf 49 van de ruling van 2011 en paragraaf 35 van de ruling van 2012 wordt in plaats daarvan verwezen naar het antwoord van 2005 van de Belgische minister van Financiën op een parlementaire vraag dat het niet aan de Belgische fiscus is om te bepalen bij welke buitenlandse vennootschappen de meerwinst in de winst moet worden opgenomen. Het mag dan zo zijn dat de Belgische belastingdienst de belastbare grondslag van buitenlandse verbonden tegenpartijen, waarvoor België geen fiscale jurisdictie heeft, niet hoeft vast te stellen, België heeft wel fiscale jurisdictie over winst die is behaald door, oorspronkelijk is toegewezen aan en in de jaarrekening is opgenomen van Belgische belastingplichtige vennootschappen, zoals Oxeno en NewCo.
- (78) Artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 bepaalt dat België slechts afziet van de uitoefening van zijn heffingsbevoegdheid met betrekking tot winst die in de jaarrekening van een Belgische belastingplichtige vennootschap is opgenomen wanneer de aldus gecorrigeerde winst "eveneens is opgenomen in de winst van een andere vennootschap". Aan de Belgische belastingdienst wordt dus een verplichting opgelegd om na te gaan of aan die voorwaarde is voldaan voordat hij instemt met het niet uitoefenen van de heffingsbevoegdheid van België ten gunste van een individuele belastingplichtige vennootschap.
- (79) Aangezien de rulings toestaan een deel van de geboekte winst van Oxeno en NewCo vrij te stellen van belasting, voorafgaand en unilateraal, zonder ooit te hebben beoordeeld of de vrijgestelde winst ook in de winst van een verbonden buitenlandse tegenpartij is opgenomen, stelt de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 door de omstreden maatregelen onjuist is toegepast. Als gevolg hiervan is de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Oxeno en NewCo om tot hun jaarlijkse belastbare winst te komen, gedaan zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat in de Belgische belastingwetgeving.
- (b) *De vrijgestelde "overwinst" komt niet voort uit niet-zakelijke transacties tussen Oxeno of NewCo en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (80) Onverminderd de voorlopige conclusie in het voorgaande punt, die op zich volstaat om vast te stellen dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Oxeno en NewCo, is de Commissie ook tot de voorlopige conclusie gekomen dat de uit hoofde van de omstreden maatregelen vrijgestelde "overwinst" niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Oxeno en NewCo enerzijds en buitenlandse verbonden tegenpartijen anderzijds, zoals door die bepaling wordt vereist.

<sup>(58)</sup> Zie de memorie van toelichting bij de wet van 21 juni 2004, blz. 11: "De "passende" correlatieve aanpassing vermeld in de littera b), moet eveneens worden vastgesteld conform het *arm's length* principe, zodat de verwijzing naar het *arm's length* principe noodzakelijk is voor deze aanpassing. Zonder *arm's length* principe zou er immers geen standaard of basis bestaan voor de vaststelling van een correlatieve aanpassing. [...] *Te dien einde kan hier ook nog worden vermeld dat de in het ontwerp gebruikte verwijzing naar een op "passende" wijze uitgevoerde herziening rechtstreeks voortkomt uit de bepalingen die terzake in de internationale context worden gebruikt.*"

- (81) Zoals uitgelegd in de punten (9) tot en met (11) zullen Oxeno en NewCo naar verwachting extra inkomsten genereren na de geplande investeringen waarvoor de rulings waren aangevraagd, en tegelijk kostenbesparingen en synergieën uit diverse elementen genereren. In de rulings wordt bijvoorbeeld aangevoerd dat Oxeno en NewCo zullen profiteren van de bestaande klantenportefeuille en verkooporganisatie van de Groep, wat meer inkomsten zal genereren en kosten zal besparen. Deze kostenbesparingen zijn evenwel gerealiseerd door en oorspronkelijk toegewezen aan Oxeno en NewCo, wat leidt tot een hogere in hun jaarrekening opgenomen zakelijke winst. Hetzelfde geldt voor hogere inkomsten uit de mogelijkheid voor Oxeno en NewCo om de volledige capaciteit eerder te bereiken dan zonder de investeringen en de kostenbesparingen in verband met schaalvoordelen bij het gebruik van infrastructuur en aanbestedingen. De rulings stellen het zakelijke karakter van de door Oxeno en NewCo gedragen kosten voor intragroep leveringen van energie of van ondersteunende diensten, waardoor de daaraan verbonden kostenbesparingen aan deze entiteiten worden toegewezen, ook niet ter discussie. Alle vorengenoemde kostenbesparingen en synergieën worden gegenereerd door transacties met derden (tegen marktvoorwaarden) of intragroepstransacties die (beweerdelijk) zijn gebaseerd op het beleid inzake verrekenprijzen van de Groep, zodat de daaruit voortvloeiende winst die wordt toegewezen aan Oxeno en NewCo en in hun jaarrekening wordt opgenomen, overeenkomt met hun zakelijke winst. Hoe dan ook wijst niets in de rulings erop dat die inkomsten en kosten zijn gegenereerd of opgelopen onder niet-zakelijke voorwaarden of na niet-zakelijke transacties.
- (82) Volgens de rulings hadden Oxeno en NewCo die hogere inkomsten evenwel niet kunnen genereren of de verwachte kostenbesparingen niet kunnen realiseren als zij geen deel van de Groep hadden uitgemaakt<sup>(59)</sup>. Doordat die inkomsten en kostenbesparingen, die volgens de rulings voortvloeien uit synergieën en schaalvoordelen, volledig zullen worden opgenomen in de geboekte winst van Oxeno en NewCo, wordt hun zakelijke winst niet nauwkeurig weergegeven, aldus de rulings<sup>(60)</sup>. Dankzij de rulings kunnen Oxeno en NewCo dan ook een neerwaartse aanpassing van hun belastbare grondslag op basis van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92, uitvoeren om rekening te houden met die “overwinst”.
- (83) Anders dan door de rulings wordt aangevoerd, biedt artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 geen rechtsgrondslag om de door een entiteit van een multinationale groep geboekte winst van belasting vrij te stellen als die hoger is dan een fictief winstbedrag dat die entiteit zou hebben behaald als zij onafhankelijk actief was geweest. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de rulings lijken aan te voeren, wil dat beginsel niet garanderen dat vennootschappen die tot een multinationale groep behoren, dezelfde winst of winstmarge behalen als op zichzelf staande entiteiten die geacht worden betrokken te zijn bij vergelijkbare activiteiten in soortgelijke omstandigheden. De essentie van het zakelijkheidsbeginsel is ervoor te zorgen dat wanneer voorwaarden worden vastgesteld of opgelegd tussen twee verbonden ondernemingen in hun intragroeps-transacties (d.w.z. “verbonden transacties”) die verschillen van die welke voor vergelijkbare transacties en in vergelijkbare omstandigheden zouden worden vastgesteld tussen onafhankelijke ondernemingen (d.w.z. in “vergelijkbare vrijemarkttransacties”), een aanpassing van de prijs van intragroepstransacties wordt verricht om rekening te houden met winst die niet is behaald vanwege die voorwaarden. Verbonden transacties zijn dus zowel het onderwerp van, en hun aanwezigheid is een voorwaarde voor, de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel<sup>(61)</sup>. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden geprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.
- (84) Dat uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan artikel 185, paragraaf 2, WIB 92, dat volgens de Belgische wetgever het model volgt van artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag. Die bepaling heeft betrekking op een passende aanpassing van winst met betrekking tot de grensoverschrijdende onderlinge relaties van twee vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep van verbonden vennootschappen. Dat kan alleen worden begrepen als een verwijzing naar een transactie tussen die twee vennootschappen. Een andere voorwaarde voor de toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 is bijgevolg dat de aanpassing in de jaarrekening van de belastingplichtige betrekking moet hebben op niet-zakelijke winst die voortkomt uit een verbonden transactie die aantoonbaar onjuist

<sup>(59)</sup> Zie bijvoorbeeld de ruling van 2009, paragraaf 77, de ruling van 2010, paragrafen 72 en 73, de ruling van 2011, paragrafen 43 en 53, en de ruling van 2012, paragrafen 29 en 39.

<sup>(60)</sup> Zie bijvoorbeeld de ruling van 2009, paragraaf 79, de ruling van 2011, paragraaf 46, en de ruling van 2012, paragraaf 32.

<sup>(61)</sup> Dat de nadruk bij verrekenprijzen op de beprijzing van intragroepstransacties ligt, volgt duidelijk uit paragraaf 1.6 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010: “Because the separate entity approach treats the members of an MNE group as if they were independent entities, attention is focused on the nature of the transactions between those members and on whether the conditions thereof differ from the conditions that would be obtained in comparable uncontrolled transactions. Such an analysis of the controlled and uncontrolled transactions, which is referred to as a comparability analysis, is at the heart of the application of the arm’s length principle.” [“Omdat in de afzonderlijke-entiteitenbenadering de leden van een multinationale groep worden behandeld als waren zij onafhankelijke entiteiten, gaat de aandacht uit naar de aard van de transacties tussen die leden en naar de vraag of de voorwaarden daarvan verschillen van de voorwaarden die in vergelijkbare vrijemarkttransacties zouden zijn bedongen. Een dergelijke analyse van de concern- en de vrijemarkttransacties, die de “vergelijkbaarheidsanalyse” wordt genoemd, vormt de kern van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel.” (vertaling Commissie)]. Deze nadruk op de beprijzing van intragroepstransacties wordt herhaald in paragraaf 1.33 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010: “Application of the arm’s length principle is generally based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions in transactions between independent enterprises. [...]” [“De toepassing van het zakelijkheidsbeginsel is algemeen gebaseerd op een vergelijking van de voorwaarden in een verbonden transactie met de voorwaarden in transacties tussen onafhankelijke ondernemingen. [...]” (vertaling Commissie)].

is beprijsd <sup>(62)</sup>. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Oxeno en NewCo te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.

- (85) Met betrekking tot het in de rulings aangevoerde argument dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” zijn oorsprong vindt in synergieën, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergieën en schaalvoordelen geen transacties zijn, noch immateriële activa <sup>(63)</sup>. In specifieke omstandigheden kunnen synergie-effecten van de groep een vergelijkbaarheidsfactor zijn die aanleiding kan geven tot een aanpassing op grond van het zakelijkheidsbeginsel. Een dergelijke aanpassing kan aanvaardbaar zijn mits de synergievoordelen correct zijn vastgesteld en gekwantificeerd. De correcte manier om uit synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst volgens het zakelijkheidsbeginsel te verwerken, is als volgt: i) verifiëren of die synergetische effecten bestaan <sup>(64)</sup>; ii) de vennootschappen van de groep vaststellen die doelbewuste gezamenlijke acties hebben ondernomen die aan de creatie van de winst uit synergie-effecten en schaalvoordelen hebben bijgedragen; iii) de relatieve bijdrage van elk van die vennootschappen van de groep kwantificeren en de verbonden transacties tussen die ondernemingen vaststellen, en iv) de prijzen van die verbonden transacties aanpassen zodat de toename van de winst van elke vennootschap van de groep een weerspiegeling is van de bijdrage van die vennootschap van de groep aan de totale synergievoordelen <sup>(65)</sup>.
- (86) Geen van deze stappen is gevolgd in de rulings. De rulings nemen eenvoudigweg aan dat de geplande investeringen dergelijke voordelen en kostenbesparingen zullen genereren <sup>(66)</sup>. De rulings stellen niet duidelijk vast in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep <sup>(67)</sup> daadwerkelijk zou vergroten, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De rulings aanvaarden in plaats daarvan dat hetzij de dekkingsbijdrage, hetzij de door Oxeno en NewCo gegenereerde NPBT, die oorspronkelijk aan hen is toegewezen na transacties met derden of zakelijk geprijsde intragroepstransacties, en die in hun jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische dekkingsbijdrage of NPBT die zij zouden hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief waren geweest.
- (87) Bovendien wordt in de rulings specifiek verwezen naar het gebruik van knowhow en de klantenportefeuille om de aanwezigheid van synergievoordelen aan te tonen. De Commissie merkt in dit verband in de eerste plaats op dat die elementen onder bepaalde omstandigheden als immateriële activa kunnen worden beschouwd — wat in de betwiste maatregelen niet wordt aangevoerd — maar niet op synergieën duiden. Zelfs als de rulings de levering van immateriële activa hadden aangevoerd (quod non), zou dit bovendien niet wijzen op de aanwezigheid van niet-zakelijke transacties tussen Oxeno en NewCo enerzijds en buitenlandse verbonden tegenpartijen anderzijds, zoals door artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 wordt vereist. De correcte manier om winst verkregen uit immateriële activa volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen, bestaat uit i) het identificeren, onderbouwen en juist afbaken van dergelijke immateriële activa; ii) het uitvoeren van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren aangaande de betrokken verbonden transacties <sup>(68)</sup>, en iii) het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transacties, zodat de voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties <sup>(69)</sup>. Geen van deze stappen is gevolgd in de rulings.
- (88) Ten slotte merkt de Commissie op dat noch paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, noch paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de rulings wordt gedaan <sup>(70)</sup>. In die paragrafen wordt melding gemaakt van de moeilijkheid en het ontbreken van consensus om winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen toe te wijzen aan de afzonderlijke entiteiten van een multinationale groep. De paragrafen bevelen zeker niet aan dat winst uit synergie-effecten en schaalvoordelen geen deel uit kan maken van de zakelijke winst van een entiteit van een multinationale groep en daarom van de belastbare grondslag van een vennootschap van de groep moet worden

<sup>(62)</sup> De transactionele aard van het zakelijkheidsbeginsel wordt benadrukt in de tekst van de paragrafen 1.36 en 1.42 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995.

<sup>(63)</sup> Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

<sup>(64)</sup> Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

<sup>(65)</sup> Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

<sup>(66)</sup> Dit geldt voor de vermeende voordelen van goedkopere energievoorziening, volumekortingen bij aanbestedingen en het gezamenlijke gebruik van de bestaande multi-user site, alsook de knowhow van de Groep en klantenrelaties, die volgens de Commissie niet eens synergieën kunnen vormen, zoals uitgelegd in punt (87).

<sup>(67)</sup> In de rulings van respectievelijk 2010, 2011 en 2012 wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke uitgaven zouden verminderen of welke kostenbesparingen zouden kunnen worden gegenereerd, en evenmin hoe de inkomsten zouden worden verhoogd.

<sup>(68)</sup> Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 6.13 en 6.14, waarin wordt uitgelegd dat de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel op immateriële activa de toepassing vereist van de in diezelfde richtlijnen voorgeschreven methodologie, welke onder meer een vaststelling van de onderliggende transacties en een gedetailleerde vergelijkbaarheidsanalyse omvat.

<sup>(69)</sup> Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragraaf 6.1, waarin wordt uitgelegd dat moet worden getracht vast te stellen “whether the conditions made or imposed in transactions between associated enterprises involving intangible property reflect arm’s length transactions” [“of de voorwaarden die worden gesteld of opgelegd bij transacties tussen verbonden ondernemingen waarbij immateriële activa zijn betrokken, zakelijke transacties weerspiegelen” (vertaling Commissie)].

<sup>(70)</sup> Ruling van 2009, paragraaf 80, en ruling van 2010, paragraaf 61; ruling van 2011, paragraaf 44; ruling van 2012, paragraaf 30;

uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. De paragrafen impliceren dat winst uit synergie-effecten moet worden toegewezen aan de jurisdictie waar die effecten zich voordoen, in het uitzonderlijke geval dat dergelijke synergie-effecten kunnen worden geverifieerd <sup>(71)</sup>.

- (89) De Commissie merkt op dat, zelfs als de geplande investeringen zouden resulteren in winst uit synergieën of schaalvoordelen, en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de groepsvennootschappen die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), de rulings hoe dan ook niet aangeven waarom die winst niet (ten minste deels) (opnieuw) aan Oxeno of NewCo zou moeten worden toegewezen. Het zijn Oxeno en NewCo die de aanzienlijke investeringen doen en de nieuwe productiesites bouwen, en het zijn Oxeno en NewCo die nieuwe functies en nieuw toezichtpersoneel zullen onderbrengen en de extra productiecapaciteit zullen genereren. Bovendien blijkt een deel van de vermeende synergieën en schaalvoordelen voort te vloeien uit de bestaande installaties van Oxeno zelf.
- (90) Tot slot merkt de Commissie op dat de meeste synergieën en schaalvoordelen blijken te worden gegenereerd als gevolg van de bestaande Belgische installaties van de Groep, die onder de uitsluitende zeggenschap van Belgische entiteiten van de Groep blijken te staan (inclusief Oxeno en Evonik Degussa Antwerpen NV). De Commissie merkt dan ook op dat, zelfs als de in punt (85) beschreven methode door de rulings naar behoren was gevolgd (quod non), alle aanpassingen volgens het zakelijkheidsbeginsel transacties tussen Belgische vennootschappen lijken te betreffen. In de rulings wordt artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 derhalve onjuist toegepast, aangezien die bepaling een grensoverschrijdende relatie tussen twee verbonden groepsvennootschappen vereist.
- (91) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (79), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Oxeno en NewCo om tot hun jaarlijkse belastbare winst te komen, een onjuiste toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 is en derhalve is gedaan zonder rechtsgrondslag in de Belgische belastingwetgeving.
- (c) *De onjuiste toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 ten gunste van Oxeno en NewCo leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*
- (92) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (62) bedoelde vermoeden, moet worden aangetoond dat een maatregel één of meer ondernemingen bevoordeelt ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Volgens de rechtspraak hangt de vergelijkbaarheidsanalyse met het oog op het vaststellen van selectiviteit af van de doelstelling van de referentieregeling op grond waarvan de maatregel werd vastgesteld <sup>(72)</sup>.
- (93) In punt (70) heeft de Commissie voorlopig geconcludeerd dat de referentieregeling waaraan de omstreden maatregelen moeten worden getoetst, het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting is. De doelstelling van het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting, zoals geformuleerd in artikel 185, paragraaf 1, WIB 92, is het belasten van belastingplichtige vennootschappen op hun totale winst. Zoals verder uitgelegd in punt (71), wordt bij de bepaling van de totale belastbare winst van een belastingplichtige vennootschap — als uitgangspunt en onverminderd eventuele latere opwaartse of neerwaartse aanpassingen waarin de belastingwetgeving voorziet — de in de jaarrekening van de belastingplichtige vennootschap opgenomen totale winst genomen.
- (94) De voorlopige conclusie van de punten (76) tot en met (91) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Oxeno en NewCo, als gevolg waarvan aan die ondernemingen een vermindering van de belastbare grondslag wordt toegekend waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat. De omstreden maatregelen vormen derhalve een derogatie van de algemene regels voor de vaststelling van de belastbare grondslag van een belastingplichtige vennootschap en dus van de inkomstenbelasting die zij verschuldigd is uit hoofde van het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting. Door Oxeno en NewCo een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die ondernemingen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen in België, die hun boekhoudkundige winst niet kunnen verminderen om hun belastbare winst vast te stellen zonder een uitdrukkelijke bepaling in de belastingwetgeving en die derhalve, als uitgangspunt en onverminderd algemene aanpassingen waarin de wetgeving voorziet, worden belast op de totale winst die in hun jaarrekening is opgenomen.

#### 4.5.3.2. Tweede subsidiaire vaststelling van selectiviteit: de vrijstelling van "overwinst" is niet beschikbaar voor alle belastingplichtige vennootschappen

- (95) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (64) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo selectief begunstigen, zelfs al zou artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 een rechtsgrondslag vormen om de door een entiteit van een multinationale groep geboekte winst die hoger is dan een fictief bedrag van winst dat die entiteit zou hebben behaald als zij onafhankelijk actief was geweest, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (83) heeft betwist.

<sup>(71)</sup> Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (85)).

<sup>(72)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, punt 75; arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 54, en arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punten 33, 36 en 38.



- (96) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Oxeno en NewCo toe te staan een deel van hun geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergieën of schaalvoordelen, die ondernemingen bevoordelen ten opzichte van andere belastingplichtige vennootschappen in België die geen recht hebben op een dergelijke neerwaartse aanpassing hoewel zij ook wat door België als “overwinst” wordt beschouwd kunnen genereren.
- (97) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo selectief bevoordelen ten opzichte van Belgische belastingplichtige vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep die geen ruling inzake “overwinst” verkrijgen of hebben kunnen verkrijgen<sup>(73)</sup>. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergieën en schaalvoordelen, worden standaard belast op die winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (98) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergieën en schaalvoordelen, maar komen niet in aanmerking voor het verkrijgen van een ruling inzake “overwinst”, aangezien artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 is voorbehouden aan entiteiten die deel uitmaken van een multinationale groep. Daardoor worden die ondernemingen standaard belast op hun uit synergieën en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (99) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo selectief begunstigen ten opzichte van op zichzelf staande entiteiten. Die entiteiten worden, als uitgangspunt, belast op hun in hun jaarrekening opgenomen winst, wat bovendien een winst is die is gebaseerd op transacties conform marktprijzen. Daarentegen verlagen de omstreden maatregelen de belastbare winst van Oxeno en NewCo tot onder het niveau van de zakelijke winst die in hun jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (81). Bovendien kunnen op zichzelf staande entiteiten vergelijkbare voordelen verkrijgen door activiteiten hetzij intern hetzij met andere op zichzelf staande entiteiten te bundelen om betere prijzen of voorwaarden op de markt te bereiken, waardoor synergie-effecten en kostenbesparingen worden bereikt die vergelijkbaar zijn met die welke door een multinationale groep worden verkregen. Deze vennootschappen kunnen echter geen ruling inzake “overwinst” verkrijgen, aangezien artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 is voorbehouden aan entiteiten die deel uitmaken van een multinationale groep. Daardoor worden die ondernemingen standaard belast op hun uit synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (100) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Oxeno en NewCo selectief bevoordelen ten opzichte van elk van de drie bovengenoemde vergelijkbare ondernemingen, zelfs al zou artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 een rechtsgrondslag vormen om de door een entiteit van een multinationale groep geboekte winst die hoger is dan een fictief bedrag van winst dat die entiteit zou hebben behaald als zij onafhankelijk actief was geweest, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

#### 4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (101) Een maatregel die een uitzondering op de toepassing van een algemene regel creëert, kan gerechtvaardigd zijn wanneer de betrokken lidstaat kan aantonen dat die maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van de referentieregeling voortvloeit. In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen de doelstellingen van een specifieke referentieregeling die buiten die regeling zijn gelegen, en de voor het bereiken van dergelijke doelstellingen noodzakelijke mechanismen die inherent zijn aan de regeling zelf<sup>(74)</sup>. Ook moet zijn gewaarborgd dat de maatregel evenredig is en niet verder gaat dan nodig is, in die zin dat het legitiem nagestreefde doel niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt<sup>(75)</sup>.
- (102) De Commissie stelt zich voorlopig op het standpunt dat het niet mogelijk is om een onjuiste toepassing van de wet objectief te rechtvaardigen, aangezien een dergelijke onjuiste toepassing nooit rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van de referentieregeling kan voortvloeien. Aangezien de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Oxeno en NewCo, waardoor die ondernemingen een belastingvermindering wordt toegekend zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat in de Belgische belastingwetgeving, is de Commissie voorlopig van oordeel dat de selectiviteit waartoe die maatregelen prima facie leiden, niet objectief kan worden gerechtvaardigd.

<sup>(73)</sup> Het gaat bijvoorbeeld om Belgische belastingplichtige vennootschappen behorend tot een multinationale ondernemingsgroep, die volgens bestaande bedrijfsmodellen in België actief zijn. Zoals volgt uit artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92, kan de aanpassing waarin die bepaling voorziet slechts bij voorafgaande beslissing worden toegestaan. Volgens de artikelen 20 en 22 van de wet van 24 december 2002 mag een voorafgaande beslissing alleen worden gegeven met betrekking tot een situatie of verrichting die op fiscaal vlak nog geen gevolgen heeft gehad. Om een ruling inzake “overwinst” aan te vragen, moet een belastingplichtige dus een “nieuwe situatie” aan de Belgische belastingdienst voorleggen, zoals de fusie of herstructurering van productieactiviteiten, de bouw van nieuwe installaties, de verhoging van de productiecapaciteit van bestaande installaties of de internalisering van leveringsactiviteiten.

<sup>(74)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 48 en de aangehaalde rechtspraak.

<sup>(75)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Paint Graphos e.a., C-78/08 tot en met C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punten 73 en 75.

- (103) Onverminderd die voorlopige conclusie aanvaardt de Commissie in dit stadium evenmin het argument van België dat de omstreden maatregelen gerechtvaardigd zijn door de doelstelling dubbele belasting te voorkomen. Met dubbele belasting worden situaties bedoeld waarin dezelfde inkomsten tweemaal worden belast ten aanzien van dezelfde belastingplichtige (ook wel juridische dubbele belasting genoemd) of ten aanzien van twee verschillende belastingplichtigen (d.w.z. economische dubbele belasting). De noodzaak om dubbele belasting te vermijden kan een mogelijke rechtvaardiging zijn om af te wijken van de algemene regels inzake vennootschapsbelasting<sup>(76)</sup>. Er zijn echter geen aanwijzingen dat de omstreden maatregelen daadwerkelijk dat doel dienen, dit in tegenstelling tot de juiste toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92.
- (104) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (76) en met (79), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de rulings zijn gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Oxeno en NewCo dat niet in de belastbare grondslag van een verbonden buitenlandse groepsentiteit in een andere belastingjurisdictie is opgenomen, een neerwaartse aanpassing wordt uitgevoerd. De omstandigheid dat nergens hoeft te worden aangetoond dat dezelfde winst is opgenomen in de belastbare grondslag van beide verbonden vennootschappen (één in het buitenland, één in België), is een belangrijk element waarmee de rulings inzake “overwinst” zich onderscheiden van rulings inzake verrekenprijzen waarbij een correlatieve neerwaartse verrekenprijsaanpassing wordt goedgekeurd overeenkomstig de juiste toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92. Voor dit laatste type ruling beantwoordt de neerwaartse aanpassing aan een situatie waarin de in België geboekte en van belasting vrijgestelde winst ook in de belastbare winst van een verbonden groepsentiteit in een andere belastingjurisdictie is opgenomen, hetzij omdat die winst door die entiteit in de (aanvullende) belastingaangifte is aangegeven, hetzij omdat — meer waarschijnlijk — een buitenlandse belastingdienst een primaire opwaartse aanpassing heeft uitgevoerd op de belastbare winst van die verbonden buitenlandse entiteit. De rulings verifiëren niet, noch achten het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.
- (105) Ten tweede lijkt de vrijgestelde “overwinst” door de aard ervan nooit te kunnen worden opgenomen in de winst van een andere verbonden groepsvennootschap. Dat komt omdat die winst, zoals uiteengezet in de punten (80) tot en met (91), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Oxeno of NewCo enerzijds en buitenlandse verbonden tegenpartijen anderzijds. Die winst maakt deel uit van de winst die deze ondernemingen daadwerkelijk genereerden, die oorspronkelijk aan hen was toegewezen en die in hun jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie voorlopig van oordeel dat die winst nooit (volledig) kan worden opgenomen in de belastbare winst van een dergelijke tegenpartij na een primaire (opwaartse) verrekenprijsaanpassing in het buitenland, gelet op het ontbreken van een vastgestelde verbonden transactie<sup>(77)</sup>. Daardoor betwijfelt de Commissie dat zich ooit een situatie van dubbele belasting kan voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (106) Bijgevolg kunnen de omstreden maatregelen niet worden geacht een antwoord te bieden op situaties waarin sprake is van daadwerkelijke of zelfs potentiële dubbele belasting. België heeft evenmin een andere rechtvaardiging aangevoerd voor de derogatie waartoe de omstreden maatregelen leiden.
- (107) Om deze redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de belastingvermindering die door de omstreden maatregelen wordt toegekend, niet rechtstreeks uit de intrinsieke basis- of hoofdbeginselen van de referentieregeling voortvloeit, en niet het resultaat is van inherente mechanismen die noodzakelijk zijn voor het functioneren en de doeltreffendheid van die regeling. De discriminatie waartoe die maatregelen leiden, kan derhalve niet objectief worden gerechtvaardigd.

#### 4.6. Voorlopige conclusies over het bestaan van steun en de begunstigen van die steun

- (108) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Oxeno en NewCo staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.

<sup>(76)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

<sup>(77)</sup> Wat daadwerkelijke synergieën betreft, zou een dergelijke afzonderlijke verbonden transactie nooit kunnen worden geacht te bestaan wanneer het zakelijkheidsbeginsel in het buitenland juist wordt toegepast. Ten aanzien van de mogelijke immateriële activa betwijfelt de Commissie om te beginnen dat die immateriële activa bestaan, aangezien ze — zoals uitgelegd in punt (87) — niet duidelijk zijn geïdentificeerd in de rulings. Ten tweede, als die immateriële activa bestonden, zouden transacties met betrekking tot die immateriële activa, indien juist geïdentificeerd en afgebakend, theoretisch aan een opwaartse aanpassing kunnen worden onderworpen volgens de benadering waarvoor in artikel 9, lid 1, van het OESO-modelbelastingverdrag wordt gepleit. Dat zou echter een nauwkeurige aanpassing behelzen van de prijzen van de transacties waarbij die immateriële activa betrokken zijn. Het lijkt onwaarschijnlijk dat een dergelijke hypothetische primaire (opwaartse) verrekenprijsaanpassing overeen zou stemmen met de vermeende daarmee verbonden voordelen die eenzijdig op het niveau van Oxeno of NewCo worden beoordeeld, en het lijkt daarom onwaarschijnlijk dat zij een rechtvaardiging kan vormen voor de vrijstelling van het volledige bedrag van “overwinst” door de omstreden maatregelen.

- (109) Voor de toepassing van de staatssteunregels kunnen meerdere afzonderlijke rechtspersonen worden geacht één economische eenheid te vormen. Die economische eenheid wordt dan beschouwd als de relevante onderneming die de begunstigde van de steunmaatregel is. Het Hof van Justitie heeft dienaangaande eerder het volgende verklaard: “In het kader van het mededingingsrecht moet onder het begrip onderneming worden verstaan een [...] economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen.”<sup>(78)</sup> Om te bepalen of verscheidene entiteiten een economische eenheid vormen, gaat het Hof van Justitie na of er een zeggenschapsdeelneming of functionele, economische of organische banden bestaan<sup>(79)</sup>.
- (110) In casu maken Oxeno en NewCo deel uit van de Evonikgroep, die zeggenschap uitoefent over Oxeno en NewCo via haar in Essen, Duitsland, gevestigde uiteindelijke moedermaatschappij, Evonik Industries AG. In de rulings lijkt te worden aangegeven dat het de Groep was die besloot om de investeringen te doen, als gevolg waarvan Oxeno en NewCo de rulings inzake “overwinst” konden krijgen waardoor zij een deel van hun in België geboekte winst van vennootschapsbelasting mochten vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (111) Ofschoon de Groep georganiseerd is in verschillende rechtspersonen, moeten de vennootschappen die deel uitmaken van die Groep, bijgevolg voorlopig worden beschouwd als één enkele onderneming die van de omstreden maatregelen profiteert<sup>(80)</sup>. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Evonikgroep, naast Oxeno en NewCo, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

#### 4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (112) In artikel 108, lid 3, VWEU is bepaald dat de lidstaten vooraf elk voornemen om nieuwe steun te verlenen tijdig bij de Commissie moeten aanmelden, zodat de Commissie kan nagaan of het staatssteun vormt en, zo ja, of het onrechtmatige of verenigbare staatssteun is (de aanmeldingsverplichting)<sup>(81)</sup>. Voorts is bepaald dat aan te melden nieuwe steun niet mag worden uitgevoerd alvorens de Commissie een besluit tot goedkeuring van die steun heeft genomen of wordt geacht dat te hebben genomen (de “standstill”-verplichting)<sup>(82)</sup>. In artikel 1, onder f), van Verordening (EU) 2015/1589 wordt nieuwe steun die in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU tot uitvoering wordt gebracht, als “onrechtmatig” omschreven.
- (113) Aangezien de Commissie tot de voorlopige conclusie is gekomen dat de omstreden maatregelen tot staatssteun leiden, mag zij ook voorlopig concluderen dat die steun onrechtmatig van aard is, aangezien die maatregelen niet bij de Commissie werden aangemeld voordat ze tot uitvoering werden gebracht.

#### 4.8. Verenigbaarheid met de interne markt

- (114) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt<sup>(83)</sup>, en kan met de interne markt verenigbaar worden geacht als door de Commissie wordt vastgesteld dat hij onder een van de in artikel 107, lid 3, VWEU genoemde gronden valt<sup>(84)</sup>. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU<sup>(85)</sup> verenigbaar is met de interne markt.
- (115) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Oxeno en NewCo en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.

<sup>(78)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 1984, Hydrotherm, 170/83, ECLI:EU:C:1984:271, punt 11. Zie ook arrest van het Gerecht van 14 oktober 2004, Pollmeier Malchow/Commissie, T-137/02, ECLI:EU:T:2004:304, punt 50.

<sup>(79)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2010, AceaElectrabel Produzione/Commissie, C-480/09 P, ECLI:EU:C:2010:787, punten 47 tot en met 55, en arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punt 112.

<sup>(80)</sup> Zie, bij analogie, arrest van het Hof van Justitie van 14 november 1984, Intermills, 323/82, ECLI:EU:C:1984:345, punt 11: “Uit de door de verzoeksters zelf verstrekte inlichtingen blijkt, dat sinds de herstructurering toezicht wordt uitgeoefend door het Waalse Gewest op zowel de vennootschap Intermills als op de drie industriële vennootschappen en dat de vennootschap Intermills na de overdracht van de productie-installaties aan de drie nieuw opgerichte vennootschappen, daarin nog steeds een belang heeft. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat, ondanks het feit dat elk van de drie industriële vennootschappen een juridische identiteit heeft, onafhankelijk van de oude vennootschap Intermills, al deze vennootschappen tezamen, althans wat de steun van de Belgische overheid betreft, een groep vormen [...]”

<sup>(81)</sup> Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

<sup>(82)</sup> Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

<sup>(83)</sup> De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele gebruikers; b) steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen; en c) steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland.

<sup>(84)</sup> De in artikel 107, lid 3, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van bepaalde streken; b) steunmaatregelen voor bepaalde belangrijke projecten van gemeenschappelijk Europees belang of om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen; c) steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken; d) steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen; en e) andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad.

<sup>(85)</sup> Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

(116) De Commissie merkt met name op dat, aangezien de door de omstreden maatregelen toegekende fiscale behandeling lijkt te leiden tot een vermindering van de lasten die normaal gesproken op de betrokken ondernemingen drukken in het kader van hun activiteiten, die vermindering derhalve als exploitatiesteun moet worden beschouwd. Volgens de rechtspraak kan dergelijke steun normaal gesproken niet worden aangemerkt als verenigbaar met de interne markt omdat hij niet dient om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken; evenmin zijn de desbetreffende stimulansen in de tijd beperkt, degressief of evenredig aan hetgeen noodzakelijk is om een oplossing te vinden voor een specifieke economische tekortkoming in de betrokken gebieden<sup>(86)</sup>.

## 5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de rulings inzake “overwinst” die door België aan Evonik Oxeno Antwerpen NV en NewCo zijn afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die ondernemingen die op basis van die rulings zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die ondernemingen en aan de groep waartoe zij behoren. Handelend volgens de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU, verzoekt de Commissie België derhalve zijn opmerkingen te maken en alle dienstige informatie te verstrekken voor de beoordeling van die maatregelen. Het gaat met name om:

- de identiteit van NewCo;
- de jaarrekeningen van Evonik Oxeno Antwerpen NV en NewCo voor de jaren waarin de rulings door die ondernemingen werden gebruikt om hun belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Oxeno en NewCo over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt in welke mate de ruling van 2009 daadwerkelijk is toegepast door of voor Evonik Oxeno Antwerpen NV voordat of nadat van die ruling afstand werd gedaan;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde rulings vrijgestelde “overwinst” is opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap;
- alle verrekenprijsstudies en andere documenten betreffende of ingediend in verband met de rulings;
- een geactualiseerd organigram dat de huidige eigendomsstructuur van de Groep beschrijft.

België wordt verzocht deze informatie binnen één maand vanaf de datum van ontvangst van deze brief te verstrekken. De Commissie verzoekt uw autoriteiten onmiddellijk een afschrift van deze brief toe te zenden aan de potentiële ontvanger van de steun.

De Commissie wijst België op de schorsende werking van artikel 108, lid 3, VWEU en verwijst naar artikel 16 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad, volgens hetwelk elke onrechtmatige steun van de ontvanger kan worden teruggevorderd.

De Commissie deelt België mee dat zij de belanghebbenden in kennis zal stellen door de bekendmaking van deze brief en van een samenvatting ervan in het Publicatieblad van de Europese Unie. Tevens zal zij de belanghebbenden in de lidstaten van de EVA die partij zijn bij de EER-Overeenkomst, door de bekendmaking van een mededeling in het EER-Supplement van het Publicatieblad in kennis stellen, alsmede de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA door haar een afschrift van deze brief toe te zenden. Alle bovengenoemde belanghebbenden zal worden verzocht hun opmerkingen te maken binnen één maand vanaf de datum van deze bekendmaking.

---

<sup>(86)</sup> Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.