

4.8. Verenigbaarheid met de interne markt

- (113) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt ⁽⁹⁰⁾, 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 ⁽⁹¹⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU ⁽⁹²⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (114) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan ABI/ Ampar en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (115) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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 ⁽⁹³⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan de stille handelsvennootschap Anheuser-Busch Inbev NV / Ampar BVBA is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die ondernemingen die op basis van die ruling 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 jaarrekeningen van Anheuser-Busch Inbev NV en Ampar BVBA voor de jaren waarin de ruling door die ondernemingen werden gebruikt om hun belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Anheuser-Busch Inbev NV en Ampar BVBA over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 afgifte van de ruling;
- 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.

⁽⁹⁰⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹³⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53990 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Flir Systems Trading****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/27)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahmen, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens sind

In den Jahren 2012 und 2014 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Flir Systems Trading Belgium BVBA (im Folgenden „Flir Systems Trading“) für die Steuerjahre 2012 bis 2015 Steuervorbescheide hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieser Steuervorbescheide wurde Flir Systems Trading für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge als „Gewinnüberschuss“ aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erwirtschaftete, in Belgien eine Befreiung von der Körperschaftsteuer gewährt. Die Steuervorbescheide stützen sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahmen

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahmen nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahmen Flir Systems Trading einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschaffen, da die Nettofinanzlage des Unternehmens durch Einzelmaßnahmen verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass die Maßnahmen Flir Systems Trading einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschaffen, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Flir Systems Trading im Rahmen der Maßnahmen eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit den Maßnahmen im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit den Maßnahmen Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Flir Systems Trading durch die Maßnahmen verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Flir Systems Trading gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahmen eine Besserstellung von Flir Systems Trading bewirken, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahmen und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Flir Systems Trading akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV zugunsten von Flir Systems Trading Belgium BVBA und der Unternehmensgruppe Flir Systems Trading darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahmen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnten. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Flir Systems Trading Belgium BVBA («Flir Systems Trading») a bénéficié de deux décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès de Flir Systems Trading.
- (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 avec le droit de l'Union 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») ⁽²⁾.
- (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 Flir Systems Trading, 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) Flir Systems Trading est basée à Hoogstraten, en Belgique, et fait partie du groupe Flir («le Groupe»), un fabricant et créateur international de divers types de systèmes de caméras thermiques. Le Groupe exerce ses activités à l'échelle internationale, dans plus de 100 pays. À la fin de l'année 2011, le Groupe enregistrait un chiffre d'affaires annuel de 1,54 milliard d'USD et employait plus de 3 000 salariés dans le monde.
- (6) Flir Systems Trading a été constituée en 2012 en vue de centraliser plusieurs activités récemment acquises par le Groupe au sein d'une société centrale donneuse d'ordre en Belgique qui devait avoir un effectif de 30 à 50 salariés dans les cinq années suivant sa constitution ⁽³⁾.

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 Flir Systems Trading sur la base de ces décisions anticipées, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Flir Systems Trading:
 - le 18 septembre 2012, Flir Systems Trading a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de trois années allant de l'exercice comptable se terminant le 31 juillet 2013 à l'exercice comptable se terminant le 31 juillet 2015 (la «décision anticipée de 2012») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée de 2012, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que [75-80] % du bénéfice net avant impôt (en anglais *net profit before taxes* ou «NPBT») de Flir Systems Trading pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»);

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données sont tirées de la décision anticipée de 2012 et de l'avenant de 2014, dont les références figurent au considérant (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2012.180 du 18 septembre 2012, adressée à Flir Systems Trading.

- La décision anticipée de 2012 a été modifiée par un «avenant» daté du 27 mai 2014 (l'«avenant de 2014») ⁽⁵⁾. L'avenant de 2014 a étendu l'application de la décision anticipée de 2012 à des activités nouvellement acquises et a fait passer le pourcentage des «bénéfices excédentaires» que Flir Systems Trading pouvait déduire de sa base imposable aux fins de l'impôt sur les sociétés de [75-80] % à [75-80] % pour la période couverte par la décision anticipée de 2012.

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

- (8) La décision anticipée de 2012 décrit le projet du Groupe de mettre en place un modèle de «structure avec donneur d'ordre», dans lequel la société Flir Systems Trading nouvellement créée en Belgique serait la société donneuse d'ordre. Flir Systems Trading sera responsable de plusieurs activités opérationnelles essentielles liées aux récentes acquisitions du Groupe, parmi lesquelles la recherche & développement, les ventes et le marketing, la fabrication, la logistique et les services juridiques et de soutien. Toutes les fonctions stratégiques centrales existantes et l'ensemble de la propriété intellectuelle liée à ces opérations seront transférés à Flir Systems Trading, soit par Flir Commercial Systems AB, une société suédoise du Groupe, soit par d'autres sociétés du Groupe récemment acquises par ce dernier ⁽⁶⁾.

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) La décision anticipée de 2012 et l'avenant de 2014 ne décrivent pas la façon dont sont fixés les prix des transactions intragroupe entre Flir Systems Trading et les sociétés liées étrangères, qu'il s'agisse de producteurs étrangers, de distributeurs étrangers, d'entités de service étrangères ou de quelque autre société liée étrangère que ce soit. Les décisions anticipées précisent, en revanche, l'existence de ces sociétés liées et les prix fixés pour ces transactions — une société ne peut agir comme donneur d'ordre que si elle s'appuie sur des sociétés liées qui exercent des activités pour son compte — mais ne les identifient pas. Les décisions anticipées semblent en outre présumer que le prix de ces transactions sera conforme au principe de pleine concurrence ⁽⁷⁾.
- (10) La décision anticipée de 2012 et l'avenant de 2014 expliquent que Flir Systems Trading exercera la fonction de société centrale dans le modèle de «structure avec donneur d'ordre». La décision anticipée de 2012 valide le fait que, dans le modèle de «structure avec donneur d'ordre», Flir Systems Trading soit chargée des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les autres entités du Groupe n'exécutent que des fonctions de routine au profit de Flir Systems Trading. Une société donneuse d'ordre responsable de la fabrication, des ventes et de la recherche et développement achète généralement des produits auprès des producteurs du Groupe ou de tiers, vend ces produits et services à des clients, soit directement soit par l'intermédiaire de commissionnaires, et supervise la distribution. En conséquence, elle enregistre les bénéfices commerciaux tirés de ces opérations en qualité de maître-distributeur / d'entrepreneur central.
- (11) La décision anticipée de 2012 explique que l'ensemble des actifs incorporels existants (les «actifs incorporels») liés à la ligne d'activité pour laquelle Flir Systems Trading sera le donneur d'ordre seront transférés à cette dernière, de telle sorte que Flir Systems Trading détiendra ces actifs incorporels, en sera l'ayant-droit économique et sera responsable de toute évolution future de ces actifs. La décision anticipée de 2012 affirme ensuite que la mise en place du modèle de «structure avec donneur d'ordre» conduira à des synergies et à d'autres économies d'échelle qui profiteront à l'ensemble du Groupe. Elle ajoute que «Flir Systems Trading sera en mesure de bénéficier, en tant que membre d'un groupe multinational, de plusieurs avantages directement liés à son appartenance à ce groupe multinational. Parmi ces avantages figurent le savoir-faire, la réputation, des avantages en termes d'approvisionnement, des listes de clients, des avantages organisationnels pour ce qui concerne les ventes, des économies d'échelle, des synergies, etc.» ⁽⁸⁾. Après une description plus détaillée de certains de ces avantages ⁽⁹⁾, la décision anticipée de 2012 poursuit en affirmant que «[t]ous ces avantages impliquent que le bénéfice global de Flir Systems Trading se composera, d'une part, de ce que l'on peut considérer comme une rémunération pour les fonctions entrepreneuriales exécutées et, d'autre part, d'un bénéfice restant que l'on peut considérer comme un «bénéfice excédentaire» [...]» ⁽¹⁰⁾.
- (12) Le «bénéfice excédentaire» susmentionné, c'est-à-dire la part du bénéfice imputable aux synergies et aux économies d'échelle, peut être calculé comme la différence entre:
- (i) le bénéfice que Flir Systems Trading va réellement générer et enregistrer dans ses comptes annuels; et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» pour tenir compte des fonctions entrepreneuriales «de donneur d'ordre» de Flir Systems Trading.

⁽⁵⁾ Avenant Voorafgaande beslissing 2012.180 du 27 mai 2014, adressée à Flir Systems Trading.

⁽⁶⁾ Décision anticipée de 2012, points 30 et 33.

⁽⁷⁾ Décision anticipée de 2012, points 77 et 78. Ces points indiquent que Flir Systems Trading ne sera pas considérée comme accordant des avantages anormaux ou gratuits dans la mesure où la rémunération des activités de soutien fournies par ces sociétés liées du Groupe est déterminée dans une étude des prix de transfert, et que Flir Systems Trading doit informer l'administration fiscale belge si ces prix ne sont pas considérés comme conformes au principe de pleine concurrence et sont dès lors augmentés par l'administration fiscale compétente pour le territoire où ces sociétés liées exercent leurs activités, pour des raisons autres que des synergies de groupe opérationnelles.

⁽⁸⁾ Décision anticipée de 2012, point 69.

⁽⁹⁾ Décision anticipée de 2012, point 70.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée de 2012, point 71.

Le montant visé au point (i) représente le bénéfice commercial de Flir Systems Trading, compte tenu d'une tarification conforme au principe de pleine concurrence de ses transactions interentreprises effectuées avec des sociétés liées locales (producteurs, distributeurs et autres entités du groupe) ainsi que des achats effectués par Flir Systems Trading auprès de tiers et de ses propres dépenses d'exploitation. Le montant visé au point (ii) est déterminé en effectuant une analyse des prix de transfert utilisant la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») en prenant Flir Systems Trading comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge d'exploitation de [5-10] % (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à [5-10] % des ventes/recettes). En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe pour la fin des exercices comptables 2013 à 2015, la décision anticipée de 2012 fixe les «bénéfices excédentaires» annuels que Flir Systems Trading est autorisée à exonérer à [75-80] % de son NPBT réel réalisé au cours de ces exercices ⁽¹¹⁾.

- (13) La décision anticipée de 2012 justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ⁽¹²⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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 ⁽¹³⁾.
- (14) Par la décision anticipée de 2012, il est déclaré que Flir Systems Trading peut exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique un montant équivalant à [75-80] % de son NPBT annuel pendant une période de trois ans, laquelle peut être prorogée de sept années supplémentaires ⁽¹⁴⁾.
- (15) L'avenant de 2014 étend l'application de la décision anticipée de 2012 aux activités des sociétés nouvellement acquises du Groupe (à savoir Lorex Technology Inc. et Traficon International NV) ⁽¹⁵⁾. L'avenant de 2014 adapte en outre le pourcentage du NPBT de Flir Systems Trading à exonérer en tant que «bénéfices excédentaires» au titre de la décision anticipée de 2012 en le faisant passer de [75-80] %, dans la décision anticipée de 2012, à [75-80] %, ce dernier pourcentage étant applicable pendant les mêmes années que celles indiquées dans la décision anticipée de 2012 ⁽¹⁶⁾. Cette adaptation est justifiée en se fondant sur les nouvelles synergies créées par les opérations d'acquisition et de centralisation.

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

- (16) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (17) 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 bénéfices. 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»*.
- (18) 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 1er, 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.
- (19) 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.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée de 2012, points 73 et 75.

⁽¹²⁾ Décision anticipée de 2012, point 84.

⁽¹³⁾ Décision anticipée de 2012, point 87.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée de 2012, points 92 et 94.

⁽¹⁵⁾ Avenant de 2014, points 6 à 46.

⁽¹⁶⁾ Avenant de 2014, point 148.

2.3.1.1. La loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR

- (20) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽¹⁷⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (21) 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»).
- (22) 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.
- (23) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (24) 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 ⁽¹⁸⁾. 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» ⁽¹⁹⁾. 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» ⁽²⁰⁾. 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 ⁽²¹⁾. 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.

⁽¹⁷⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

⁽¹⁸⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽¹⁹⁾ 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.»

⁽²⁰⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²¹⁾ Ibidem, pp. 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.»

- (25) 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.
- (26) 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

- (27) 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 ⁽²²⁾. 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.
- (28) 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.
- (29) 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) ⁽²³⁾ 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»

- (30) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²⁴⁾, 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.
- (31) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽²⁵⁾ 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 demandaient 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.
- (32) 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.

⁽²²⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽²³⁾ 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».

⁽²⁴⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁵⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (33) 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⁽²⁶⁾. 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*

- (34) 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⁽²⁷⁾.
- (35) 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.»

- (36) 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.
- (37) 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⁽²⁸⁾. 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.

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*

- (38) 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»)⁽²⁹⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (39) 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.

⁽²⁶⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ Voir la note de bas de page n° 17.

⁽²⁹⁾ 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»).

- (40) 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⁽³⁰⁾. 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⁽³¹⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (41) 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.
- (42) 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⁽³²⁾. 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.
- (43) 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.»*
- (44) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³³⁾ 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⁽³⁴⁾. 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⁽³⁵⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (45) 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.
- (46) 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.

⁽³⁰⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³¹⁾ 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.

⁽³²⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³³⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁴⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁵⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

- 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 ⁽³⁶⁾.
- 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 ⁽³⁷⁾. 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 ⁽³⁸⁾. 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.
- (47) 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 ⁽³⁹⁾.
- (48) 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. ⁽⁴⁰⁾

⁽³⁶⁾ 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».

⁽³⁷⁾ 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.»

⁽³⁸⁾ 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.

⁽³⁹⁾ 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.»

⁽⁴⁰⁾ 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.

- (49) 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 ⁽⁴¹⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴²⁾, 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.
- (50) 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) ⁽⁴³⁾. 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

- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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.
- (55) 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.

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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.

⁽⁴³⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

4. APPRÉCIATION DES MESURES CONTESTÉES

4.1. Existence d'une aide

- (56) 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 ⁽⁴⁴⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (57) 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. Flir Systems Trading, de son côté, s'est fondée sur ces décisions anticipées pour établir ses 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.
- (58) 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 ⁽⁴⁵⁾. Les décisions anticipées ont permis à Flir Systems Trading d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 de Flir Systems Trading 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

- (59) 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, Flir Systems Trading fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Flir Systems Trading est responsable du développement et de la commercialisation à l'échelle mondiale des solutions du Groupe en matière de systèmes d'information géographique. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de Flir Systems Trading est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁴⁶⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (60) 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 ⁽⁴⁷⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Flir Systems Trading de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Flir Systems Trading d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence ⁽⁴⁸⁾; 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.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

4.5. **Avantage sélectif**

- (61) 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 ⁽⁴⁹⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Flir Systems Trading parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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**

- (62) 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 ⁽⁵⁰⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même ⁽⁵¹⁾. 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 ⁽⁵²⁾.
- (63) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Flir Systems Trading en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), Flir Systems Trading a réalisé ce bénéfice à la suite de transactions intragroupe présumées effectuées aux conditions du marché et en prenant en considération les frais facturés soit par des parties tierces soit aux conditions du marché. Ce bénéfice est ensuite enregistré dans les comptes annuels de Flir Systems Trading et fournit la base de son NPBT.
- (64) Par suite des mesures contestées, de la clôture de l'exercice comptable 2013 jusqu'à celle de l'exercice comptable 2015, Flir Systems Trading a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Flir Systems Trading n'a été autorisée 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 de Flir Systems Trading, 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 Flir Systems Trading, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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**

- (65) 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 Flir Systems Trading 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités» ⁽⁵³⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité» ⁽⁵⁴⁾.
- (66) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵¹⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ Affaire C-15/14 P, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60. Voir également les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 P, Commission/World Duty Free Group e.a., EU:C:2016:981, point 55; l'affaire C-211/15 P, Orange/Commission, EU:C:2016:798, points 53 et 54; et l'affaire C-270/15 P, Belgique/Commission, EU:C:2016:489, point 49.

⁽⁵⁴⁾ Ibidem.

- (67) 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 1er, 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 Flir Systems Trading un avantage sous forme de réduction de sa 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 de Flir Systems Trading par rapport à des entreprises comparables

- (68) 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⁽⁵⁵⁾. 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⁽⁵⁶⁾. 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 de Flir Systems Trading par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (69) 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 de Flir Systems Trading par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (70) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de Flir Systems Trading 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

- (71) 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⁽⁵⁷⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁵⁸⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (72) 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)⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁵⁶⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁵⁷⁾ Affaire C-374/17, A, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ Voir l'affaire C-374/17, A, 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.

- (73) Les mesures contestées permettent à Flir Systems Trading d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (74) 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 (18), 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*»⁽⁶⁰⁾.
- (75) 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).
- (76) 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⁽⁶¹⁾.
- (77) Ainsi qu'il ressort du considérant (20), 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 Flir Systems Trading) 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.
- (78) Aux considérants (79) à (93), 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 Flir Systems Trading 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 de Flir Systems Trading, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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.

⁽⁶⁰⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525): «*sauf dérogation expresse de la loi fiscale, les bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable*».

⁽⁶¹⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «*L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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.*»

(a) *Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne sont pas inclus dans les bénéfices d'une société associée étrangère*

- (79) 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 Flir Systems Trading 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.
- (80) Le point 86 de la décision anticipée de 2012 et le point 143 de l'avenant de 2014 s'appuient, par contre, 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 Flir Systems Trading.
- (81) 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.
- (82) Étant donné que les décisions anticipées autorisent Flir Systems Trading à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de Flir Systems Trading pour parvenir à son 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 Flir Systems Trading et des contreparties associées étrangères.*

- (83) 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 de Flir Systems Trading, 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 Flir Systems Trading et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.
- (84) Comme expliqué au considérant (9), les décisions anticipées ne décrivent pas la façon dont sont fixés les prix des transactions intragroupe entre Flir Systems Trading et les sociétés liées étrangères, quelles qu'elles soient (par exemple, des sociétés de production, distributeurs ou autres prestataires de services liés), mais présument que ces transactions sont effectuées aux conditions du marché. Les décisions anticipées confirment, en revanche, que Flir Systems Trading, en tant que société centrale dans le cadre du modèle de «structure avec donneur d'ordre», exécutera des fonctions essentielles, détiendra les actifs incorporels correspondants et supportera les principaux risques liés à la ligne d'activité pour laquelle elle a été établie. Sur la base de cette analyse — qui ne fait pas l'objet de la présente décision — le bénéfice que tire Flir Systems Trading de ses activités opérationnelles devrait correspondre aux fonctions qu'elle exécute et aux risques qu'elle supporte en tant que société donneuse d'ordre. Ce bénéfice est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (85) Cela se justifie également d'un point de vue économique. Flir Systems Trading a été établie en 2012 pour jouer le rôle de «société donneuse d'ordre», une entité complexe, du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur), qui détient des actifs complexes (à savoir des actifs incorporels) et supporte tous les risques entrepreneuriaux correspondants. Étant donné que les décisions anticipées confirment la désignation de cette entité comme «donneur d'ordre», et n'examinent ni ne contestent les prix de transfert de ses transactions intragroupe, le cas échéant, le bénéfice commercial généré par ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.

- (86) Néanmoins, les décisions anticipées soutiennent qu'en raison du modèle de «structure avec donneur d'ordre»⁽⁶²⁾ mis en place par le Groupe, Flir Systems Trading, en tant que «donneur d'ordre», générera des «*bénéfices comptables excédentaires*» sous la forme de synergies et d'économies d'échelle⁽⁶³⁾. Les décisions anticipées affirment que «[c]es «*bénéfices excédentaires*» peuvent être exonérés d'impôt conformément à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR 92.»⁽⁶⁴⁾ Ces «bénéfices excédentaires» sont calculés comme la différence entre: i) le NPBT que Flir Systems Trading, en tant que «donneur d'ordre», devrait générer comme décrit au considérant (84); et ii) le NPBT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du groupe auquel elle appartient⁽⁶⁵⁾. Pour déterminer ce dernier, les décisions anticipées appliquent la MTMN avec Flir Systems Trading comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi, ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt.
- (87) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. 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⁽⁶⁶⁾. 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.
- (88) 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⁽⁶⁷⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de Flir Systems Trading, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (89) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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⁽⁶⁸⁾. 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

⁽⁶²⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme de «donneur d'ordre». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶³⁾ Décision anticipée de 2012, point 69.

⁽⁶⁴⁾ Décision anticipée de 2012, point 72.

⁽⁶⁵⁾ Décision anticipée de 2012, point 71.

⁽⁶⁶⁾ 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. [...]».

⁽⁶⁷⁾ 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.

⁽⁶⁸⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

d'échelle au titre du principe de pleine concurrence consiste i) à s'assurer que de tels effets synergiques existent ⁽⁶⁹⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷⁰⁾.

- (90) Rien de tout cela n'est fait dans les décisions anticipées. Celles-ci supposent simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe ⁽⁷¹⁾, 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 le bénéfice généré par Flir Systems Trading, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe ⁽⁷²⁾.
- (91) 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 peuvent être invoqués pour justifier une exonération des «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans les décisions anticipées ⁽⁷³⁾. Ces paragraphes font état de la difficulté d'attribuer des bénéfices 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 bénéfices 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 bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés ⁽⁷⁴⁾.
- (92) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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), les décisions anticipées semblent indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à Flir Systems Trading. Plus précisément, la décision anticipée de 2012 affirme que «Flir Systems Trading [...] agira en son nom propre en tant que donneur d'ordre pour l'activité Thermographie», que «du personnel supplémentaire sera engagé pour faire en sorte que Flir Systems Trading dispose des ressources nécessaires pour remplir son rôle de donneur d'ordre» et que des travaux sont en cours «pour identifier toute duplication des fonctions au sein des unités de Thermographie afin de centraliser ces fonctions en Belgique» ⁽⁷⁵⁾. La décision anticipée de 2012 résume aussi de façon explicite comme suit: «[l]es fonctions essentielles que sont la Recherche & Développement, les Ventes & le Marketing, la Logistique & la Fabrication seront toutes centralisées en Belgique» ⁽⁷⁶⁾. Ces diverses affirmations indiquent que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions de Flir Systems Trading en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (93) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (82), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de Flir Systems Trading pour parvenir à son 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 de Flir Systems Trading entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (94) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (65) 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 ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁶⁹⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁰⁾ 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.

⁽⁷¹⁾ Par exemple, les décisions anticipées 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.

⁽⁷²⁾ En ce qui concerne les listes de clients et les autres actifs incorporels transférés à Flir Systems Trading, ces actifs ont été évalués par la décision anticipée de 2012 et semblent avoir été fournis à Flir Systems Trading comme capitaux en échange d'actions (décision anticipée de 2012, point 39), de sorte qu'aucune autre compensation ne semble due.

⁽⁷³⁾ Décision anticipée de 2012, point 84, et avenant de 2014, point 140.

⁽⁷⁴⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (89)].

⁽⁷⁵⁾ Décision anticipée de 2012, point 40.

⁽⁷⁶⁾ Décision anticipée de 2012, points 30 et 57.

⁽⁷⁷⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

- (95) Au considérant (73), 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 (74), 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.
- (96) Aux considérants (79) à (93), 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 de Flir Systems Trading, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Flir Systems Trading une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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*
- (97) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (67) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Flir Systems Trading 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (87).
- (98) En effet, en permettant à Flir Systems Trading d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (99) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Flir Systems Trading 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»⁽⁷⁸⁾. 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.
- (100) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Flir Systems Trading 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.
- (101) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Flir Systems Trading 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 de Flir Systems Trading à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (85). 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

⁽⁷⁸⁾ 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.

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.

- (102) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Flir Systems Trading 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (103) 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⁽⁷⁹⁾. 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⁽⁸⁰⁾.
- (104) 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 de Flir Systems Trading, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (105) 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⁽⁸¹⁾. 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.
- (106) Premièrement, comme expliqué aux considérants (79) à (82), 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 de Flir Systems Trading 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 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.
- (107) 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 (83) à (93), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Flir Systems Trading et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (108) 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.

⁽⁷⁹⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

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

⁽⁸¹⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (109) 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

- (110) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Flir Systems Trading sous la forme d'une exonération fiscale.
- (111) 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»⁽⁸²⁾. 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⁽⁸³⁾.
- (112) En l'espèce, Flir Systems Trading fait partie du groupe Flir. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place un modèle de «structure avec donneur d'ordre», avec Flir Systems Trading en tant que «donneur d'ordre», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (113) 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⁽⁸⁴⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le groupe Flir, en plus de Flir Systems Trading, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (114) 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)⁽⁸⁵⁾. 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)⁽⁸⁶⁾. L'article 1er, 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».
- (115) 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

- (116) 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⁽⁸⁷⁾, 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⁽⁸⁸⁾. 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⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸²⁾ 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.

⁽⁸³⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

⁽⁸⁴⁾ 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 [...]».

⁽⁸⁵⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁸⁶⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

- (117) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Flir Systems Trading 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.
- (118) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽⁹⁰⁾.

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 Flir Systems Trading Belgium BVBA par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise 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 cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de Flir Systems Trading Belgium BVBA relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur les décisions anticipées pour déterminer son 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 de Flir Systems Trading Belgium BVBA pour ces années;
- 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;
- 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.

⁽⁹⁰⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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") ⁽¹⁾. 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. Flir Systems Trading Belgium BVBA ("Flir Systems Trading") ontving twee rulings inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Flir Systems Trading 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") ⁽²⁾.
- (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 Flir Systems Trading 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) Flir Systems Trading is gevestigd in Hoogstraten, België, en maakt deel uit van de Flir-groep ("de Groep"), een internationale producent en ontwerper van diverse soorten thermische beeldcamerasystemen. De Groep is actief in meer dan 100 landen over de hele wereld. Eind 2011 boekte de Groep een jaaromzet van 1,54 miljard USD en had hij wereldwijd ruim 3 000 werknemers in dienst.
- (6) Flir Systems Trading is opgericht in 2012 met de bedoeling de activiteiten die de Groep toen pas had verworven, onder te brengen in een centrale Principaal in België, die 5 jaar na de oprichting een personeelsbestand van ongeveer 30 à 50 werknemers zou hebben ⁽³⁾.

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 van Flir Systems Trading die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan Flir Systems Trading een vrijstelling van "overwinst" hebben toegekend:
 - Op 18 september 2012 heeft Flir Systems Trading een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van drie jaar vanaf het op 31 juli 2013 eindigende boekjaar tot en met het op 31 juli 2015 eindigende boekjaar bestrijkt ("de ruling van 2012") ⁽⁴⁾. In de ruling van 2012 heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat [75-80] % van de nettowinst vóór belastingen (Net Profit Before Taxes, "NPBT") van Flir Systems Trading op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting mocht worden vrijgesteld als "overwinst" (ook "excessieve winst" genoemd).
 - De ruling van 2012 werd gewijzigd bij een avenant van 27 mei 2014 ("het avenant van 2014") ⁽⁵⁾. Krachtens het avenant van 2014 werd de toepassing van de ruling van 2012 tot nieuw verworven activiteiten uitgebreid en werd tevens het percentage van de "overwinst" die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Flir Systems Trading mocht worden vrijgesteld, opgetrokken van [75-80] % tot [75-80] % voor de periode die door de ruling van 2012 werd bestreken.

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling van 2012 en het avenant van 2014, zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2012.180 van 18 september 2012, gericht aan Flir Systems Trading.

⁽⁵⁾ Avenant Voorafgaande beslissing 2012.180 van 27 mei 2014, gericht aan Flir Systems Trading.

2.2.1. De verrichting waarvoor de rulings werden aangevraagd

- (8) In de ruling van 2012 wordt het plan van de Groep beschreven om een “Principaalstructuur”-model in te voeren, met de nieuwe onderneming Flir Systems Trading in België als “Principaal”. Flir Systems Trading zal verantwoordelijk zijn voor diverse operationele kernactiviteiten die uit recente overnames van de Groep voortvloeien en die onder meer onderzoek & ontwikkeling, verkoop & marketing, productie, logistiek en juridische en ondersteunende diensten omvatten. Alle bestaande centrale strategische functies en alle intellectuele eigendommen die met deze activiteiten verband houden, zullen aan Flir Systems Trading worden overgedragen door Flir Commercial Systems AB, een Zweedse dochtervennootschap van de Groep, en door andere groepsvennootschappen die recentelijk door de Groep zijn overgenomen ⁽⁶⁾.

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

- (9) In de ruling van 2012 en het avenant van 2014 wordt geen beschrijving gegeven van de beprijzing van intragroepstransacties tussen Flir Systems Trading en buitenlandse filialen, of het nu gaat om buitenlandse producenten, buitenlandse distributeurs, buitenlandse dienstverleners of enigerlei andere buitenlandse filialen. In plaats daarvan wordt in de rulings melding gemaakt van de aanwezigheid van dergelijke filialen en de beprijzing van dergelijke transacties — een onderneming kan enkel als Principaal opereren als zij filialen heeft die namens haar activiteiten ontplooiën — maar deze worden niet expliciet genoemd. Tevens lijkt in de rulings te worden aangenomen dat de prijs van die transacties op zakelijke wijze zal worden bepaald ⁽⁷⁾.
- (10) In de ruling van 2012 en het avenant van 2014 wordt uitgelegd dat Flir Systems Trading als de centrale vennootschap in het “Principaalstructuur”-model zal opereren. De ruling van 2012 valideert het feit dat Flir Systems Trading in het “Principaalstructuur”-model voor de belangrijkste functies verantwoordelijk zal zijn en de meeste risico's zal dragen, terwijl de overige entiteiten van de Groep routinefuncties ten behoeve van Flir Systems Trading zullen vervullen. Een Principaal die voor productie, verkoop en onderzoek & ontwikkeling verantwoordelijk is, koopt doorgaans producten aan van tot de Groep behorende producenten of van derden, verkoopt deze producten en diensten ofwel rechtstreeks, ofwel via commissaires door aan klanten, en houdt toezicht op de distributie. Als Master Distributor / Central Entrepreneur zal de Principaal dan ook de bedrijfswinsten van deze activiteiten boeken.
- (11) In de ruling van 2012 wordt uitgelegd dat alle bestaande immateriële activa die betrekking hebben op het bedrijfsonderdeel waarvoor Flir Systems Trading de Principaal zal zijn, aan haar zullen worden overgedragen, zodat zij eigenaar zal zijn van, economische rechten zal hebben op en verantwoordelijk zal zijn voor alle toekomstige ontwikkelingen van die immateriële activa. De ruling van 2012 stelt vervolgens dat de invoering van het “Principaalstructuur”-model zal leiden tot synergie-effecten en andere schaalvoordelen waarvan de Groep als geheel zal profiteren. Voorts wordt aangevoerd dat Flir Systems Trading “als deel van een multinationale groep [zal] kunnen genieten van een aantal voordelen die het rechtstreekse gevolg zijn van die groepsstructuur. Deze voordelen bestaan uit knowhow, reputatie, procurement-voordelen, klantenlijsten, verkooporganisatie-voordelen, schaalvoordelen, synergieën, etc.” ⁽⁸⁾. Na sommige van deze voordelen meer in detail te hebben beschreven ⁽⁹⁾, vervolgt de ruling van 2012 dat “[a]l deze voordelen [...] met zich mee[brengen] dat de totale winst van Flir Systems Trading zal bestaan uit enerzijds een winstgedeelte dat geacht kan worden een vergoeding te zijn voor de entrepreneurs-functies die worden uitgeoefend en anderzijds uit een resterend winstgedeelte dat geacht kan worden “excessieve winsten” te zijn [...]” ⁽¹⁰⁾.
- (12) De bovengenoemde “excessieve winsten”, d.w.z. de winsten die kunnen worden toegerekend aan synergie-effecten, schaalvoordelen en andere groepsgerelateerde voordelen, zijn vastgesteld als het verschil tussen:
- (i) de winst die Flir Systems Trading daadwerkelijk zal genereren en in haar jaarrekening zal opnemen; en
 - (ii) een zogenaamde “aangepaste” zakelijke winst voor de “Principaal”-entrepreneurfuncties van Flir Systems Trading.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de bedrijfswinst van Flir Systems Trading, rekening houdend met de op zakelijke wijze bepaalde prijs van haar intragroepstransacties met lokale filialen (producenten, distributeurs en andere groepsentiteiten), alsmede de externe aankopen en eigen operationele kosten van Flir Systems Trading. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”), met Flir Systems Trading als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan haar vermeende “aangepaste” zakelijke winst wordt gebenchmarkt op een operationele marge van [5-10] % (d.w.z. haar operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [5-10] % van de omzet/inkomsten). Op basis van de gebudgetteerde cijfers voor de Groep met betrekking tot de in 2013, 2014 en 2015 eindigende boekjaren wordt in de ruling van 2012 bepaald dat de jaarlijkse “excessieve winst” die mag worden vrijgesteld, [75-80] % bedraagt van de werkelijke NPBT van Flir Systems Trading in die jaren ⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Ruling van 2012, paragrafen 30 tot en met 33.

⁽⁷⁾ Ruling van 2012, paragrafen 77 en 78. In deze paragrafen wordt verklaard dat Flir Systems Trading niet wordt geacht abnormale of goedgunstige voordelen te verlenen omdat de vergoeding voor de ondersteunende activiteiten die door deze filialen van de groep worden verstrekt, aan de hand van een verrekenprijsstudie wordt vastgesteld, en omdat Flir Systems Trading de Belgische fiscus op de hoogte dient te brengen als die vergoedingen niet als “at arm's length” worden beschouwd en daarom worden verhoogd, om andere redenen dan omwille van operationele groepsynergieën, door de belastingdienst van het land waar de filialen actief zijn.

⁽⁸⁾ Ruling van 2012, paragraaf 69.

⁽⁹⁾ Ruling van 2012, paragraaf 70.

⁽¹⁰⁾ Ruling van 2012, paragraaf 71.

⁽¹¹⁾ Ruling van 2012, paragrafen 73, 74 en 75.

- (13) De ruling van 2012 rechtvaardigt de vrijstelling van “overwinst” door te verwijzen naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 ⁽¹²⁾. Zij verwijst vervolgens naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 “excessieve winst” in de winst moet worden opgenomen ⁽¹³⁾.
- (14) In de ruling van 2012 wordt verklaard dat Flir Systems Trading een bedrag gelijk aan [75-80] % van haar jaarlijkse NPBT in België van vennootschapsbelasting mag vrijstellen voor een periode van drie jaar, die eventueel kan worden verlengd met een additionele periode van zeven jaar ⁽¹⁴⁾.
- (15) Het avenant van 2014 breidt de toepassing van de ruling van 2012 uit tot de activiteiten van nieuw verworven groepsvennootschappen (nl. Lorex Technology Inc. en Traficon International NV) ⁽¹⁵⁾. Daarnaast werd in het avenant van 2014 het percentage van de NPBT van Flir Systems Trading dat op grond van de ruling van 2012 als “excessieve winst” moest worden vrijgesteld, aangepast van [75-80] % in de ruling van 2012 tot [75-80] % voor dezelfde jaren als in de ruling van 2012 ⁽¹⁶⁾. De aanpassing werd gerechtvaardigd met het argument dat de verwerving en centralisatie tot nieuwe synergie-effecten heeft geleid.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (16) 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).
- (17) 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”.
- (18) 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.
- (19) 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-afrekbare 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

- (20) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽¹⁷⁾ 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:

⁽¹²⁾ Ruling van 2012, paragraaf 84.

⁽¹³⁾ Ruling van 2012, paragraaf 87.

⁽¹⁴⁾ Ruling van 2012, paragrafen 92, 93 en 94.

⁽¹⁵⁾ Avenant van 2014, paragrafen 6 tot en met 46.

⁽¹⁶⁾ Avenant van 2014, paragraaf 148.

⁽¹⁷⁾ 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

- 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.”

- (21) 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”).
- (22) 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.
- (23) 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 verrekenprijsregels ook gelden voor Belgische vaste inrichtingen van niet-ingezetenen vennootschappen.

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

- (24) 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 ⁽¹⁸⁾. 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” ⁽¹⁹⁾. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat “[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[s]luit bij de internationaal aanvaarde norm” ⁽²⁰⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽²¹⁾. 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.
- (25) 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.
- (26) 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.

⁽¹⁸⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽¹⁹⁾ Ibid., blz. 7: “Door de toevoeging van een tweede paragraaf aan artikel 185, WIB 92, wordt het zogenaamde 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.”

⁽²⁰⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²¹⁾ 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.”

2.3.1.3. *De administratieve circulaire van 4 juli 2006*

- (27) 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⁽²²⁾. 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.
- (28) 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.
- (29) 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⁽²³⁾ 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”*

- (30) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²⁴⁾ 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.
- (31) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽²⁵⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.
- (32) 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.
- (33) 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⁽²⁶⁾. 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.

⁽²²⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽²³⁾ 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)]

⁽²⁴⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁵⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van woensdag 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽²⁶⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van dinsdag 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

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

- (34) 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 ⁽²⁷⁾.
- (35) 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.”

- (36) 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.
- (37) 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 ⁽²⁸⁾. 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*

- (38) 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 (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”) ⁽²⁹⁾, beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (39) 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.
- (40) 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 ⁽³⁰⁾. 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

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ Zie voetnoot 17.

⁽²⁹⁾ 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”).

⁽³⁰⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

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 ⁽³¹⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.

- (41) 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.
- (42) 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 ⁽³²⁾. 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.
- (43) 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)]

- (44) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽³³⁾ 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 ⁽³⁴⁾. Als er van doelbewuste 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 ⁽³⁵⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (45) 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.
- (46) In artikel 9 van het OESO-modelbelastingverdrag wordt bepaald hoe en wanneer verrekenprijsaanpassingen van de belastbare grondslag in de praktijk moeten plaatsvinden:

⁽³¹⁾ 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.

⁽³²⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³³⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁴⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁵⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

- Artikel 9, lid 1, bepaalt dat een verdragsluitende Staat de belastbare grondslag van een op zijn grondgebied ingezeten 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 ⁽³⁶⁾.
- 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽³⁷⁾. Dit gebeurt door die andere overeenkomstsluitende Staat de verbintenis te doen aangaan 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, hetzij 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 ⁽³⁸⁾. 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.
- (47) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen: i) de comparable uncontrolled price methode; ii) de cost-plusmethode; iii) de resale-pricemethode; iv) de TNMM en v) de transactional profit split methode. Daarbij maken de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 onderscheid tussen 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 ⁽³⁹⁾.
- (48) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie
-
- ⁽³⁶⁾ 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)]
- ⁽³⁷⁾ 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, herzielt 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)]
- ⁽³⁸⁾ 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.
- ⁽³⁹⁾ 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)]

zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴⁰⁾.

- (49) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴¹⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” ⁽⁴²⁾ uitoefent, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (50) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴³⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (51) 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.
- (52) 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 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.
- (53) 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.

⁽⁴⁰⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴¹⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽⁴²⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴³⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

- (54) 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 probleem van “prijsccontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (55) 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?

- (56) 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⁽⁴⁴⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (57) 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 haar beurt heeft Flir Systems Trading zich op die rulings gebaseerd bij de voorbereiding van haar 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.
- (58) 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⁽⁴⁵⁾. Dankzij de rulings mocht Flir Systems Trading een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar 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 Flir Systems Trading. 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

- (59) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Flir Systems Trading deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Flir Systems Trading is verantwoordelijk voor de wereldwijde ontwikkeling en commercialisering van de oplossingen op het gebied van geografische informatiesystemen van de Groep. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Flir Systems Trading het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁴⁶⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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, 27 en 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (60) 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⁽⁴⁷⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Flir Systems Trading ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Flir Systems Trading bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in het kader van haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁴⁸⁾, 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

- (61) 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⁽⁴⁹⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (62) 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⁽⁵⁰⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵¹⁾. 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⁽⁵²⁾.
- (63) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uiteengezet in punt (9) heeft Flir Systems Trading die winst behaald door het sluiten van intragroepstransacties die geacht werden tegen marktvoorwaarden te zijn aangegaan en na het boeken van de kosten die door externe partijen of volgens marktvoorwaarden in rekening zijn gebracht. Die winst wordt vervolgens in de jaarrekening van Flir Systems Trading opgenomen en vormt de basis voor haar NPBT.
- (64) Door de omstreden maatregelen mocht Flir Systems Trading een deel van haar NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België vanaf het in 2013 eindigende boekjaar tot en met het in 2015 eindigende boekjaar. Flir Systems Trading mocht 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 Flir Systems Trading in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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, Rousse 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵²⁾ 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*

- (65) 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 Flir Systems Trading 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” ⁽⁵³⁾. 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” ⁽⁵⁴⁾.
- (66) 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.
- (67) 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 Flir Systems Trading 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 Flir Systems Trading ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (68) 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 ⁽⁵⁵⁾. 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 ⁽⁵⁶⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (69) 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 Flir Systems Trading bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Flir Systems Trading daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (70) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Flir Systems Trading 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*

- (71) 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

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ Ibid.

⁽⁵⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU: T:2017:903, punt 79.

⁽⁵⁶⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

situaties bevinden, ongelijk behandelt ⁽⁵⁷⁾). De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst ⁽⁵⁸⁾. 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.

- (72) 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) ⁽⁵⁹⁾.
- (73) Door de omstreden maatregelen mag Flir Systems Trading een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.
- (74) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (18), 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 ⁽⁶⁰⁾.
- (75) 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.

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 28 juni 2018, Dirk Andres/Commissie (“saneringsclausule”), 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.

⁽⁵⁹⁾ 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.

⁽⁶⁰⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

- (76) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶¹⁾.
- (77) Zoals volgt uit punt (20), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Flir Systems Trading) 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.
- (78) In de punten (79) tot en met (93) 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 Flir Systems Trading is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Flir Systems Trading, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (79) In de eerste plaats bevat geen van de rulings enige aanwijzing dat de "overwinst" die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Flir Systems Trading wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De rulings verlenen een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, 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.
- (80) In paragraaf 86 van de ruling van 2012 en paragraaf 143 van het avenant van 2014 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 Flir Systems Trading.
- (81) 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.
- (82) Aangezien de rulings Flir Systems Trading toestaan om een deel van haar geboekte winst 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 Flir Systems Trading om tot haar jaarlijkse belastbare winst te komen, gedaan zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat in de Belgische belastingwetgeving.

⁽⁶¹⁾ 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."

(b) *De vrijgestelde “overwinst” komt niet voort uit niet-zakelijke transacties tussen Flir Systems Trading en buitenlandse verbonden tegenpartijen*

- (83) 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 Flir Systems Trading, 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 Flir Systems Trading en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (84) Zoals in punt (9) wordt toegelicht, wordt in de rulings niet beschreven hoe intragroepstransacties tussen Flir Systems Trading en buitenlandse filialen (bv. verbonden productiebedrijven, distributeurs of andere dienstverleners) worden beprijsd, maar wordt ervan uitgegaan dat deze transacties tegen marktvoorwaarden worden gesloten. De rulings bevestigen wel dat Flir Systems Trading, als centrale onderneming in het “Principaal”-model, essentiële functies zal vervullen, eigenaar zal zijn van de betrokken immateriële activa, en de voornaamste risico's zal dragen die verbonden zijn aan het bedrijfsonderdeel waarvoor zij is opgericht. Op basis van die analyse — die niet het voorwerp van dit besluit vormt — zou de door Flir Systems Trading op haar operationele activiteiten behaalde winst de afspiegeling moeten zijn van de functies die zij uitoefent en van de risico's die zij draagt als Principaal. Die winst wordt als zakelijke winst in haar jaarrekening opgenomen.
- (85) Dit is ook logisch uit economisch oogpunt. Flir Systems Trading is in 2012 opgericht als “Principaal”. Het betreft dan ook een complexe entiteit vanwege haar niet-routinematige (d.w.z. unieke en waardevolle) bijdragen, het bezit van complexe activa (nl. immateriële activa) en het feit dat zij alle relevante ondernemingsrisico's draagt. Aangezien de rulings bevestigen dat de entiteit als “Principaal” is aangewezen en de verrekenprijzen van haar eventuele intragroepstransacties niet worden besproken en evenmin in vraag worden gesteld, is de bedrijfswinst uit die transacties haar zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in haar jaarrekening opgenomen.
- (86) Niettemin wordt in de rulings de redenering gevolgd dat vanwege het “Principaalstructuur”-model⁽⁶²⁾ dat door de Groep wordt ingevoerd, Flir Systems Trading, als “Principaal”, “excessieve boekhoudkundige winsten” zal genereren in de vorm van synergie-effecten en schaalvoordelen⁽⁶³⁾. In de rulings wordt gesteld dat deze “excessieve winsten” conform artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 van belasting kunnen worden vrijgesteld⁽⁶⁴⁾. Deze “excessieve winsten” zijn vastgesteld als het verschil tussen: i) de NPBT die Flir Systems Trading, als “Principaal”, verwacht te behalen, zoals beschreven in punt (84); en ii) de NPBT die zij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel⁽⁶⁵⁾. Om de laatstgenoemde NPBT te kunnen bepalen, passen de rulings de TNMM toe met Flir Systems Trading als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting.
- (87) 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. 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 intragroepstransacties (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

⁽⁶²⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “Principaal” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “Principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de Principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “Principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “Principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶³⁾ Ruling van 2012, paragraaf 69.

⁽⁶⁴⁾ Ruling van 2012, paragraaf 72.

⁽⁶⁵⁾ Ruling van 2012, paragraaf 71.

onderwerp van, en hun aanwezigheid is een voorwaarde voor, de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel⁽⁶⁶⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.

- (88) 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 is beprijsd⁽⁶⁷⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Flir Systems Trading te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (89) Met betrekking tot het argument van de rulings dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa⁽⁶⁸⁾. 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⁽⁶⁹⁾; 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⁽⁷⁰⁾.
- (90) Geen van deze stappen is gevolgd in de rulings. De rulings nemen eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten⁽⁷¹⁾, 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 de door Flir Systems Trading gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan haar is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest⁽⁷²⁾.
- (91) 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⁽⁷³⁾. 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. Die paragrafen bevelen zeker niet aan dat winst uit

⁽⁶⁶⁾ 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)].

⁽⁶⁷⁾ 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.

⁽⁶⁸⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁶⁹⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁰⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷¹⁾ In de rulings wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke kosten zouden worden verminderd noch welke kostenbesparingen zouden kunnen worden verwezenlijkt en evenmin hoe inkomsten zouden worden verhoogd.

⁽⁷²⁾ Met betrekking tot de klantenlijsten en andere immateriële activa die aan Flir Systems Trading zijn overgedragen, zij opgemerkt dat deze activa in de ruling van 2012 zijn gewaardeerd en als kapitaal in ruil voor aandelen in Flir Systems Trading lijken te zijn ingebracht (ruling van 2012, paragraaf 39), zodat geen afzonderlijke vergoeding verschuldigd lijkt te zijn.

⁽⁷³⁾ Ruling van 2012, paragraaf 84, en avenant van 2014, paragraaf 140.

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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die 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 ⁽⁷⁴⁾.

(92) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijken de rulings hoe dan ook erop te wijzen dat die winst aan Flir Systems Trading zou moeten worden toegerekend. Meer in het bijzonder wordt in de ruling van 2012 gesteld dat “Flir Systems Trading [...] in eigen naam [zal] optreden als Principaal voor de Thermography activiteit”, dat “bijkomend personeel [zal] worden aangeworven dat Flir Systems Trading in staat zal stellen om haar rol als Principaal optimaal te vervullen”, en dat er een onderzoek bezig is om “in de verschillende entiteiten van de Thermography afdeling [...] dubbel gebruik van functies te identificeren en [deze] te centraliseren in België” ⁽⁷⁵⁾. In de ruling van 2012 is tevens uitdrukkelijk vermeld dat “[d]e essentiële functies Onderzoek & Ontwikkeling, Verkoop & Marketing, Logistiek & Manufacturing [...] in België [zullen] worden gecentraliseerd” ⁽⁷⁶⁾. Al deze verklaringen wijzen erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van Flir Systems Trading in België en dus terecht in haar jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.

(93) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (82), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Flir Systems Trading om tot haar 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 Flir Systems Trading leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen

(94) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (65) 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 ⁽⁷⁷⁾.

(95) In punt (73) 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 (74), 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.

(96) De voorlopige conclusie van de punten (79) tot en met (93) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Flir Systems Trading, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Flir Systems Trading een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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.

⁽⁷⁴⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (89)).

⁽⁷⁵⁾ Ruling van 2012, paragraaf 40.

⁽⁷⁶⁾ Ruling van 2012, paragrafen 30 en 57.

⁽⁷⁷⁾ 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.

4.5.3.2. *Tweede subsidiaire vaststelling van selectiviteit: de vrijstelling van “overwinst” is niet beschikbaar voor alle belastingplichtige vennootschappen*

- (97) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (67) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (87) heeft betwist.
- (98) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Flir Systems Trading toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.
- (99) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading selectief bevoordelen ten opzichte van Belgische belastingplichtige vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep die geen ruling inzake “overwinst” verkrijgen of kunnen verkrijgen⁽⁷⁸⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.
- (100) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (101) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading 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 Flir Systems Trading tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (85). 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.
- (102) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Flir Systems Trading 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

⁽⁷⁸⁾ 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.

4.5.4. Objectieve rechtvaardiging

- (103) 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⁽⁷⁹⁾. 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⁽⁸⁰⁾.
- (104) 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 Flir Systems Trading, waardoor die onderneming 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.
- (105) 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⁽⁸¹⁾. 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.
- (106) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten (79) tot en met (82), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de rulings zijn gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Flir Systems Trading 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.
- (107) 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 (83) tot en met (93), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Flir Systems Trading en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (108) 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.
- (109) 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.

⁽⁷⁹⁾ 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.

⁽⁸⁰⁾ 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.

⁽⁸¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

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

- (110) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Flir Systems Trading staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (111) 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.”⁽⁸²⁾ 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⁽⁸³⁾.
- (112) In dit geval is Flir Systems Trading een onderdeel van de Flir-groep. Bovendien gaat de Commissie ervan uit dat het de Groep was die besloot om een “Principaalstructuur”-model op te zetten, met Flir Systems Trading als “Principaal”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van vennootschapsbelasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (113) 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⁽⁸⁴⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Flir-groep, naast Flir Systems Trading, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (114) 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)⁽⁸⁵⁾. 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)⁽⁸⁶⁾. 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.
- (115) 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

- (116) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU⁽⁸⁷⁾ genoemde gronden valt, 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⁽⁸⁸⁾ genoemde gronden valt. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU verenigbaar is met de interne markt⁽⁸⁹⁾.
- (117) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Flir Systems Trading en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.

⁽⁸²⁾ 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.

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ Zie, naar 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 [...]”.

⁽⁸⁵⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁸⁶⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU; Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁸⁷⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

- (118) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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 ⁽⁹⁰⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de rulings inzake “overwinst” die door België aan Flir Systems Trading Belgium BVBA zijn afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die rulings zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van Flir Systems Trading Belgium BVBA voor de jaren waarin de rulings door die onderneming werden gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Flir Systems Trading Belgium BVBA over die jaren;
- 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 die betrekking hebben op of zijn 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.

⁽⁹⁰⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53991 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von WABCO****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/28)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2012 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen WABCO Europe BVBA (im Folgenden „WABCO“) für die Steuerjahre 2012 bis 2016 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde WABCO für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme WABCO einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass die Maßnahme WABCO einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie WABCO im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von WABCO durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird WABCO gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von WABCO bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahme erstellten jährlichen Steuererklärungen von WABCO akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV zugunsten von WABCO Europe BVBA und der WABCO-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. WABCO Europe BVBA («WABCO Europe») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont revu à la hausse la base imposable de WABCO Europe.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à WABCO Europe, 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) WABCO Europe est basée à Bruxelles, en Belgique, et fait partie du groupe WABCO (le «Groupe»), fournisseur mondial de premier plan spécialisé dans les produits électroniques, mécaniques et mécatroniques destinés aux fabricants de véhicules utilitaires. Le Groupe fabrique et vend des systèmes de contrôle, comme des systèmes avancés de freinage, de stabilité, de suspension, de transmission, de compression d'air et de traitement de l'air permettant d'améliorer la sécurité, l'efficacité et la connectivité des véhicules utilitaires. Il est organisé en quatre divisions, chacune dirigée par un vice-président basé à Bruxelles. En 2011, le Groupe a réalisé un chiffre d'affaires annuel mondial de 2,7 milliards d'USD et un bénéfice d'exploitation de 370 millions d'USD et il employait presque 11 000 personnes dans 31 pays. Le Groupe exploite 18 sites de production installés dans 10 pays ⁽³⁾.
- (6) Depuis 2003, WABCO Europe joue un rôle central au sein du Groupe et est la société holding intermédiaire qui chapeaute la majorité des filiales du Groupe. Depuis le déménagement en 2007 de [...] à Bruxelles, WABCO Europe fait également office de siège mondial du Groupe. Dans la structure d'«entrepreneur central» du Groupe:
 - WABCO Europe, en Belgique, agit comme la société donneuse d'ordre chargée de toutes les prises de décision stratégiques et de tous les services à haute valeur ajoutée (c'est-à-dire en tant qu'«entrepreneur central») et elle gère, exécute et assume toutes les fonctions stratégiques, responsabilités et risques liés à la production et à la logistique, à l'approvisionnement et aux achats, aux ventes et à la distribution, à la commercialisation et à la recherche et développement;
 - des producteurs locaux affiliés sur une base de consignation («consignment manufacturers»), des distributeurs/vendeurs à risques limités et des prestataires de services de recherche et développement (R&D) sous contrat exécutent les activités de routine liées à la production, à la distribution, à l'affacturage, aux ventes et à la R&D au nom, sous la responsabilité et pour le compte de WABCO Europe, contre une rémunération de pleine concurrence.

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie au considérant (7).

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par WABCO Europe sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à WABCO Europe.
- Le 20 novembre 2012, WABCO Europe a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que WABCO Europe pouvait exonérer [40-60] % du bénéfice annuel net avant impôts («NPBT») tiré de ses activités autres que de holding 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»).

2.2.1. L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée

- (8) La décision anticipée décrit le projet du Groupe de réaliser de nouvelles acquisitions et de mettre en œuvre de nouvelles initiatives et de nouveaux programmes afin d'améliorer son efficacité sur le plan des coûts et de l'exploitation, d'améliorer la qualité des produits et la gestion de produits et de créer de nouvelles synergies, ce qui devrait conduire à une hausse substantielle des bénéfices. Parmi les exemples de nouvelles initiatives figurent la réorganisation de la structure des divisions, de l'entreprise et de la gestion des lignes de produits, l'étoffement du portefeuille de produits et l'expansion de l'empreinte géographique, la création de nouveaux groupes de fonctions et le déploiement d'un programme de réduction des coûts ⁽⁵⁾. La décision anticipée indique que la restructuration suppose le recrutement d'environ [10-20] personnes supplémentaires ⁽⁶⁾.

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) La décision anticipée décrit la fixation des prix des transactions intragroupe entre WABCO Europe et les entités locales liées agissant comme producteurs sur une base de consignation, les distributeurs/vendeurs à risques limités et les prestataires de services de R&D sous contrat du Groupe dans le cadre de la structure d'«entrepreneur central» ⁽⁷⁾. Plus précisément, la décision anticipée mentionne:
- le fait que, dans la structure d'«entrepreneur central», WABCO Europe est responsable des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les entités liées locales agissant comme producteurs sur une base de consignation, les distributeurs/vendeurs à risques limités et les prestataires de services de R&D sous contrat n'exécutent que des fonctions de routine et d'appui;
- la rémunération des transactions de WABCO Europe avec les entités locales liées agissant comme producteurs sur une base de consignation, les distributeurs/vendeurs à risques limités et les prestataires de services de R&D sous contrat, qui semble être basée sur la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN»), aux fins de laquelle ces sociétés liées sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe;
- les résultats de cette MTMN, qui sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant que cette rémunération est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si: i) les entités locales liées agissant comme producteurs sur une base de consignation réalisent une marge nette sur coûts de [3,5-4] % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal [3,5-4] % de la somme du coût des marchandises vendues et des dépenses d'exploitation), ii) les prestataires de services de R&D sous contrat réalisent une marge nette sur coûts de [6,5-7] % et iii) les distributeurs/vendeurs à risques limités réalisent une marge d'exploitation de [1,5-2] % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal à [1,5-2] % des ventes/recettes) ⁽⁸⁾.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en œuvre au niveau mondial par le Groupe des initiatives et programmes visant l'amélioration du rapport coût/efficacité et la centralisation des bénéfices entraînera de nouvelles synergies qui, par la suite, conduiront à une hausse substantielle des bénéfices de WABCO Europe en tant qu'«entrepreneur central» sous la forme de «bénéfices excédentaires» ⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2012.379 du 20 novembre 2012, adressée à [nom du conseil fiscal] au nom de WABCO Europe.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 40 à 55.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, point 118. La décision anticipée indique toutefois aussi, en ses points 109 à 112, que le groupe délocaliserait probablement sa fonction d'entrepreneur central, [...] vers [...] si les autorités fiscales belges n'accordaient pas une exonération des «bénéfices excédentaires» à WABCO Europe, auquel cas celle-ci deviendrait un prestataire de services de routine.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, point 75.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, points 75.1, 75.2 et 75.3. La décision anticipée ne valide pas le caractère de pleine concurrence des rémunérations (décision anticipée, point 135), mais n'indique pas non plus que les prix de transfert effectivement appliqués pour ces transactions intragroupe ne seraient pas conformes au principe de pleine concurrence.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, point 82.

- (11) La décision anticipée affirme ensuite que les «bénéfices excédentaires» susmentionnés peuvent être considérés comme une redevance notionnelle, due par l'entrepreneur central pour la licence notionnelle que lui accorde le Groupe pour l'utilisation des «actifs incorporels d'une organisation industrielle»⁽¹⁰⁾, qui peut être établie comme la différence entre⁽¹¹⁾:
- (i) a) le bénéfice que WABCO Europe va réellement générer et enregistrer dans ses comptes annuels moins b) les «bénéfices excédentaires» relatifs aux «actifs incorporels d'une organisation industrielle» existants et aux «synergies anciennes» (c'est-à-dire le NPBT découlant des changements organisationnels et des initiatives mises en œuvre avant 2011); et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «pur» pour tenir compte de l'ensemble des fonctions d'«entrepreneur central» de WABCO Europe.

Le montant visé au point i) a) représente le bénéfice d'exploitation annuel moyen escompté de WABCO Europe sur la période 2012-2021 (239,3 millions d'EUR), c'est-à-dire les recettes des ventes totales escomptées (les recettes tirées des ventes de pleine concurrence aux distributeurs/vendeurs à risques limités), desquelles sont déduits le coût des marchandises vendues y compris la rémunération de pleine concurrence pour les entités locales liées agissant comme producteurs sur une base de consignation, les coûts des prestataires de services de R&D sous contrat et les dépenses d'exploitation propres de WABCO Europe⁽¹²⁾. Le montant visé au point i) b) est déterminé en extrapolant le NPBT moyen généré par WABCO Europe entre 2008 et 2011 sur la période 2012-2021, en tant compte d'un taux de croissance du secteur de 1,9 %, ce qui aboutit à un NPBT annuel moyen de [90-100] millions d'EUR lié aux synergies anciennes⁽¹³⁾. Enfin, le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une analyse supplémentaire des prix de transfert en utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant WABCO Europe comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge d'exploitation de [1,5-2 %] % (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à [1,5-2 %] % des ventes/recettes)⁽¹⁴⁾.

- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe pour les années 2012 à 2021, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels que WABCO Europe peut exonérer à [40-60] % de son NPBT annuel réalisé sur ses activités autres que de holding pendant ces années.
- (13) La décision anticipée justifie 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⁽¹⁵⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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⁽¹⁶⁾.
- (14) La décision anticipée déclare que WABCO Europe est autorisée à exonérer un montant équivalant à [40-60] % de son NPBT annuel réalisé sur ses activités autres que de holding de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans, avec la possibilité d'une nouvelle prolongation de cinq ans⁽¹⁷⁾. Il est prévu que ce pourcentage soit revu et ajusté si nécessaire après trois ans⁽¹⁸⁾.

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

- (15) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, points 60 et 63.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, point 65.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, points 78 et 79. La décision anticipée ne décrit pas comment elle est parvenue au NPBT total de 239,3 millions d'EUR, mais la Commission suppose que celui-ci résulte d'une déduction des coûts conformément au point i).

⁽¹³⁾ Décision anticipée, points 66 à 69.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, points 70 à 78. Le bénéfice de routine de WABCO Europe a été établi dans le cadre de la MTMN en comparant la rentabilité de WABCO Europe avec celle d'autres groupes consolidés opérant dans des secteurs comparables et exerçant/assumant les mêmes fonctions et les mêmes risques que WABCO Europe. Après avoir procédé à certains ajustements, comme la déduction des rémunérations versées aux entités locales liées agissant comme producteurs sur une base de consignation, aux distributeurs/vendeurs à risques limités et aux prestataires de services de R&D sous contrat, le bénéfice de routine de WABCO Europe de pleine concurrence est évalué à une marge d'exploitation de [1,5-2 %] %.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, point 122.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, points 123 à 125.

⁽¹⁷⁾ Décision anticipée, point 132.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, point 131.

- (16) 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 bénéfices. 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».
- (17) 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^{er}, 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.
- (18) 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

- (19) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽¹⁹⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (20) 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»).
- (21) 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.
- (22) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2^o, 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.

⁽¹⁹⁾ 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. 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

- (23) 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⁽²⁰⁾. 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»⁽²¹⁾. 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»⁽²²⁾. 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⁽²³⁾. 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.
- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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⁽²⁴⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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)⁽²⁵⁾ 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»

- (29) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005⁽²⁶⁾, 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.

⁽²⁰⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>.

⁽²¹⁾ 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.»

⁽²²⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²³⁾ 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.»

⁽²⁴⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽²⁵⁾ 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.»

⁽²⁶⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

- (30) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale⁽²⁷⁾ 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.
- (31) 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.
- (32) 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⁽²⁸⁾. 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

- (33) 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⁽²⁹⁾.
- (34) 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.»

- (35) 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.
- (36) 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⁽³⁰⁾. 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.

⁽²⁷⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽²⁸⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁹⁾ 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.

⁽³⁰⁾ Voir la note de bas de page n° 19.

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

- (37) 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») ⁽³¹⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (38) 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.
- (39) 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 ⁽³²⁾. 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 ⁽³³⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (40) 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.
- (41) 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 ⁽³⁴⁾. 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.
- (42) 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.»

⁽³¹⁾ 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»).

⁽³²⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³³⁾ 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.

⁽³⁴⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (43) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 ⁽³⁵⁾ 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 ⁽³⁶⁾. 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 ⁽³⁷⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (44) 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.
- (45) 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 résident 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 ⁽³⁸⁾.
 - 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 ⁽³⁹⁾. 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 ⁽⁴⁰⁾. 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.
- (46) 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 ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁵⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁶⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁸⁾ 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».

⁽³⁹⁾ 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.»

⁽⁴⁰⁾ 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.

⁽⁴¹⁾ 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.»

- (47) 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 ⁽⁴²⁾.
- (48) 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 ⁽⁴³⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴⁴⁾, 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.
- (49) 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) ⁽⁴⁵⁾. 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

- (50) 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.
- (51) 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.
- (52) 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.

⁽⁴²⁾ 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.

⁽⁴³⁾ 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.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (53) 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.
- (54) 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

- (55) 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 ⁽⁴⁶⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (56) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. WABCO Europe, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses déclarations annuelles d'impôt sur les sociétés et, sur la base de ces déclarations, pour déterminer le montant de l'impôt sur les sociétés dû ou les pertes à reporter, 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.
- (57) 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 ⁽⁴⁷⁾. La décision anticipée a permis à WABCO Europe d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses déclarations annuelles pour l'impôt sur les sociétés. En acceptant ces déclarations et le montant de l'impôt sur les sociétés payé ou les pertes reportées sur la base de ces déclarations, l'État belge a renoncé à des recettes fiscales (éventuellement futures) qu'il aurait dans le cas contraire été en droit de percevoir auprès de WABCO Europe 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

- (58) 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, WABCO Europe fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. WABCO Europe est chargée de la prise de décision stratégique et de services à haute valeur ajoutée liés à la production et aux ventes de systèmes de contrôle destinés aux fabricants de véhicules utilitaires. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de WABCO Europe est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁴⁸⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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

- (59) 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 ⁽⁴⁹⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent WABCO Europe de l'impôt sur les sociétés présent ou futur qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère WABCO Europe d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence ⁽⁵⁰⁾; 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

- (60) 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 ⁽⁵¹⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à WABCO Europe parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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

- (61) 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 ⁽⁵²⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même ⁽⁵³⁾. 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 ⁽⁵⁴⁾.
- (62) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à WABCO Europe en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), les prix des transactions intragroupe conclues entre WABCO Europe et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe semblent avoir été fixés sur la base de la MTMN. L'application de cette méthode de fixation des prix de transfert à ces transactions a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions de routine conformément à leur profil de fonction et de risque, tandis que le bénéfice résiduel généré par ces transactions est attribué à WABCO Europe. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels de WABCO Europe et fournit la base de son NPBT.
- (63) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016, WABCO Europe a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». WABCO Europe n'a été autorisée 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 de WABCO Europe, 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 WABCO Europe, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, sous la forme d'une réduction de sa base imposable.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵³⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵⁴⁾ 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.

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

- (64) 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 WABCO Europe 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁵⁵⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁵⁶⁾.
- (65) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (66) 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^{er}, 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 WABCO Europe un avantage sous forme de réduction de sa 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 de WABCO Europe par rapport à des entreprises comparables*

- (67) 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⁽⁵⁷⁾. 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⁽⁵⁸⁾. 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 de WABCO Europe par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (68) 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 de WABCO Europe par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (69) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de WABCO Europe 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*

- (70) 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

⁽⁵⁵⁾ Affaire C-15/14 P, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60. Voir également les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 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.

⁽⁵⁶⁾ Ibidem.

⁽⁵⁷⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁵⁸⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

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 ⁽⁵⁹⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée ⁽⁶⁰⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.

- (71) 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) ⁽⁶¹⁾.
- (72) Les mesures contestées permettent à WABCO Europe d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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'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.
- (73) 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 (17), 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»* ⁽⁶²⁾.
- (74) Les mesures contestées et la réduction de la base imposable 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).
- (75) 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

⁽⁵⁹⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ Voir l'affaire C-374/17, A Braueri, 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.

⁽⁶²⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

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 ⁽⁶³⁾.

- (76) Ainsi qu'il ressort du considérant (19), 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 WABCO Europe) 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.
- (77) Aux considérants (78) à (93), 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 WABCO Europe 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 de WABCO Europe, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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*
- (78) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par WABCO Europe ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (79) A l'inverse, le point 125 de la décision anticipée s'appuie 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 WABCO Europe.
- (80) 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.
- (81) Étant donné que la décision anticipée autorise WABCO Europe à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de WABCO Europe pour parvenir à son 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 WABCO Europe et des contreparties associées étrangères*
- (82) 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 de WABCO Europe, 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 WABCO Europe et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.

⁽⁶³⁾ 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. [...] A 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.»

- (83) Comme expliqué au considérant (9), les prix des transactions intragroupe conclues par WABCO Europe avec les sociétés liées locales semblent avoir été fixés en se fondant sur la MTMN, les sociétés liées locales du Groupe étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions. Ces analyses de prix de transfert — qui ne relèvent pas de l'objet de la présente décision — permettent de déterminer une rémunération «de routine» de pleine concurrence pour ces sociétés liées ⁽⁶⁴⁾. La conséquence logique de l'application de la MTMN aux sociétés liées locales dans ces analyses est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces sociétés ont obtenu une rémunération de pleine concurrence, revient à WABCO Europe et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (84) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN semble avoir été choisie pour fixer le prix des transactions intragroupe de WABCO Europe et que la décision anticipée ne semble pas rejeter cette méthode et accepte la désignation de cette entité comme «entrepreneur central», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.
- (85) Néanmoins, la décision anticipée affirme que le projet du Groupe de mettre en œuvre de nouvelles initiatives et de nouveaux programmes et d'acquérir et d'intégrer de nouvelles activités entraînera de nouvelles synergies qui, par la suite, conduiront à une hausse substantielle des bénéfices de WABCO Europe ⁽⁶⁵⁾ en tant qu'«entrepreneur central» ⁽⁶⁶⁾. Elle soutient également que *«[c]ontrairement à l'article 9, paragraphe 2, du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'article 185, paragraphe 2, point b)[, du CIR] fournit une base juridique permettant de s'écarter des bénéfices comptables et de réduire les bénéfices imposables en dehors de la comptabilité sans qu'une double imposition (effective ou potentielle) soit nécessaire. Il suffit de démontrer que les bénéfices générés par l'entité belge d'un Groupe sont excessifs (qu'ils ne sont pas des bénéfices de pleine concurrence)»* ⁽⁶⁷⁾. Selon la décision anticipée, cet ajustement doit être déterminé comme la différence entre: i) le NPBT que WABCO Europe devrait générer en tant qu'«entrepreneur central» suivant l'approche décrite au considérant (83), minoré des bénéfices excédentaires liés aux «actifs incorporels d'une organisation industrielle» existants et aux «synergies anciennes»; et ii) le NPBT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient ⁽⁶⁸⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN avec WABCO Europe comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est la différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (86) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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

⁽⁶⁴⁾ Bien que la décision anticipée ne décrive pas la méthode exacte utilisée pour déterminer (décision anticipée, points 75.1, 75.2 et 75.3) ou valider le caractère de pleine concurrence des rémunérations (décision anticipée, point 135), elle n'indique pas non plus que les transactions intragroupe conclues par WABCO Europe n'ont pas été rémunérées à des conditions de pleine concurrence et elle valide les faits sur la base desquels ces prix de transfert ont été établis.

⁽⁶⁵⁾ Décision anticipée, point 82.

⁽⁶⁶⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur central». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶⁷⁾ Décision anticipée, point 57.1.

⁽⁶⁸⁾ Décision anticipée, point 65.3.

une condition d'une telle application ⁽⁶⁹⁾. 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.

- (87) 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 ⁽⁷⁰⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de WABCO Europe, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (88) La décision anticipée soutient également que les «bénéfices excédentaires» exonérés peuvent être considérés comme une redevance notionnelle acquittée par l'entrepreneur central pour la mise à disposition d'un «actif incorporel d'une organisation industrielle» ⁽⁷¹⁾. La décision anticipée ne définit toutefois pas le contenu ni la forme de cet actif incorporel allégué ⁽⁷²⁾. La manière appropriée de traiter les bénéfices 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 impliquant ces actifs incorporels ⁽⁷³⁾, et iii) à ajuster les prix de ces transactions contrôlées de telle sorte que leurs conditions correspondent à celles de transactions de pleine concurrence ⁽⁷⁴⁾. Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Cette dernière n'identifie aucun actif incorporel concret transféré ou mis à disposition par une société associée du Groupe à WABCO Europe, et encore moins les transactions ou modalités concernant de tels actifs incorporels, ni n'indique de quelle manière ces transactions ou modalités devraient être rémunérées pour être conformes au principe de pleine concurrence. Au contraire, elle fait valoir que, dans le concept de «redevance notionnelle», aucune transaction réelle ne peut être identifiée ⁽⁷⁵⁾.
- (89) En ce qui concerne l'affirmation figurant dans la décision anticipée 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 (d'une organisation industrielle) ⁽⁷⁶⁾. 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 ⁽⁷⁷⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁶⁹⁾ 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. [...]».

⁽⁷⁰⁾ 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.

⁽⁷¹⁾ Décision anticipée, points 60 et 63.

⁽⁷²⁾ La Commission note que, sans lien avec l'«actif incorporel d'une organisation industrielle», les synergies alléguées renvoient en partie à des éléments qui peuvent, dans certaines circonstances, être considérés comme des actifs incorporels (comme le savoir-faire). En tout état de cause, la décision anticipée n'analyse pas ces actifs incorporels possibles plus avant, pas plus qu'elle ne le fait pour l'actif incorporel d'une organisation industrielle» allégué.

⁽⁷³⁾ 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.

⁽⁷⁴⁾ 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».

⁽⁷⁵⁾ Décision anticipée, point 60.

⁽⁷⁶⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁷⁷⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁸⁾ 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.

- (90) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de l'augmentation de la rentabilité et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par WABCO Europe, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (91) Enfin, la Commission fait observer que le paragraphe 1.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995 ne peut être invoqué pour justifier une exonération des «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée ⁽⁷⁹⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés ⁽⁸⁰⁾.
- (92) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à WABCO Europe. Plus précisément, la décision anticipée indique que WABCO Europe «en tant que siège et donneur d'ordre du Groupe, [...] conduira ces changements profonds dans l'ensemble de l'entreprise et bénéficiera de manière substantielle des synergies nouvellement créées» ⁽⁸¹⁾. Cela indique que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions de WABCO Europe en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (93) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (81), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de WABCO Europe pour parvenir à son 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 de WABCO Europe entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (94) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (64) 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 ⁽⁸²⁾.
- (95) Au considérant (72), 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 (73), 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.
- (96) Aux considérants (78) à (93), 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 de WABCO Europe, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 WABCO Europe une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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.

⁽⁷⁹⁾ Décision anticipée, point 122.

⁽⁸⁰⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (89)].

⁽⁸¹⁾ Décision anticipée, point 47.

⁽⁸²⁾ 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.

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*

- (97) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (66) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent WABCO Europe 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (86).
- (98) En effet, en permettant à WABCO Europe d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (99) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent WABCO Europe 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»⁽⁸³⁾. 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.
- (100) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent WABCO Europe 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.
- (101) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent WABCO Europe 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 de WABCO Europe à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (83). 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.
- (102) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent WABCO Europe 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (103) 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

⁽⁸³⁾ 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. C'est ce qui est confirmé au point 66 de la décision anticipée, qui explique que «[...] les bénéfices futurs de WABCO Europe peuvent être considérés comme générés sur la base de synergies "anciennes", telles que celles qui existaient avant 2012, qu'il y a lieu de distinguer des synergies "nouvelles" qui, à partir de 2012, aboutiront à des bénéfices excédentaires "nouveau" et qui peuvent bénéficier d'une exonération sur le fondement de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR.» Voir également le point 79 de la décision anticipée: «Le montant de bénéfices d'exploitation restant, après déduction des bénéfices découlant des synergies "anciennes" et des bénéfices de routine, représente les bénéfices tirés des synergies, des économies d'échelle et d'autres "actifs incorporels d'une organisation industrielle" qui devraient être exonérés de l'impôt en Belgique sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR.»

nécessaires à la réalisation de ces objectifs⁽⁸⁴⁾. 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⁽⁸⁵⁾.

- (104) 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 de WABCO Europe, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (105) 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⁽⁸⁶⁾. 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.
- (106) Premièrement, comme expliqué aux considérants (78) à (81), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de WABCO Europe 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (107) 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 (82) à (93), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre WABCO Europe et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (108) 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.
- (109) 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

- (110) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à WABCO Europe sous la forme d'une exonération fiscale.

⁽⁸⁴⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁵⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁸⁶⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (111) 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»⁽⁸⁷⁾. 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⁽⁸⁸⁾.
- (112) En l'espèce, WABCO Europe fait partie du Groupe. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de réaliser de nouvelles acquisitions et de mettre en œuvre de nouvelles initiatives et de nouveaux programmes afin d'améliorer son efficience sur le plan des coûts et de l'exploitation, en conséquence de quoi WABCO Europe, en tant qu'«entrepreneur central», a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (113) 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⁽⁸⁹⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe, en plus de WABCO Europe, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (114) 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)⁽⁹⁰⁾. 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)⁽⁹¹⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (115) 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

- (116) 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⁽⁹²⁾, 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⁽⁹³⁾. 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⁽⁹⁴⁾.
- (117) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à WABCO Europe 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

⁽⁸⁹⁾ 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 [...]».

⁽⁹⁰⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹¹⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

- (118) La Commission note en particulier que, puisque le traitement fiscal accordé au moyen des mesures contestées semble entraîner une réduction des charges actuelles ou futures normalement supportées par l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽⁹⁵⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à WABCO Europe BVBA par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de WABCO Europe BVBA relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de WABCO Europe BVBA pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

⁽⁹⁵⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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")⁽¹⁾. 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. WABCO Europe BVBA ("WABCO Europe") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigen in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten de belastbare grondslag van WABCO Europe opwaarts herzien.
- (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")⁽²⁾.
- (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 ruling die aan WABCO Europe is 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. Begunstigen van de omstreden maatregelen

- (5) WABCO Europe is gevestigd in Brussel, België, en maakt deel uit van de WABCO-groep ("de Groep"), een leidinggevende mondiale leverancier van elektronische, mechanische en mechatronische producten voor producenten van bedrijfsvoertuigen. De Groep vervaardigt en verkoopt controlesystemen, waaronder geavanceerde rem-, stabiliteits-, ophangings-, transmissiecontrole-, luchtcompressie- en luchtverwerkingssystemen, die de veiligheid, efficiëntie en connectiviteit van bedrijfsvoertuigen verbeteren. De Groep is georganiseerd in vier business units die elk door een vicepresident worden geleid. Alle vicepresidenten hebben Brussel als vestigingsplaats. In 2011 realiseerde de Groep een wereldwijde jaaromzet van 2,7 miljard USD en een operationele winst van 370 miljoen USD. In dat jaar had de Groep bijna 11.000 werknemers in dienst in 31 landen. De Groep heeft 18 productielocaties in 10 verschillende landen⁽³⁾.
- (6) Sinds 2003 vervult WABCO Europe een centrale rol in de Groep en is zij de intermediaire holdingvennootschap voor een meerderheid van de dochtervennootschappen van de Groep. Na de verplaatsing van [...] naar Brussel in 2007 fungeert WABCO Europe ook als het wereldwijde hoofdkantoor van de Groep. In het "central entrepreneur"-model van de Groep:
 - treedt WABCO Europe in België op als de principaalvennootschap verantwoordelijk voor alle strategische beslissingen en diensten met een hoge toegevoegde waarde (d.w.z. de "central entrepreneur"), waarbij zij alle strategische functies en verantwoordelijkheden in verband met manufacturing & logistics, sourcing & purchasing, sales & distribution, marketing en R&D beheert, uitvoert en op zich neemt, en tevens alle desbetreffende risico's beheert, bewaakt en draagt;
 - verrichten lokale gelieerde consignment manufacturers, distributeurs met een beperkt risico/verkoopentiteiten en leveranciers van diensten op het gebied van contractonderzoek en -ontwikkeling (O&O) routinematige productie-, distributie-, factoring-, verkoop- en O&O-activiteiten namens en voor rekening en risico van WABCO Europe tegen een zakelijke vergoeding.

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals gedefinieerd in punt (7).

2.2. De omstreden maatregelen

- (7) De “omstreden maatregelen” in dit besluit bestaan uit de hieronder genoemde ruling en de aanvaarding door de Belgische belastingautoriteiten van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van WABCO Europe die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan WABCO Europe een vrijstelling van “overwinst” hebben toegekend.
- Op 20 november 2012 heeft WABCO Europe een ruling inzake “overwinst” verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 bestrijkt (“de ruling”) ⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen (“de Rulingcommissie”) beslist dat WABCO Europe [40-60] % van haar jaarlijkse nettowinst vóór belastingen (Net Profit Before Taxes, afgekort NPBT) op haar niet-holdingactiviteiten op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (“WIB 92”) in België van vennootschapsbelasting kan vrijstellen als “overwinst” (ook “excess profit” genoemd).

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) In de ruling wordt het plan van de Groep beschreven om tot nieuwe acquisities over te gaan en nieuwe initiatieven en programma's te implementeren teneinde de operationele en kostenefficiëntie te verhogen, de productkwaliteit en het productmanagement te verbeteren en nieuwe synergieën te realiseren, wat naar verwachting in een aanzienlijke winstgroei zal resulteren. Voorbeelden van de nieuwe initiatieven zijn de reorganisatie van business-unit-, business-enterprise- en productlijnmanagementstructuren, de uitbreiding van de productportfolio, de vergroting van de geografische voetafdruk, de creatie van nieuwe functiegroepen en de uitrol van een kostenbesparingsprogramma ⁽⁵⁾. Volgens de ruling leidt de herstructurering tot een uitbreiding van het personeelsbestand met circa [10-20] medewerkers ⁽⁶⁾.

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

- (9) De ruling beschrijft de beprijzing van intragroepstransacties tussen WABCO Europe en de lokale consignment manufacturers, distributeurs met een beperkt risico/verkoopentiteiten en leveranciers van diensten op het gebied van contractonderzoek en -ontwikkeling van de Groep binnen het “central entrepreneur”-model ⁽⁷⁾. De ruling beschrijft met name het volgende:
- het feit dat WABCO Europe in het “central entrepreneur”-model verantwoordelijk is voor de belangrijkste functies en de meeste risico's draagt, terwijl de lokale gelieerde consignment manufacturers, distributeurs met een beperkt risico/verkoopentiteiten en leveranciers van diensten op het gebied van contractonderzoek en -ontwikkeling routine- en ondersteunende functies uitoefenen;
- de vergoeding van de transacties van WABCO Europe met de lokale gelieerde consignment manufacturers, distributeurs met een beperkt risico/verkoopentiteiten en leveranciers van diensten op het gebied van contractonderzoek en -ontwikkeling, die lijkt te zijn gebaseerd op de Transactional Net Margin Method (“TNMM”), waarbij deze gelieerde entiteiten voor de toepassing van de TNMM worden beschouwd als de “geteste partij”, d.w.z. de minst complexe partij;
- de resultaten van de TNMM, die zijn gebaseerd op verrekenprijsstudies die aangeven dat die vergoeding zakelijk wordt geacht indien: i) de lokale gelieerde consignment manufacturers een netto cost-plusmarge van [3,5-4] % realiseren (d.w.z. hun operationele winst is gelijk aan [3,5-4] % van de som van de kosten van de verkochte goederen en de operationele uitgaven), ii) de leveranciers van diensten op het gebied van contractonderzoek en -ontwikkeling een netto cost-plusmarge van [6,5-7] % realiseren, en iii) de distributeurs met een beperkt risico/verkoopentiteiten een operationele marge van [1,5-2] % realiseren (d.w.z. hun operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [1,5-2] % van de omzet/inkomsten) ⁽⁸⁾.
- (10) De ruling voert aan dat de wereldwijde implementatie door de Groep van de initiatieven en programma's die op kostenefficiëntie en winstcentralisatie zijn gericht, zullen bijdragen tot de creatie van nieuwe synergieën, welke op hun beurt zullen leiden tot een substantiële winsttoename op het niveau van WABCO Europe als “central entrepreneur” in de vorm van “excess profit” ⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2012.379 van 20 november 2012, gericht aan [naam van de belastingadviseur] namens WABCO Europe.

⁽⁵⁾ Ruling, paragrafen 40 tot en met 55.

⁽⁶⁾ Ruling, paragraaf 118. In de paragrafen 109 tot en met 112 van de ruling wordt echter ook aangegeven dat de Groep de “central entrepreneur”-functie, [...] waarschijnlijk naar [...] zou overbrengen mocht de Belgische fiscus geen ruling inzake “overwinst” afgeven aan WABCO Europe, dat dan een leverancier van routinematige diensten zou worden.

⁽⁷⁾ Ruling, paragraaf 75.

⁽⁸⁾ Ruling, paragrafen 75.1, 75.2 en 75.3. De ruling valideert het zakelijke karakter van de vergoedingen niet (ruling, paragraaf 135), maar geeft evenmin aan dat de verrekenprijzen die daadwerkelijk bij deze intragroepstransacties zijn gehanteerd, niet aan zakelijke voorwaarden voldoen.

⁽⁹⁾ Ruling, paragraaf 82.

(11) De ruling stelt vervolgens dat de bovengenoemde “excess profit” kan worden gelijkgesteld met een notionele royalty, die door de “central entrepreneur” verschuldigd is voor de notionele licentie die hem door de Groep is verstrekt voor het gebruik van de “industrial organization intangibles” ⁽¹⁰⁾, en die kan worden vastgesteld als het verschil tussen ⁽¹¹⁾:

(i) a) de winst die WABCO Europe daadwerkelijk zal realiseren en in haar jaarrekening zal opnemen minus b) de “overwinst” die verband houdt met bestaande “industrial organization intangibles” en “oude synergieën” (d.w.z. de NPBT die het gevolg is van organisatorische veranderingen en initiatieven die van vóór 2011 dateren); en

(ii) een zogenaamde “zuivere” zakelijke winst voor de totale “central entrepreneur”-functies van WABCO Europe.

Het onder i), a), bedoelde bedrag vertegenwoordigt de voorspelde gemiddelde jaarlijkse operationele winst van WABCO Europe over de periode 2012-2021 van 239,3 miljoen EUR, nl. de voorspelde totale inkomsten uit verkoop (d.w.z. de inkomsten uit de zakelijke verkopen aan distributeurs met een beperkt risico/verkoopentiteiten), waarop de kosten van de verkochte goederen (Cost of Goods Sold, afgekort COGS), met inbegrip van zowel de zakelijke vergoeding van de lokale gelieerde consignment manufacturers, de kosten van leveranciers van diensten op het gebied van contractonderzoek en -ontwikkeling als de eigen operationele uitgaven van WABCO Europe in mindering zijn gebracht ⁽¹²⁾. Het onder i), b), bedoelde bedrag wordt bepaald door de tussen 2008 en 2011 door WABCO Europe behaalde gemiddelde NPBT te extrapoleren over de periode 2012-2021, rekening houdend met een groeipercentage van de sector van 1,9 %. Dit resulteert in een met de oude synergieën verband houdende gemiddelde jaarlijkse NPBT van [90-100] miljoen EUR ⁽¹³⁾. Tot slot wordt het onder ii) bedoelde bedrag bepaald op grond van een andere verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, maar deze keer met WABCO Europe als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan haar vermeende “aangepaste” zakelijke winst wordt gebenchmarkt op een operationele marge van [1,5-2] % (d.w.z. haar operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [1,5-2] % van de omzet/inkomsten) ⁽¹⁴⁾.

(12) Op basis van de gebudgetteerde cijfers voor de Groep over de jaren 2012 tot en met 2021 wordt in de ruling bepaald dat de jaarlijkse “excess profit” die WABCO Europe van belasting mag vrijstellen, [40-60] % bedraagt van haar jaarlijkse NPBT op haar niet-holdingactiviteiten in die jaren.

(13) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van “overwinst” door te verwijzen naar paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 ⁽¹⁵⁾. Zij verwijst vervolgens naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 winst moet worden opgenomen ⁽¹⁶⁾.

(14) De ruling verklaart dat WABCO Europe een bedrag gelijk aan [40-60] % van haar jaarlijkse NPBT op haar niet-holdingactiviteiten voor een periode van vijf jaar in België van vennootschapsbelasting mag vrijstellen, met de mogelijkheid van verlenging voor een additionele periode van vijf jaar ⁽¹⁷⁾. Na een periode van drie jaar zal het voormelde percentage worden geëvalueerd en indien nodig worden aangepast ⁽¹⁸⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

(15) 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).

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragrafen 60 en 63.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragraaf 65.

⁽¹²⁾ Ruling, paragrafen 78 en 79. In de ruling wordt niet beschreven hoe de totale NPBT van 239,3 miljoen EUR is verkregen, maar de Commissie neemt aan dat dit het bedrag is na aftrek van de onder i) bedoelde kosten.

⁽¹³⁾ Ruling, paragrafen 66 tot en met 69.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragrafen 70 tot en met 78. In het kader van de TNMM werd de routinewinst van WABCO Europe gebenchmarkt door de winstgevendheid van WABCO Europe te vergelijken met die van andere geconsolideerde groepen die in vergelijkbare sectoren opereren en die dezelfde functies en risico's hebben/dragen als WABCO Europe. Na bepaalde aanpassingen, zoals het aftrekken van de vergoedingen betaald aan de lokale gelieerde consignment manufacturers, distributeurs met een beperkt risico/verkoopentiteiten en leveranciers van diensten op het gebied van contractonderzoek en -ontwikkeling, werd de zakelijke routinewinst van WABCO Europe gebenchmarkt op een operationele marge van [1,5-2] %.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragraaf 122.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragrafen 123, 124 en 125.

⁽¹⁷⁾ Ruling, paragraaf 132.

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragraaf 131.

- (16) 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”.
- (17) 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.
- (18) 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

- (19) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽¹⁹⁾ 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.”

- (20) 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”).
- (21) 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.

⁽¹⁹⁾ 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

- (22) 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 verrekenprijswetgeving ook gelden voor Belgische vaste inrichtingen van niet-ingezeten vennootschappen.

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

- (23) 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 ⁽²⁰⁾. 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” ⁽²¹⁾. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat “[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[s]luit bij de internationaal aanvaarde norm” ⁽²²⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽²³⁾. 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.
- (24) 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.
- (25) 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*

- (26) 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 ⁽²⁴⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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 ⁽²⁵⁾ zal plaatsvinden in gevallen waarin de primaire (opwaartse) aanpassing in een andere belastingjurisdictie bovenmatig is.

⁽²⁰⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²¹⁾ 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.”

⁽²²⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²³⁾ 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.”

⁽²⁴⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽²⁵⁾ 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)]

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”

- (29) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005 ⁽²⁶⁾ 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.
- (30) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking ⁽²⁷⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.
- (31) 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.
- (32) 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 ⁽²⁸⁾. 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

- (33) 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 ⁽²⁹⁾.
- (34) 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.”

- (35) 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.

⁽²⁶⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁷⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽²⁸⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van dinsdag 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁹⁾ 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.

- (36) 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⁽³⁰⁾. 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

- (37) 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 ("de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen")⁽³¹⁾, beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (38) 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.
- (39) 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⁽³²⁾. 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⁽³³⁾. Dit wordt het "zakelijkheidsbeginsel" genoemd.
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁴⁾. 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.
- (42) 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:

⁽³⁰⁾ Zie voetnoot 19.

⁽³¹⁾ 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").

⁽³²⁾ Zie paragraaf 6 van de "preface" (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³³⁾ 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.

⁽³⁴⁾ Zie paragraaf 5 van de "preface" (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

“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)]

- (43) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽³⁵⁾ 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 ⁽³⁶⁾. Als er van doelbewuste 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 ⁽³⁷⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (44) 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.
- (45) 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 ingezeten 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 ⁽³⁸⁾.
 - 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽³⁹⁾. 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

⁽³⁵⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁶⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁸⁾ 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)]

⁽³⁹⁾ 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, herzielt 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)]

gerechtvaardigd is, wat betreft het principe of het bedrag, kan die Staat en zal hij doorgaans afzien van een neerwaartse aanpassing ⁽⁴⁰⁾. 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.

- (46) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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 ⁽⁴¹⁾.
- (47) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴²⁾.
- (48) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴³⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” ⁽⁴⁴⁾ uitoefent, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (49) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴⁵⁾. Van de meest

⁽⁴⁰⁾ 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.

⁽⁴¹⁾ 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)]

⁽⁴²⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴³⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽⁴⁴⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁵⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (50) 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.
- (51) 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 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.
- (52) 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.
- (53) 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 probleem van “prijsccontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (54) 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?

- (55) 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 ⁽⁴⁶⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (56) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft WABCO Europe zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting en de bepaling van het bedrag van de op basis daarvan verschuldigde vennootschapsbelasting of van de voor overdracht beschikbare verliezen, 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.
- (57) 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

⁽⁴⁶⁾ 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.

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⁽⁴⁷⁾. Dankzij de ruling mocht WABCO Europe een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting. Door die aangiften en het bedrag van de op basis daarvan betaalde vennootschapsbelasting of overgedragen verliezen te aanvaarden, heeft de Belgische Staat afgezien van (toekomstige) belastinginkomsten die hij anders, zonder de omstreden maatregelen, had kunnen innen bij WABCO Europe. 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

- (58) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, zij erop gewezen dat WABCO Europe deel uitmaakt van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer ook in verschillende lidstaten. WABCO Europe is verantwoordelijk voor strategische beslissingen en diensten met een hoge toegevoegde waarde welke verband houden met de productie en verkoop van controlesystemen voor producenten van bedrijfsvoertuigen. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van WABCO Europe het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁴⁸⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (59) 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⁽⁴⁹⁾. Voor zover de omstreden maatregelen WABCO Europe ontheffen van huidige of toekomstige vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen WABCO Europe bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁵⁰⁾, 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

- (60) 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⁽⁵¹⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen WABCO Europe een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (61) 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⁽⁵²⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵³⁾. Wat belastingmaatregelen betreft, kan een voordeel

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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, Rousse 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

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 ⁽⁵⁴⁾.

- (62) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen WABCO Europe een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), lijken de intragroepstransacties tussen WABCO Europe en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep te zijn beprijsd op basis van de TNMM. De toepassing van deze verrekenprijsmethode op die transacties leidt ertoe dat aan die tegenpartijen een met hun functionele en risicoprofiel overeenstemmende routinevergoeding wordt toegerekend, terwijl de residuele winst op die transacties aan WABCO Europe wordt toegewezen. Die residuele winst wordt vervolgens in de jaarrekening van WABCO Europe opgenomen en vormt de basis voor haar NPBT.
- (63) Door de omstreden maatregelen mocht WABCO Europe een deel van haar NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016. WABCO Europe mocht 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 WABCO Europe in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen WABCO Europe een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (64) 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 WABCO Europe 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” ⁽⁵⁵⁾. 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” ⁽⁵⁶⁾.
- (65) 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.
- (66) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 WABCO Europe 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 WABCO Europe ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (67) 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 ⁽⁵⁷⁾. 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 ⁽⁵⁸⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen WABCO Europe bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ Ibid.

⁽⁵⁷⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁵⁸⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

- (68) 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 WABCO Europe bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat WABCO Europe daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (69) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 WABCO Europe 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*
- (70) 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 situaties bevinden, ongelijk behandelt⁽⁵⁹⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst⁽⁶⁰⁾. 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.
- (71) 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)⁽⁶¹⁾.
- (72) Door de omstreden maatregelen mag WABCO Europe een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.
- (73) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (17), 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⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ 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.

⁽⁶⁰⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 28 juni 2018, Dirk Andres/Commissie (“saneringsclausule”), 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.

⁽⁶¹⁾ 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.

⁽⁶²⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

- (74) De omstreden maatregelen en de vermindering van de belastbare grondslag 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.
- (75) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶³⁾.
- (76) Zoals volgt uit punt (19), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals WABCO Europe) 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.
- (77) In de punten (78) tot en met (93) 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 WABCO Europe is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van WABCO Europe, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (78) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van WABCO Europe wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (79) In paragraaf 125 van de ruling 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 WABCO Europe.

⁽⁶³⁾ 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.”

- (80) 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.
- (81) Aangezien de ruling WABCO Europe toestaat een deel van haar geboekte winst 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 WABCO Europe om tot haar 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 WABCO Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (82) 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 WABCO Europe, 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 WABCO Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (83) Zoals uitgelegd in punt (9), lijkt voor de beprijzing van de intragroepstransacties van WABCO Europe met lokale gelieerde entiteiten van de TNMM te zijn gebruikgemaakt, met de lokale gelieerde entiteiten van de Groep als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties. Het resultaat van die verrekenprijsanalyses — die niet het voorwerp van dit besluit vormen — is dat voor die gelieerde entiteiten een zakelijke “routine”-vergoeding wordt vastgesteld⁽⁶⁴⁾. Het logische gevolg van de toepassing van de TNMM in die analyses op de lokale gelieerde entiteiten van de groep is dat de residuele winst die overblijft uit die verbonden transacties nadat die vennootschappen een zakelijke vergoeding hebben ontvangen, door WABCO Europe wordt behaald en in haar jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (84) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de achterliggende gedachte van de toepassing van de TNMM op zich, maar ook vanuit economisch perspectief. De meest complexe entiteit heeft op grond van haar niet-routinematige (d. w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het residuele rendement van die transacties, maar draagt ook het risico van een verlies ingeval de onderzochte gecombineerde transacties geen commercieel rendement genereren. Het begrip “residuele winst” is transactiespecifiek en verwijst naar de onderzochte specifieke verbonden transacties die winst genereren. De residuele winst is de winst die voortkomt uit een reeks gecombineerde transacties die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) door de toepassing van de TNMM voor haar routinefuncties is vergoed. Aangezien de TNMM lijkt te zijn gekozen om de intragroepstransacties van WABCO Europe te beprijzen en aangezien de ruling die methode niet lijkt te verwerpen en aanvaardt dat die entiteit als “central entrepreneur” wordt aangewezen, is bijgevolg de residuele winst uit die transacties haar zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in haar jaarrekening opgenomen.
- (85) Niettemin wordt in de ruling de redenering gevolgd dat het plan van de Groep om nieuwe initiatieven en programma’s te implementeren en nieuwe activiteiten te verwerven en te integreren, zal bijdragen tot de creatie van nieuwe synergieën welke op hun beurt zullen leiden tot een substantiële winsttoename op het niveau van de “central entrepreneur”⁽⁶⁵⁾ WABCO Europe⁽⁶⁶⁾. De verdere redenering luidt als volgt: “In tegenstelling tot artikel 9, lid 2, [van het] OESO-model[belasting]verdrag voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB[92 in] een wettelijke basis om af te wijken van het boekhoudkundig resultaat en dus om het belastbaar resultaat extracomptabel te verminderen zonder dat er sprake moet zijn van een effectieve of waarschijnlijke dubbele taxatie. Het is voldoende dat kan worden aangetoond dat de winsten behaald door de Belgische groepsentiteit niet arm’s length zijn.”⁽⁶⁷⁾ De ruling voert aan dat die vermindering moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de NPBT die WABCO Europe als “central entrepreneur” verwacht te behalen op grond van de in punt (83) beschreven benadering, verminderd met de “overwinst” die verband houdt met de oude “industrial organization intangibles” en “oude synergieën”; en ii) de NPBT

⁽⁶⁴⁾ Hoewel de ruling geen beschrijving geeft van de precieze methodologie voor de vaststelling van het zakelijke karakter van de vergoedingen (ruling, paragrafen 75.1, 75.2 en 75.3) en dit zakelijke karakter ook niet valideert (ruling, paragraaf 135), bevat zij evenmin een indicatie dat de door WABCO Europe gesloten intragroepstransacties niet volgens zakelijke voorwaarden zijn aangegaan en valideert zij de feiten op grond waarvan de betrokken verrekenprijzen zijn vastgesteld.

⁽⁶⁵⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “central entrepreneur” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁶⁾ Ruling, paragraaf 82.

⁽⁶⁷⁾ Ruling, paragraaf 57.1.

die zij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel⁽⁶⁸⁾. Om de laatstgenoemde NPBT te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM toe met WABCO Europe als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is het bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.

- (86) Anders dan door de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de ruling lijkt 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 intragroepstransacties (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⁽⁶⁹⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.
- (87) 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 is beprijsd⁽⁷⁰⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van WABCO Europe te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (88) In de ruling wordt verder aangevoerd dat de vrijgestelde “excess profit” kan worden gelijkgesteld met een notionele royalty die door de “central entrepreneur” wordt betaald voor de beschikbaarstelling van een “industrial organization intangible”⁽⁷¹⁾. De ruling definieert echter noch de inhoud, noch de vorm van dit zogenaamde immateriële actief⁽⁷²⁾. De correcte manier om winst verkregen uit immateriële activa volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen, bestaat uit: i) het identificeren, onderbouwen en juist afbakenen van dergelijke immateriële activa, ii) het uitvoeren van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren aangaande de betrokken verbonden transacties waarmee een dergelijk immaterieel actief is gemoeid⁽⁷³⁾, en iii) het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transacties, zodat de voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties⁽⁷⁴⁾. Geen van

⁽⁶⁸⁾ Ruling, paragraaf 65.3.

⁽⁶⁹⁾ 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. [...]”].

⁽⁷⁰⁾ 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.

⁽⁷¹⁾ Ruling, paragrafen 60 tot en met 63.

⁽⁷²⁾ De Commissie merkt op dat, los van het “industrial organization intangible”, de vermeende synergieën ten dele ook betrekking hebben op elementen die, onder bepaalde omstandigheden, als immateriële activa kunnen worden aangemerkt (zoals knowhow). In de ruling wordt hoe dan ook geen verdere analyse verricht van deze mogelijke immateriële activa, net zo min als van de zogenaamde “industrial organization intangibles”.

⁽⁷³⁾ 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.

⁽⁷⁴⁾ 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)].

deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling identificeert geen concreet immaterieel actief dat door een verbonden groepsvennootschap aan WABCO Europe wordt overgedragen of beschikbaar wordt gesteld, laat staan de transacties of regelingen waarmee een dergelijk immaterieel actief gemoeid is, of de wijze waarop die transacties of regelingen onder zakelijke voorwaarden zouden moeten worden vergoed. In plaats daarvan wordt in de ruling gesteld dat bij het concept “notionele royalty” geen echte transacties kunnen worden geïdentificeerd ⁽⁷⁵⁾.

- (89) Met betrekking tot het in de ruling aangevoerde argument dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn, noch “industrial organization intangibles” of andere immateriële activa ⁽⁷⁶⁾. 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 ⁽⁷⁷⁾; 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 ⁽⁷⁸⁾.
- (90) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen welke doelbewuste gezamenlijke acties voor de toename van de winstgevendheid verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door WABCO Europe gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan haar is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (91) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan ⁽⁷⁹⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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 ⁽⁸⁰⁾.
- (92) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst aan WABCO Europe zou moeten worden toegerekend. Meer in het bijzonder wordt in de ruling het volgende verklaard: “Als hoofdkwartier en principaalvennootschap van de groep, zal WABCO Europe deze drastische verandering in de globale business drijven en zal zij substantieel genieten van de nieuw gecreëerde synergieën” ⁽⁸¹⁾. Dit wijst erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van WABCO Europe in België en dus terecht in haar jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.
- (93) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (81), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van WABCO Europe om tot haar 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.

⁽⁷⁵⁾ Ruling, paragraaf 60.

⁽⁷⁶⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁷⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁸⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷⁹⁾ Ruling, paragraaf 122.

⁽⁸⁰⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (89)).

⁽⁸¹⁾ Ruling, paragraaf 47.

(c) *De onjuiste toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 ten gunste van WABCO Europe leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*

- (94) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (64) 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⁽⁸²⁾.
- (95) In punt (72) 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 (73), 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.
- (96) De voorlopige conclusie van de punten (78) tot en met (93) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van WABCO Europe, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 WABCO Europe een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (97) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (66) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen WABCO Europe 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (86) heeft betwist.
- (98) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door WABCO Europe toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.
- (99) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen WABCO Europe selectief bevoordelen ten opzichte van Belgische belastingplichtige vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep die geen rulling inzake “overwinst” verkrijgen of hebben kunnen verkrijgen⁽⁸³⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.

⁽⁸²⁾ 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.

⁽⁸³⁾ 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 rulling 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. Dit wordt bevestigd door paragraaf 66 van de rulling, waarin wordt uitgelegd dat “[...] WABCO Europe's toekomstige winst kan geacht worden te zijn gegenereerd op basis van “oude” synergieën zoals die bestonden vóór 2012 die moeten afgezonderd worden van de “nieuwe” synergieën die zullen resulteren in “nieuwe” excess profit vanaf 2012 en die kwalificeert voor een vrijstelling onder artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92”. Zie ook paragraaf 79 van de rulling: “Het overblijvende gedeelte van de operationele winst, na aftrek van de winst gerelateerd aan “oude” synergieën en de routine-winst, vertegenwoordigt het inkomen uit synergieën, schaalvoordelen en andere “industrial organization intangibles” welke overeenkomstig artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 dient vrijgesteld te zijn van belasting in België”.

- (100) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen WABCO Europe selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (101) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen WABCO Europe 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 WABCO Europe tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (83). 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.
- (102) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen WABCO Europe 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (103) 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⁽⁸⁴⁾. 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⁽⁸⁵⁾.
- (104) 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 WABCO Europe, waardoor die onderneming 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.
- (105) 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⁽⁸⁶⁾. 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.
- (106) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (78) en met (81), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van WABCO Europe 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

⁽⁸⁴⁾ 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.

⁽⁸⁵⁾ 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.

⁽⁸⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.

- (107) 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 (82) tot en met (93), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen WABCO Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (108) 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.
- (109) 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 begunstigden van die steun

- (110) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan WABCO Europe staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (111) 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”⁽⁸⁷⁾. 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⁽⁸⁸⁾.
- (112) In dit geval is WABCO Europe deel van de Groep. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om tot nieuwe acquisities over te gaan en nieuwe initiatieven en programma's te implementeren teneinde de operationele en kostenefficiëntie te verhogen, als gevolg waarvan WABCO Europe als “central entrepreneur” een ruling inzake “overwinst” kon verkrijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (113) 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⁽⁸⁹⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de WABCO-groep, naast WABCO Europe, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ 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 [...]”.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (114) 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)⁽⁹⁰⁾. 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)⁽⁹¹⁾. 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.
- (115) 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

- (116) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden⁽⁹²⁾ valt, 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⁽⁹³⁾ valt. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁹⁴⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (117) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan WABCO Europe en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (118) De Commissie merkt met name op dat, aangezien de door de omstreden maatregelen toegekende fiscale behandeling lijkt te leiden tot een vermindering van de huidige of toekomstige lasten die normaal gesproken op de betrokken onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁹⁵⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan WABCO Europe BVBA is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van WABCO Europe BVBA voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van WABCO Europe BVBA over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- een geactualiseerd organigram dat de huidige eigendomsstructuur van de Groep beschrijft.

⁽⁹⁰⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹¹⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹²⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53992 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Celio****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/29)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahmen, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens sind

In den Jahren 2006 und 2012 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Celio International NV/SA (im Folgenden „Celio“) für die Steuerjahre 2007 bis 2017 Steuervorbescheide hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieser Steuervorbescheide wurde Celio für den Teil seines erzielten Gewinns, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Die Steuervorbescheide stützen sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahmen

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahmen nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahmen Celio einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschaffen, da die Nettofinanzlage des Unternehmens durch Einzelmaßnahmen verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahmen Celio einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschaffen, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Celio im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit den Maßnahmen im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Celio durch die Maßnahmen verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Celio gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahmen eine Besserstellung von Celio bewirken, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahmen und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Celio akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Celio International NV/SA und der Celio-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahmen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnten. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Celio International NV/SA («Celio International») a bénéficié de deux décisions anticipées relatives aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès de Celio International.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 Celio International, 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) Celio International, implantée à Bruxelles (Belgique), fait partie du groupe Celio (le «Groupe»). Au moment de la décision anticipée de 2006 ⁽³⁾, le Groupe était un groupe familial français ayant à sa tête Marc Laurent SA, rebaptisée par la suite Celio France («Celio France»). Le Groupe exerce ses activités dans le domaine de la distribution de vêtements de prêt-à-porter masculin. Il opère principalement en Europe. En 2006, il exploitait plus de 300 magasins à travers le monde. En 2012, il en exploitait environ 1 000.
- (6) Celio International a été créée en 2006 pour centraliser certaines fonctions et activités du Groupe ⁽⁴⁾.

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 Celio International sur la base de ces décisions anticipées, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Celio International:
 - le 17 octobre 2006, Celio International a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une réorganisation des activités du Groupe, qui couvre une période de cinq années à partir du 18 avril 2006 (la «décision anticipée de 2006») ⁽⁵⁾. Dans la décision anticipée de 2006, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que si, au cours d'un exercice donné, les bénéfices enregistrés par Celio International dépassaient une marge d'exploitation de [2,5-3] %, son bénéfice imposable aux fins de l'impôt sur les sociétés en Belgique pouvait être ajusté négativement et ramené à cette marge d'exploitation de [2,5-3] %, tout bénéfice dépassant ce montant

⁽¹⁾ 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).

⁽²⁾ Affaire C-337/19 P *Commission/Belgique et Magnetrol International*.

⁽³⁾ Dont les références figurent au considérant (7).

⁽⁴⁾ Toutes les données sont tirées de la décision anticipée de 2006 et de la décision anticipée de 2012, dont les références figurent au considérant (7).

⁽⁵⁾ Voorafgaande beslissing 600.144 du 17 octobre 2006, adressée à Deloitte et concernant Celio International.

(c'est-à-dire le «bénéfice excédentaire») pouvant dans ce cas être exonéré de l'impôt 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») ⁽⁶⁾;

- la décision anticipée de 2006 a été modifiée par un avenant, daté du 21 août 2007 (l'«avenant de 2007») ⁽⁷⁾. L'avenant de 2007 a reporté l'application de la décision anticipée de 2006 au 1^{er} octobre 2007, pour une période de cinq ans à partir de la période comptable débutant le 1^{er} février 2007;
- la décision anticipée de 2006 a été accompagnée d'un second avenant, daté du 13 octobre 2009 (l'«avenant de 2009») ⁽⁸⁾. L'avenant de 2009 rejette une demande de Celio visant à étendre les dispositions de la décision anticipée de 2006 à une part supplémentaire de son activité de distribution, exercée avec des tiers;
- la décision anticipée de 2006 a été prolongée, sans modification, par une décision anticipée datée du 24 mai 2012 (la «décision anticipée de 2012») ⁽⁹⁾. La décision anticipée de 2012 s'applique à une période de cinq ans à partir du 1^{er} février 2012.

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

- (8) La décision anticipée de 2006 décrit le projet du Groupe de créer une nouvelle société belge, Celio International, qui agira en tant que centrale d'achat et en tant que société holding, ce que la décision anticipée de 2006 appelle un «centre organisationnel» ⁽¹⁰⁾. En cette qualité, Celio International sera chargée de la stratégie du Groupe, de la consolidation des activités du Groupe, des achats centralisés, de la logistique, de la supervision commerciale et financière, de la communication, ainsi que du financement des activités, et exercera les fonctions essentielles dans ces domaines ⁽¹¹⁾. Pour leur part, les entités opérationnelles en France, en Italie, en Espagne et en Belgique agiront en tant que distributeurs à risque limité ⁽¹²⁾. La décision anticipée explique encore que l'objectif de Celio International sera de créer des synergies grâce à la centralisation des activités du Groupe et de permettre aux autres entités de se concentrer sur leur cœur de métier, Celio International assumant la majorité des risques entrepreneuriaux ⁽¹³⁾. Enfin, la restructuration devrait permettre de créer des emplois en Belgique ⁽¹⁴⁾.

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

- (9) La décision anticipée de 2006 décrit la fixation des prix des transactions intragroupe entre Celio International et les autres filiales du Groupe dans le cadre de la structure de «centre organisationnel». Plus précisément, la décision anticipée de 2006 précise que:
- dans la structure de «centre organisationnel», Celio International est chargée des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les autres entités du Groupe n'exécutent généralement que des fonctions de routine au profit de Celio International ⁽¹⁵⁾;
 - parmi les autres sociétés liées figurent les entités locales de distribution, décrites comme des «distributeurs à risque limité» ⁽¹⁶⁾. La rémunération de ces entités n'est pas abordée dans la décision anticipée de 2006. Toutefois, la demande de décision anticipée de 2006 mentionne que ces entités seront rémunérées sur la base d'une marge d'exploitation ⁽¹⁷⁾, ce qui — bien que cela ne soit pas précisé — semble impliquer l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN»), aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe;
 - Celio International sous-traitera en partie certaines fonctions en recourant aux services d'une entité du Groupe située à Hong Kong («Garvis»), qui agira en tant qu'agent d'achats. La rémunération de Garvis, au moment de la décision anticipée de 2006, est mentionnée comme consistant en une commission de [10-15] % sur le coût des achats, adaptable sur la base des fonctions exercées et des risques assumés par l'entreprise ⁽¹⁸⁾. Bien que cela ne soit pas précisé, cette rémunération semble elle aussi impliquer l'utilisation de la MTMN, aux fins de laquelle Garvis est considérée comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe;

⁽⁶⁾ La décision anticipée de 2006 prévoit également que, si le bénéfice comptable effectivement réalisé est inférieur à cette marge, le bénéfice de Celio International, aux fins de l'impôt sur les sociétés en Belgique, serait ajusté positivement de manière à correspondre à une marge d'exploitation de [2,5-3] %, sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point a). La présente décision ne concerne pas cette partie de la décision anticipée de 2006.

⁽⁷⁾ Avenant Voorafgaande beslissing 600.144 du 21 août 2007, adressé à Deloitte et concernant Celio International.

⁽⁸⁾ Avenant Voorafgaande beslissing 600.144 du 13 octobre 2009, adressé à Celio International.

⁽⁹⁾ Décision anticipée 2012.062 du 24 mai 2012, adressée à Celio International.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée de 2006, points 24 et 37.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée de 2006, points 8, 12 et 14 à 16.

⁽¹²⁾ Décision anticipée de 2006, point 9.

⁽¹³⁾ Décision anticipée de 2006, point 13.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée de 2006, point 12.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée de 2006, points 13 et 14 à 16.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée de 2006, points 9, 13 et 16.

⁽¹⁷⁾ Demande de décision anticipée de Celio International du 14 avril 2006, p. 9.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée de 2006, point 20.

- la demande de décision anticipée de 2006 mentionne également les services d'une entité du Groupe responsable de la logistique, qui est rémunérée sur la base d'une marge de [5-10] % sur ses coûts ⁽¹⁹⁾, ce qui peut impliquer l'utilisation de la MTMN, aux fins de laquelle cette entité est considérée comme la «partie testée»;
 - Celio International ne possède aucun des actifs incorporels du Groupe, lesquels sont détenus soit par le siège mondial, Celio France, soit par une filiale néerlandaise du Groupe, Blue & Green BV («IPCo»). La décision anticipée de 2006 mentionne que Celio International obtiendra une licence d'IPCo pour l'utilisation de la marque Celio, licence pour laquelle elle versera une redevance; néanmoins, les conditions de cette transaction et le montant de cette redevance ne sont pas précisés ⁽²⁰⁾.
- (10) La décision anticipée de 2006 explique que la mise en place de la structure de «centre organisationnel» conduira à des synergies ⁽²¹⁾, mais que celles-ci ne résultent pas des contributions de Celio International ⁽²²⁾.
- (11) La décision anticipée de 2006 affirme que *«le bénéfice comptable d'exploitation [de Celio International] [...] peut être ajusté pour obtenir son bénéfice fiscal d'exploitation [qui] sert de base à l'établissement de la base imposable de l'entreprise.»* ⁽²³⁾ Le bénéfice fiscal d'exploitation représente le bénéfice supposé «de pleine concurrence» de Celio International et est déterminé en utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant Celio International comme partie testée la moins complexe; il en résulte que son bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge d'exploitation de [2,5-3] % (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à [2,5-3] % des ventes/recettes) ⁽²⁴⁾.
- (12) La décision anticipée de 2006 conclut ensuite que ⁽²⁵⁾:
- si, au cours d'un exercice donné, le bénéfice comptable de Celio international est inférieur à une marge d'exploitation de [2,5-3] %, un ajustement positif devrait être opéré sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point a), du CIR; et
 - si, au cours d'un exercice donné, le bénéfice comptable de Celio International dépasse une marge d'exploitation de [2,5-3] %, un ajustement négatif devrait être opéré sur la base de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, tandis que tout excédent devrait être exonéré de l'impôt sur les sociétés en Belgique en tant que «bénéfice excédentaire».
- (13) Ces ajustements supposent que la rémunération des entités de distribution liées est conforme au principe de pleine concurrence ⁽²⁶⁾. La décision anticipée de 2006 déclare que la méthode utilisée pour calculer la base imposable de Celio International, telle qu'indiquée dans la décision anticipée, s'applique pendant une période de cinq ans à partir du 18 avril 2006 ⁽²⁷⁾ et peut être renouvelée.
- (14) L'avenant de 2007 a reporté l'application de la décision anticipée de 2006 au 1^{er} octobre 2007.
- (15) L'avenant de 2009 rejette une demande de Celio visant à étendre les dispositions de la décision anticipée de 2006 à une part supplémentaire de son activité de distribution, exercée avec des commissionnaires et des franchisés tiers (et non exclusivement avec des sociétés liées agissant comme distributeurs à risque limité).
- (16) La décision anticipée de 2012 a prolongé la décision anticipée de 2006 pour une nouvelle période de cinq ans. Elle commence par préciser que la décision anticipée de 2006 n'a été effectivement utilisée qu'à partir de 2008. À l'instar de la décision anticipée de 2006, la décision anticipée de 2012 affirme que les synergies créées par la structure de «centre organisationnel» ⁽²⁸⁾ sont allouées gratuitement (sans paiement d'entrée) ⁽²⁹⁾ à Celio international et que celle-ci ne possède aucun des actifs incorporels du Groupe ⁽³⁰⁾. La décision anticipée de 2012 affirme à nouveau qu'aux fins de l'établissement de l'assiette de l'impôt sur les sociétés en Belgique, le bénéfice de pleine concurrence ajusté de Celio International peut être établi, en utilisant la méthode de la MTMN, à une marge d'exploitation de [2,5-3] % (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à [2,5-3] % des ventes/recettes). La décision anticipée de 2012 est valable pour une période de cinq ans à partir du 1^{er} février 2012, période au terme de laquelle il peut être renouvelé pour un an ⁽³¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Demande de décision anticipée de Celio International du 14 avril 2006, p. 9.

⁽²⁰⁾ Décision anticipée de 2006, point 36.

⁽²¹⁾ Décision anticipée de 2006, point 38.

⁽²²⁾ Décision anticipée de 2006, point 28.

⁽²³⁾ Décision anticipée de 2006, point 33. Voir également les conclusions finales de la décision anticipée de 2006, point 3.

⁽²⁴⁾ Décision anticipée de 2006, points 27 à 29 et 32. Voir également les conclusions finales de la décision anticipée de 2006, points 1, 2 et 4.

⁽²⁵⁾ Décision anticipée de 2006, point 34.

⁽²⁶⁾ Décision anticipée, conclusions finales, point 4.

⁽²⁷⁾ Décision anticipée de 2006, conclusions finales, point 6.

⁽²⁸⁾ Décision anticipée de 2012, point 58.

⁽²⁹⁾ Décision anticipée de 2012, points 46.1 et 62.

⁽³⁰⁾ Décision anticipée de 2012, points 46.2 et 60.

⁽³¹⁾ Décision anticipée de 2012, points 70 à 72.

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

- (17) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (18) 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 bénéfices. 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».
- (19) 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^{er}, 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.
- (20) 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

- (21) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽³²⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (22) 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»).

⁽³²⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

- (23) 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.
- (24) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (25) 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⁽³³⁾. 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»⁽³⁴⁾. 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»⁽³⁵⁾. 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⁽³⁶⁾. 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.
- (26) 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.
- (27) 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

- (28) 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⁽³⁷⁾. 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.
- (29) 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.
- (30) 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)⁽³⁸⁾ 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.

⁽³³⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽³⁴⁾ 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.»

⁽³⁵⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽³⁶⁾ 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.»

⁽³⁷⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽³⁸⁾ 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.»

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

- (31) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽³⁹⁾, 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.
- (32) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽⁴⁰⁾ 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.
- (33) 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.
- (34) 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 ⁽⁴¹⁾. 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*

- (35) 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 ⁽⁴²⁾.
- (36) 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.»

- (37) 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.
- (38) 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 ⁽⁴³⁾. 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.

⁽³⁹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽⁴⁰⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽⁴¹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽⁴²⁾ 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.

⁽⁴³⁾ Voir la note de bas de page n° 32.

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

- (39) 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») ⁽⁴⁴⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (40) 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.
- (41) 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 ⁽⁴⁵⁾. 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 ⁽⁴⁶⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (42) 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.
- (43) 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 ⁽⁴⁷⁾. 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.
- (44) 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.»

⁽⁴⁴⁾ 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»).

⁽⁴⁵⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (45) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 ⁽⁴⁸⁾ 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 ⁽⁴⁹⁾. 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 ⁽⁵⁰⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (46) 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.
- (47) 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 résident 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 ⁽⁵¹⁾.
 - 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 ⁽⁵²⁾. 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 ⁽⁵³⁾. 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.
- (48) 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 ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁸⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁴⁹⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁵⁰⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁵¹⁾ 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».

⁽⁵²⁾ 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.»

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ 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.»

- (49) 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 ⁽⁵⁵⁾.
- (50) 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 ⁽⁵⁶⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁵⁷⁾, 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.
- (51) 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) ⁽⁵⁸⁾. 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

- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (55) 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.
- (56) 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

- (57) 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 ⁽⁵⁹⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (58) 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. Celio International, de son côté, s'est fondée sur ces décisions anticipées pour établir ses 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.
- (59) 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 ⁽⁶⁰⁾. Les décisions anticipées ont permis à Celio International d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 de Celio International en l'absence des mesures contestées, comme démontré à la section 4.5.1. 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

- (60) 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, Celio International fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Celio International est responsable de la supervision, à l'échelle mondiale, des activités d'achat et de distribution des produits commerciaux du Groupe. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de Celio International est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁶¹⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

⁽⁵⁹⁾ 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.

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ 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

- (61) 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 ⁽⁶²⁾. Étant donné que les mesures contestées, comme démontré à la section 4.5.1, exonèrent Celio International de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Celio International d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence ⁽⁶³⁾; 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

- (62) 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 ⁽⁶⁴⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Celio International parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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

- (63) 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 ⁽⁶⁵⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même ⁽⁶⁶⁾. 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 ⁽⁶⁷⁾.
- (64) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Celio International en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels.
- (65) Les mesures contestées ont permis à Celio International de déterminer sa base imposable en s'appuyant sur un niveau fictif de bénéfice (sous la forme d'une marge d'exploitation de [2,5-3] %) plutôt que sur le bénéfice enregistré dans ses comptes annuels. Si, au cours d'un exercice donné, le bénéfice comptable de Celio International dépassait ce niveau fictif, les mesures contestées permettaient à Celio International d'exonérer les «bénéfices excédentaires» correspondants de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique. Celio International n'a été autorisée 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 de Celio International, 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 Celio International, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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

- (66) 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 Celio International 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

⁽⁶²⁾ 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.

⁽⁶³⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁶⁴⁾ 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.

⁽⁶⁵⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁶⁶⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁶⁷⁾ 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, Ministero 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»⁽⁶⁸⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁶⁹⁾.

- (67) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (68) 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^{er}, 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 Celio International un avantage sous forme de réduction de sa 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 de Celio International par rapport à des entreprises comparables*

- (69) 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⁽⁷⁰⁾. 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⁽⁷¹⁾. 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 de Celio International par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (70) 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 de Celio International par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (71) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de Celio International 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*

- (72) 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⁽⁷²⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁷³⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce

⁽⁶⁸⁾ Affaire C-15/14 P, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60. Voir également les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 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.

⁽⁶⁹⁾ Ibidem.

⁽⁷⁰⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁷¹⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁷²⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁷³⁾ 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.

- (73) 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'assujéti) et la façon dont l'impôt est calculé (la base imposable et les taux d'imposition) ⁽⁷⁴⁾.
- (74) Les mesures contestées permettent à Celio International d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (75) 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 (19), 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»* ⁽⁷⁵⁾.
- (76) 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).
- (77) 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 ⁽⁷⁶⁾.
- (78) Ainsi qu'il ressort du considérant (21), 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 Celio International) et une contrepartie associée étrangère ne peuvent être ajustés négativement que lorsque deux conditions cumulatives sont remplies:

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

⁽⁷⁶⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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. [...] A 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.»

- (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.
- (79) Aux considérants (80) à (92), 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 Celio International 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 de Celio International, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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*
- (80) 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 Celio International 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.
- (81) À cet égard, la réponse donnée en 2005 par le ministre belge des finances à une question parlementaire sur les décisions anticipées concernant les «bénéfices excédentaires» affirme qu'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 Celio International.
- (82) 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.
- (83) Étant donné que les décisions anticipées autorisent Celio International à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de Celio International pour parvenir à son 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 Celio International et des contreparties associées étrangères*
- (84) 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 de Celio International, 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 Celio International et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.
- (85) Comme expliqué au considérant (9), les décisions anticipées commencent par décrire les transactions intragroupe de Celio International avec des sociétés liées locales. La fixation des prix de ces transactions est décrite brièvement (par exemple, comme une commission sur les achats pour Garvis ou comme une rémunération sur les coûts pour le centre logistique, ce qui, dans les deux cas, indique un recours à la MTMN, les sociétés liées locales du Groupe étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions), n'est pas décrite du tout (comme la redevance versée par Celio International à IPCo pour l'utilisation de la marque Celio) ou n'est pas décrite, mais est assortie d'une obligation de respecter le principe de pleine concurrence aux fins de l'application des décisions anticipées (comme la rémunération des distributeurs à risque limité dans la décision anticipée de 2006). Toutefois, les décisions anticipées ont été accordées en partant de l'hypothèse selon laquelle les prix de toutes les transactions avec des parties liées sont fixés selon le principe de pleine concurrence, les parties liées se voyant attribuer une rémunération «de routine»⁽⁷⁷⁾. À l'inverse, Celio International est décrite dans les décisions anticipées comme ayant un profil de fonctions complexe⁽⁷⁸⁾. La conséquence logique de ce qui précède est que tout bénéfice résiduel provenant des transactions contrôlées susmentionnées, une fois que les sociétés liées de Celio

⁽⁷⁷⁾ Décision anticipée de 2006, conclusions finales, point 4.

⁽⁷⁸⁾ Décision anticipée de 2006, points 8, 12, 13 à 16, 19, 21, 22, 27, 35 et 37.

International ont obtenu une rémunération de pleine concurrence et que Celio International a rémunéré IPCo pour l'utilisation de la marque, revient à Celio International et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.

- (86) Néanmoins, les décisions anticipées soutiennent qu'en raison de la structure de «centre organisationnel»⁽⁷⁹⁾ mise en place par le Groupe, Celio International, en tant que «centre organisationnel», bénéficiera de synergies résultant de la centralisation⁽⁸⁰⁾. Les décisions anticipées affirment que l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR devrait être appliqué pour réduire son bénéfice imposable «[...] dans la mesure où Celio International n'aurait pu jouer ce rôle central si la décision n'avait pas été prise au niveau des actionnaires du groupe et sans investissements conséquents.»⁽⁸¹⁾ Bien que les décisions anticipées elles-mêmes admettent que «de prime abord, Celio International est une entité complexe et n'est manifestement pas appropriée comme "partie testée"»⁽⁸²⁾, elles font valoir que la «rémunération» de Celio International (c'est-à-dire sa base imposable, en l'absence de transaction distincte devant être rémunérée) devrait être déterminée en appliquant la MTMN (une seconde fois), en prenant Celio International comme partie testée, sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi, ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. Toute différence positive entre le bénéfice comptable de Celio International, enregistré dans ses comptes annuels à la suite de transactions intragroupes, dont le caractère de pleine concurrence est présumé par les décisions anticipées, et le bénéfice de pleine concurrence ajusté résultant de l'application de la MTMN est ce que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (87) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. 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⁽⁸³⁾. 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.
- (88) 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⁽⁸⁴⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de Celio International, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.

⁽⁷⁹⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «centre organisationnel». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁸⁰⁾ Décision anticipée de 2006, point 38, et décision anticipée de 2012, points 58 à 60.

⁽⁸¹⁾ Décision anticipée de 2012, point 62.

⁽⁸²⁾ Décision anticipée de 2006, point 27.

⁽⁸³⁾ 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. [...]».

⁽⁸⁴⁾ 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.

- (89) En ce qui concerne l'affirmation apparente des décisions anticipées selon laquelle les «bénéfices excédentaires» exonérés par les mesures contestées ont leur origine dans des synergies, la Commission fait tout d'abord observer que les synergies ne sont ni des transactions ni des actifs incorporels⁽⁸⁵⁾. 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⁽⁸⁶⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux⁽⁸⁷⁾.
- (90) Rien de tout cela n'est fait dans les décisions anticipées. Celles-ci supposent simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe⁽⁸⁸⁾, 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 le bénéfice généré par Celio International, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe dont le caractère de pleine concurrence est présumé par les décisions anticipées et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (91) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue engendrait des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle et même si des actions concertées et délibérées étaient à l'origine de ces bénéfices et si les parties liées qui exécutent ces actions et les contributions de ces parties liées avaient été correctement identifiées (ce qui n'est pas le cas), tout bénéfice de ce type résultant d'actions concertées et délibérées devrait être intégré dans les prix facturés par Celio International à ces parties liées⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾.
- (92) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (83), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de Celio International pour parvenir à son 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 de Celio International entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (93) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (66) 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⁽⁹¹⁾.
- (94) Au considérant (74), 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 (75), 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.
- (95) Aux considérants (80) à (92), 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 de Celio International, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Celio International une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise par rapport à toutes les autres sociétés soumises à

⁽⁸⁵⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁸⁶⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ Par exemple, les décisions anticipées 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.

⁽⁸⁹⁾ Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 1.168.

⁽⁹⁰⁾ Voir également les étapes iii) et iv) au considérant (89). Les bénéfices tirés de la centralisation des achats, liés, par exemple, aux remises pour quantité, pourraient potentiellement être considérés comme le résultat d'une action concertée et délibérée.

⁽⁹¹⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

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

- (96) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (68) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Celio International 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (87).
- (97) En effet, en permettant à Celio International d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (98) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Celio International 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»⁽⁹²⁾. Ces entreprises, qui peuvent également générer des bénéfices tirés de synergies, sont imposées par défaut sur ces bénéfices, qui font partie de leur bénéfice total au sens de l'article 185, paragraphe 1, du CIR.
- (99) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Celio International 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, 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.
- (100) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Celio International 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 de Celio International à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (85). 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 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.
- (101) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Celio International 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. Justification objective

- (102) 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

⁽⁹²⁾ 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.

nécessaires à la réalisation de ces objectifs⁽⁹³⁾. 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⁽⁹⁴⁾.

- (103) 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 de Celio International, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (104) 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⁽⁹⁵⁾. 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.
- (105) Premièrement, comme expliqué aux considérants (80) à (83), 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 de Celio International 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 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.
- (106) 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 (84) à (92), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Celio International et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (107) 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.
- (108) 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

- (109) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Celio International sous la forme d'une exonération fiscale.

⁽⁹³⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁹⁴⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁹⁵⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (110) 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»⁽⁹⁶⁾. 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⁽⁹⁷⁾.
- (111) En l'espèce, Celio International fait partie du Groupe. En outre, les décisions anticipées affirment que ce sont les actionnaires du Groupe qui ont décidé de mettre en place une structure de «centre organisationnel»⁽⁹⁸⁾, avec Celio International en tant que «centre organisationnel», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (112) 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⁽⁹⁹⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe, en plus de Celio International, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (113) 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)⁽¹⁰⁰⁾. 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)⁽¹⁰¹⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (114) 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

- (115) 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⁽¹⁰²⁾, 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⁽¹⁰³⁾. 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⁽¹⁰⁴⁾.
- (116) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Celio International 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.

⁽⁹⁶⁾ 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.

⁽⁹⁷⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

⁽⁹⁸⁾ Décision anticipée, point 38.

⁽⁹⁹⁾ 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 [...]».

⁽¹⁰⁰⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽¹⁰¹⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽¹⁰²⁾ 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.

⁽¹⁰³⁾ 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.

⁽¹⁰⁴⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

- (117) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽¹⁰⁵⁾.

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 Celio International NV/SA par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise 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 cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de Celio International NV/SA relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur les décisions anticipées pour déterminer son 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 de Celio International NV/SA pour ces années;
- 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;
- 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.

⁽¹⁰⁵⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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")⁽¹⁾. 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. Celio International NV/SA ("Celio International") ontving twee rulings inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Celio International 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")⁽²⁾.
- (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 Celio International 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) Celio International is gevestigd in Brussel, België, en maakt deel uit van de Celio-groep ("de Groep"). Toen de ruling van 2006⁽³⁾ werd afgegeven, was de Groep een Frans familiebedrijf met als hoofd van de groep Marc Laurent SA, dat later de naam Celio France ("Celio France") kreeg. De Groep is gespecialiseerd in de distributie van confectiekleding voor mannen en is voornamelijk actief in Europa. In 2006 telde hij meer dan 300 winkels over de hele wereld, en dat aantal groeide uit tot ongeveer 1 000 winkels in 2012.
- (6) Celio International werd opgericht in 2006 om bepaalde functies en activiteiten van de Groep te centraliseren⁽⁴⁾.

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 van Celio International die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan Celio International een vrijstelling van "overwinst" hebben toegekend:
 - Op 17 oktober 2006 heeft Celio International een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een reorganisatie van de activiteiten van de Groep, die de periode van vijf jaar vanaf 18 april 2006 bestrijkt ("de ruling van 2006")⁽⁵⁾. In de ruling van 2006 heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat indien de "boekhoudkundige" winst van Celio International in een bepaald jaar hoger is dan een operationele marge van [2,5-3] %, zijn belastbare winst voor de Belgische vennootschapsbelasting tot die operationele marge van [2,5-3] % zou kunnen worden verminderd, en de winst die dat bedrag overschrijdt (d.w.z. de "overwinst") op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting zou kunnen worden vrijgesteld⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁴⁾ Alle gegevens komen uit de ruling van 2006 en de ruling van 2012, zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁵⁾ Voorafgaande beslissing 600.144 van 17 oktober 2006, gericht aan Deloitte, met betrekking tot Celio International.

⁽⁶⁾ In de ruling van 2006 is tevens bepaald dat indien de daadwerkelijke boekhoudkundige winst van Celio International lager ligt dan die marge, zijn winst voor de vennootschapsbelasting in België op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder a), zou worden verhoogd om een operationele marge van [2,5-3] % te bekomen. Dit besluit heeft geen betrekking op dat deel van de ruling van 2006.

- De ruling van 2006 werd gewijzigd bij een avenant van 21 augustus 2007 (“het avenant van 2007”) ⁽⁷⁾. Met het avenant van 2007 werd de datum van inwerkingtreding van de ruling van 2006 gewijzigd in 1 oktober 2007, voor een periode van vijf jaar te beginnen met het boekjaar dat aanvangt op 1 februari 2007.
- De ruling van 2006 werd aangevuld met een tweede avenant van 13 oktober 2009 (“het avenant van 2009”) ⁽⁸⁾. Het avenant van 2009 houdt de afwijzing in van het verzoek van Celio om de bepalingen van de ruling van 2006 uit te breiden tot een nieuw gedeelte van zijn distributieactiviteiten dat met derden wordt uitgevoerd.
- De ruling van 2006 werd ongewijzigd verlengd door een fiscale ruling van 24 mei 2012 (“de ruling van 2012”) ⁽⁹⁾. De ruling van 2012 is van toepassing op een periode van vijf jaar, die aanvangt op 1 februari 2012.

2.2.1. *De verrichting waarvoor de rulings werden aangevraagd*

- (8) De ruling van 2006 beschrijft het voornemen van de Groep tot oprichting van een nieuwe Belgische vennootschap, Celio International, die zal optreden als centrale aankoopentiteit en holding, en die in de ruling van 2006 “organisatorische centrale” wordt genoemd. ⁽¹⁰⁾ In die hoedanigheid zal Celio International verantwoordelijk zijn voor de strategie van de Groep, de consolidatie van de activiteiten van de Groep, de centralisatie van aankoop, logistiek, commerciële supervisie, financieel beheer en communicatie, en de financiering van die activiteiten, en de voornaamste functies daarvoor vervullen ⁽¹¹⁾. De operationele entiteiten in Frankrijk, Italië, Spanje en België zullen dan handelen als distributeurs met een laag risico ⁽¹²⁾. In de ruling wordt verder uitgelegd dat Celio International als doel heeft via een centralisatie van de activiteiten van de Groep synergieën te creëren en de andere entiteiten in staat te stellen zich op hun eigen activiteit te concentreren doordat Celio International het grootste deel van de ondernemingsrisico's draagt ⁽¹³⁾. Tot slot zal de reorganisatie naar verwachting voor extra tewerkstelling in België zorgen ⁽¹⁴⁾.

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

- (9) De ruling van 2006 beschrijft de beprijzing van intragroepstransacties tussen Celio International en de andere gelieerde entiteiten van de Groep binnen het “organisatorische centrale”-model. De ruling van 2006 stelt met name het volgende:
- in het “organisatorische centrale”-model is Celio International verantwoordelijk voor de belangrijkste functies en draagt het de meeste risico's, terwijl de andere entiteiten van de Groep doorgaans routinefuncties uitoefenen ten behoeve van Celio International ⁽¹⁵⁾;
 - de andere entiteiten omvatten de lokale distributie-entiteiten, die worden omschreven als “distributeurs met een laag risico” ⁽¹⁶⁾. De vergoeding van deze entiteiten komt in de ruling van 2006 niet aan bod. In de aanvraag van de voorafgaande beslissing van 2006 wordt echter vermeld dat deze entiteiten zullen worden vergoed op basis van een operationele marge ⁽¹⁷⁾. Hoewel dit niet wordt gespecificeerd, lijkt dit te wijzen op het gebruik van de Transactional Net Margin Method, afgekort “TNMM”, waarbij deze entiteiten voor de toepassing van de TNMM als “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe partij worden beschouwd;
 - Celio International zal bepaalde functies gedeeltelijk uitbesteden via een groepsentiteit in Hongkong (“Garvis”), die zal optreden als aankoopagent. De ruling van 2006 vermeldt als vergoeding van Garvis een commissie van [10-15] % van de kosten van de aangekochte goederen; die vergoeding wordt aangepast op basis van de risico's en functies die Garvis op zich neemt ⁽¹⁸⁾. Hoewel dit niet wordt gespecificeerd, lijkt die vergoeding te wijzen op het gebruik van de TNMM, waarbij Garvis voor de toepassing van de TNMM als “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe partij wordt beschouwd;
 - in de aanvraag van de voorafgaande beslissing van 2006 is tevens sprake van diensten van een groepsentiteit die verantwoordelijk is voor logistiek en die wordt vergoed op basis van een opslag van [5-10] % op haar kosten ⁽¹⁹⁾, wat kan wijzen op de toepassing van de TNMM, waarbij die entiteit als “geteste” partij wordt beschouwd;
 - Celio International beschikt niet over enige immateriële activa van de Groep; deze zijn eigendom van de hoofdzetel Celio France of van een Nederlandse dochteronderneming van de Groep, Blue & Green BV (in dit besluit verder “IPCo” genoemd). Volgens de ruling van 2006 zal Celio International bij IPCo een licentie nemen voor het gebruik van het merk “Celio” en een vergoeding betalen; er worden echter geen nadere bijzonderheden gegeven over die transactie of het bedrag van die vergoeding ⁽²⁰⁾.

⁽⁷⁾ Avenant voorafgaande beslissing 600.144 van 21 augustus 2007, gericht aan Deloitte, betreffende Celio International.

⁽⁸⁾ Avenant voorafgaande beslissing 600.144 van 13 oktober 2009, gericht aan Celio International.

⁽⁹⁾ Décision anticipée 2012.062 van 24 mei 2012, gericht aan Celio International.

⁽¹⁰⁾ Ruling van 2006, paragrafen 24 en 37.

⁽¹¹⁾ Ruling van 2006, paragrafen 8, 12 en 14 tot en met 16.

⁽¹²⁾ Ruling van 2006, paragraaf 9.

⁽¹³⁾ Ruling van 2006, paragraaf 13.

⁽¹⁴⁾ Ruling van 2006, paragraaf 12.

⁽¹⁵⁾ Ruling van 2006, paragrafen 13 en 14 tot en met 16.

⁽¹⁶⁾ Ruling van 2006, paragrafen 9, 13 en 16.

⁽¹⁷⁾ Aanvraag van voorafgaande beslissing van Celio International van 14 april 2006, blz. 9.

⁽¹⁸⁾ Ruling van 2006, paragraaf 20.

⁽¹⁹⁾ Aanvraag van voorafgaande beslissing van Celio International van 14 april 2006, blz. 9.

⁽²⁰⁾ Ruling van 2006, paragraaf 36.

- (10) In de ruling van 2006 wordt uitgelegd dat de invoering van het “organisatorische centrale”-model tot synergie-effecten zal leiden ⁽²¹⁾, maar dat die synergie-effecten geen gevolg zijn van de bijdrage van Celio International ⁽²²⁾.
- (11) De ruling van 2006 stelt dat “de operationele boekhoudkundige winst [van Celio International] [...] wordt aangepast om een operationele “fiscale” arm’s length winst te bekomen [...] [welke] dient als basis voor de bepaling van de belastbare basis van de vennootschap” ⁽²³⁾. De operationele “fiscale” arm’s length winst vertegenwoordigt de vermeende “zakelijke winst” van Celio International en wordt bepaald door de TNMM toe te passen, maar deze keer met Celio International als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan zijn vermeende “aangepaste” zakelijke winst wordt gebenchmarkt op een operationele marge van [2,5-3] % (d.w.z. zijn operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [2,5-3] % van de omzet/inkomsten) ⁽²⁴⁾.
- (12) De conclusie van de ruling van 2006 ⁽²⁵⁾ luidt dat:
- indien de “boekhoudkundige” winst van Celio International in een bepaald jaar lager is dan een operationele marge van [2,5-3] %, zijn belastbare winst wordt verhoogd op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder a), WIB 92; en
 - indien de “boekhoudkundige” winst van Celio International in een bepaald jaar hoger is dan een operationele marge van [2,5-3] %, zijn belastbare winst wordt verminderd op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92, en de winst die dat bedrag overschrijdt (d.w.z. de “overwinst”) in België van vennootschapsbelasting zou worden vrijgesteld.
- (13) Deze aanpassingen gelden op voorwaarde dat de vergoeding voor de verbonden distributeurs marktconform is ⁽²⁶⁾. De ruling van 2006 verklaart dat de methode voor het bepalen van de belastbare grondslag van Celio International, zoals die in de ruling is uiteengezet, van toepassing is voor een periode van vijf jaar met ingang van 18 april 2006 ⁽²⁷⁾ en kan worden verlengd.
- (14) Met het avenant van 2007 werd de datum van inwerkingtreding van de ruling van 2006 gewijzigd in 1 oktober 2007.
- (15) Het avenant van 2009 houdt de afwijzing in van het verzoek van Celio International om de bepalingen van de ruling van 2006 uit te breiden tot een nieuw gedeelte van zijn distributieactiviteiten dat wordt uitgevoerd met derden als commissienemers en franchisenemers (in plaats van uitsluitend met verbonden distributeurs met beperkt risico).
- (16) In de ruling van 2012 werd de ruling van 2006 met een periode van vijf jaar verlengd. In de ruling van 2012 wordt om te beginnen verduidelijkt dat de ruling van 2006 pas vanaf 2008 werd toegepast. Net als in de ruling van 2006 wordt in de ruling van 2012 gesteld dat de synergieën die ontstaan door het “organisatorische centrale”-model ⁽²⁸⁾ gratis aan Celio International worden toegewezen (zonder inkoopbetaling) ⁽²⁹⁾ en dat Celio International niet beschikt over enige immateriële activa van de Groep ⁽³⁰⁾. De ruling van 2012 gaat er opnieuw mee akkoord dat de aangepaste zakelijke winst van Celio International, met het oog op het bepalen van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting in België, kan worden bepaald als een operationele marge van [2,5-3] %, gebruik makend van de TNMM (d.w.z. zijn operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [2,5-3] % van de omzet/inkomsten). De ruling van 2012 is geldig voor een periode van vijf jaar welke aanvangt op 1 februari 2012, en kan na afloop daarvan met een periode van één jaar worden verlengd ⁽³¹⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (17) 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).

⁽²¹⁾ Ruling van 2006, paragraaf 38.

⁽²²⁾ Ruling van 2006, paragraaf 28.

⁽²³⁾ Ruling van 2006, paragraaf 33. Zie ook de ruling van 2006, afsluitende conclusies, paragraaf 3.

⁽²⁴⁾ Ruling van 2006, paragrafen 27, 28, 29 en 32. Zie ook de ruling van 2006, afsluitende conclusies, paragrafen 1, 2 en 4.

⁽²⁵⁾ Ruling van 2006, paragraaf 34.

⁽²⁶⁾ Ruling van 2006, afsluitende conclusies, paragraaf 4.

⁽²⁷⁾ Ruling van 2006, afsluitende conclusies, paragraaf 6.

⁽²⁸⁾ Ruling van 2012, paragraaf 58.

⁽²⁹⁾ Ruling van 2012, paragrafen 46.1 en 62.

⁽³⁰⁾ Ruling van 2012, paragrafen 46.2 en 60.

⁽³¹⁾ Ruling van 2012, paragrafen 70 tot en met 72.

- (18) 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”.
- (19) 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.
- (20) 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

- (21) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽³²⁾ 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.”

- (22) 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”).
- (23) 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.

⁽³²⁾ 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

- (24) 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-ingezeten vennootschappen.

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

- (25) 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⁽³³⁾. 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”⁽³⁴⁾. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat “[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[s]luit bij de internationaal aanvaarde norm”⁽³⁵⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist⁽³⁶⁾. 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 als correlatieve (neerwaartse) aanpassingen in het voordeel van de belastingplichtige op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92.
- (26) 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.
- (27) 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*

- (28) 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⁽³⁷⁾. 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.
- (29) 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.
- (30) 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⁽³⁸⁾ zal plaatsvinden in gevallen waarin de primaire (opwaartse) aanpassing in een andere belastingjurisdictie bovenmatig is.

⁽³³⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽³⁴⁾ 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.”

⁽³⁵⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽³⁶⁾ 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.”

⁽³⁷⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽³⁸⁾ 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)]

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”

- (31) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005 ⁽³⁹⁾ 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.
- (32) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking ⁽⁴⁰⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.
- (33) 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.
- (34) 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 ⁽⁴¹⁾. 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

- (35) 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 ⁽⁴²⁾.
- (36) 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.”

- (37) 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.

⁽³⁹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽⁴⁰⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽⁴¹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽⁴²⁾ 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.

- (38) 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⁽⁴³⁾. 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

- (39) 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⁽⁴⁴⁾ ("de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen"), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (40) 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.
- (41) 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⁽⁴⁵⁾. 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⁽⁴⁶⁾. Dit wordt het "zakelijkheidsbeginsel" genoemd.
- (42) 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.
- (43) 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⁽⁴⁷⁾. 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.
- (44) 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:

⁽⁴³⁾ Zie voetnoot 32.

⁽⁴⁴⁾ 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").

⁽⁴⁵⁾ Zie paragraaf 6 van de "preface" (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ Zie paragraaf 5 van de "preface" (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

“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)]

- (45) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽⁴⁸⁾ 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 ⁽⁴⁹⁾. Als er van doelbewuste 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 ⁽⁵⁰⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (46) 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.
- (47) 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 ingezeten 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 ⁽⁵¹⁾.
 - 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽⁵²⁾. 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

⁽⁴⁸⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴⁹⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁵⁰⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁵¹⁾ 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)]

⁽⁵²⁾ 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, herzielt 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)]

gerechtvaardigd is, wat betreft het principe of het bedrag, kan die Staat en zal hij doorgaans afzien van een neerwaartse aanpassing⁽⁵³⁾. 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.

- (48) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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⁽⁵⁴⁾.
- (49) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties⁽⁵⁵⁾.
- (50) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's⁽⁵⁶⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent⁽⁵⁷⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (51) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij)⁽⁵⁸⁾. Van de meest

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ 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)]

⁽⁵⁵⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrerende bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁵⁶⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽⁵⁷⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁵⁸⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (52) 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.
- (53) 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 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.
- (54) 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.
- (55) 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 probleem van “prijscontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (56) 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?

- (57) 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 ⁽⁵⁹⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (58) 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 zijn beurt heeft Celio International zich op die rulings gebaseerd bij de voorbereiding van zijn 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.

⁽⁵⁹⁾ 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.

- (59) 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⁽⁶⁰⁾. Dankzij de rulings mocht Celio International een deel van zijn anders belastbare winst vrijstellen van belasting in zijn 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 Celio International, zoals in punt 4.5.1 4.5.1 wordt aangetoond. 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

- (60) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Celio International deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Celio International is verantwoordelijk voor het wereldwijde toezicht op de aankoopactiviteiten van de Groep en op de distributie van de producten van de Groep. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Celio International het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁶¹⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (61) 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⁽⁶²⁾. Voor zover de omstreden maatregelen, zoals in punt 4.5.1 werd uiteengezet, Celio International ontheffen van de vennootschapsbelasting die het anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Celio International bevrijden van een last die het normaal gesproken had moeten dragen in zijn gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁶³⁾, 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

- (62) 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⁽⁶⁴⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Celio International een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar jaarlijks verschuldigde vennootschapsbelasting uit hoofde van het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting te verminderen, zonder enige rechtsgrondslag of rechtvaardiging voor die vermindering.

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ 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.

⁽⁶²⁾ 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.

⁽⁶³⁾ 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, Rousse 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.

⁽⁶⁴⁾ 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.

4.5.1. *Voordeel*

- (63) 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 ⁽⁶⁵⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf ⁽⁶⁶⁾. 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 ⁽⁶⁷⁾.
- (64) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Celio International een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België.
- (65) De omstreden maatregelen hebben Celio International in staat gesteld zijn belastbare grondslag te bepalen op basis van een fictief winstniveau (in de vorm van een operationele marge van [2,5-3] %) in plaats van zijn boekhoudkundige winst in de jaarrekening. Indien de boekhoudkundige winst van Celio International in een bepaald jaar hoger is dan het fictieve winstniveau, mag Celio International de corresponderende “overwinst” door de omstreden maatregelen van vennootschapsbelasting in België vrijstellen. Celio International mocht 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 Celio International in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Celio International een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (66) 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 Celio International 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” ⁽⁶⁸⁾. 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” ⁽⁶⁹⁾.
- (67) 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.
- (68) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 Celio International 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 Celio International ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (69) 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 ⁽⁷⁰⁾. 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

⁽⁶⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁶⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁶⁷⁾ 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.

⁽⁶⁸⁾ 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.

⁽⁶⁹⁾ Ibid.

⁽⁷⁰⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

kunnen genieten⁽⁷¹⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Celio International bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

- (70) 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 Celio International bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Celio International daardoor zijn belastbare grondslag mag 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.
- (71) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Celio International 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*

- (72) 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 situaties bevinden, ongelijk behandelt⁽⁷²⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst⁽⁷³⁾. 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.
- (73) 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)⁽⁷⁴⁾.
- (74) Door de omstreden maatregelen mag Celio International een deel van zijn gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan hem was toegewezen en in zijn 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.
- (75) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (19), 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⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

⁽⁷²⁾ 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.

⁽⁷³⁾ 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.

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

- (76) 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.
- (77) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁷⁶⁾.
- (78) Zoals volgt uit punt (21), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Celio International) 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.
- (79) In de punten (80) tot en met (92) 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 Celio International is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Celio International, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (80) In de eerste plaats bevat geen van de rulings enige aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Celio International wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De rulings verlenen een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, 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.
- (81) In dat verband stelt het antwoord van 2005 van de Belgische minister van Financiën op een parlementaire vraag over de rulings inzake “overwinst” 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 Celio International.

⁽⁷⁶⁾ 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.”

- (82) 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.
- (83) Aangezien de rulings Celio International toestaan een deel van zijn geboekte winst 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 Celio International om tot zijn 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 Celio International en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (84) 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 Celio International, 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 Celio International en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (85) Zoals uitgelegd in punt (9), beginnen de rulings met het valideren van de beprijzing van intragroepstransacties van Celio International met lokale gelieerde entiteiten. De beprijzing van die transacties is hetzij summier beschreven (bijv. als een commissie op de aankopen voor Garvis of als een vergoeding op basis van de kosten voor de logistieke hub, wat in beide gevallen wijst op het gebruik van de TNMM, met de lokale gelieerde entiteiten van de Groep als minst complexe en dus geteste partij bij die transacties), hetzij geheel niet beschreven (wat betreft de vergoeding die Celio International aan IPCo betaalt voor het gebruik van het merk “Celio”), of beschreven met als voorwaarde voor de toepassing van de rulling dat de beprijzing marktconform moet zijn (wat betreft de vergoeding van distributeurs met laag risico in de rulling van 2006). Niettemin zijn de rulings afgegeven onder de aanname dat alle transacties met gelieerde partijen marktconform geprijsd zijn en de gelieerde partijen een routinevergoeding ontvangen⁽⁷⁷⁾. Voor Celio International daarentegen wordt in de rulings een complex functieprofiel beschreven⁽⁷⁸⁾. Het logische gevolg daarvan is dat de residuele winst die overblijft uit die bovengenoemde verbonden transacties, nadat die gelieerde entiteiten van Celio International een zakelijke vergoeding hebben ontvangen, en Celio International IPCo voor het gebruik van het merk heeft vergoed, door Celio International wordt behaald en in zijn jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (86) Niettemin wordt in de rulings de redenering gevolgd dat vanwege het “organisatorische centrale”-model⁽⁷⁹⁾ dat door de Groep wordt ingevoerd, Celio International, als “organisatorische centrale”, zal profiteren van de synergieën die als gevolg van de centralisatie ontstaan⁽⁸⁰⁾. Volgens de rulling moet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 worden toegepast om de belastbare winst te verminderen “[...] dans la mesure où Celio International SA n’aurait pu jouer ce rôle central si la décision n’avait pas été prise au niveau des actionnaires et sans investissements conséquents”⁽⁸¹⁾ “[...] voor zover Celio International geen “organisatorische centrale” had kunnen worden zonder die beslissing van de aandeelhouders en zonder aanzienlijke investeringen” (vertaling Commissie)]. Hoewel in de rulings zelf wordt toegegeven dat “[o]p het eerste zicht [...] Celio International NV een complexe entiteit [is] en [...] uiteraard niet geschikt [is] als ‘tested party’”⁽⁸²⁾, wordt in de rulings aangevoerd dat de “vergoeding” van Celio International (d.w.z. zijn belastbare grondslag, bij gebreke van een afzonderlijke transactie waarvoor een vergoeding verschuldigd is) moet worden bepaald door de TNMM (een tweede keer) toe te passen met Celio International als geteste partij, zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden geprijsd of welke gelieerde partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Elk positief verschil tussen de boekhoudkundige winst van Celio International die naar aanleiding van intragroepstransacties in de jaarrekening wordt opgenomen en waarvan in de rulings wordt aangenomen dat deze marktconform is, en de aangepaste zakelijke winst die voortvloeit uit de toepassing van de TNMM, wordt door de omstreden maatregelen als “overwinst” van belasting vrijgesteld.

⁽⁷⁷⁾ Ruling van 2006, afsluitende conclusies, paragraaf 4.

⁽⁷⁸⁾ Ruling van 2006, paragrafen 8, 12, 13 tot en met 16, 19, 21, 22, 27, 35 en 37.

⁽⁷⁹⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “central organiser” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturier voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁸⁰⁾ Ruling van 2006, paragraaf 38, en rulling van 2012, paragrafen 58 tot en met 60.

⁽⁸¹⁾ Ruling van 2012, paragraaf 62.

⁽⁸²⁾ Ruling van 2006, paragraaf 27.

- (87) Anders dan in 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. 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 intragroepstransacties (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⁽⁸³⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.
- (88) 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 is beprijsd⁽⁸⁴⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Celio International te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (89) In de rulings lijkt te worden aangevoerd dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” zijn oorsprong vindt in synergieën. Om te beginnen merkt de Commissie hierbij op dat synergieën geen transacties of immateriële activa zijn⁽⁸⁵⁾. 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⁽⁸⁶⁾; 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⁽⁸⁷⁾.
- (90) Geen van deze stappen is gevolgd in de rulings. De rulings nemen eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten⁽⁸⁸⁾, 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 de door Celio International gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan Celio International is toegewezen naar aanleiding van

⁽⁸³⁾ 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)].

⁽⁸⁴⁾ 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.

⁽⁸⁵⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁸⁶⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁸⁷⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁸⁸⁾ In de rulings wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke kosten zouden zijn verminderd noch welke kostenbesparingen zouden kunnen zijn verwezenlijkt en evenmin hoe inkomsten zouden zijn verhoogd.

zakelijke intragroepstransacties en in zijn jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die Celio International zou hebben behaald als het onafhankelijk van de Groep actief was geweest.

- (91) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden, en zelfs als er doelbewuste gezamenlijke acties zouden zijn die dergelijke voordelen opleveren, en indien de verbonden partijen die die acties uitvoeren en de bijdragen van die verbonden partijen naar behoren waren vastgesteld (quod non), dan moeten de voordelen uit doelbewuste gezamenlijke acties worden meegenomen in de prijzen die Celio International aan die verbonden partijen in rekening brengt ⁽⁸⁹⁾, ⁽⁹⁰⁾.
- (92) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (83), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Celio International om tot zijn 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 Celio International leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*
- (93) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (66) 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 ⁽⁹¹⁾.
- (94) In punt (74) 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 (75), 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.
- (95) De voorlopige conclusie van de punten (80) tot en met (92) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Celio International, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Celio International een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (96) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (68) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Celio International 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (87) heeft betwist.
- (97) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Celio International toe te staan een deel van zijn geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.

⁽⁸⁹⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 1.168.

⁽⁹⁰⁾ Zie ook de stappen iii) en iv) van punt (89). De voordelen van centrale aankoop, bijvoorbeeld als gevolg van volumekortingen, kunnen eventueel als het resultaat van doelbewuste gezamenlijke acties worden beschouwd.

⁽⁹¹⁾ 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.

- (98) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Celio International 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⁽⁹²⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten, worden standaard belast op die winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (99) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Celio International selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten, 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (100) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Celio International 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 Celio International tot onder het niveau van de zakelijke winst die in zijn jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (85). 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 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.
- (101) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Celio International 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (102) 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⁽⁹³⁾. 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⁽⁹⁴⁾.
- (103) 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 Celio International, waardoor die onderneming 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.
- (104) 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

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ 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.

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⁽⁹⁵⁾. 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.

- (105) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (80) en met (83), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de rulings zijn gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Celio International 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.
- (106) 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 (84) tot en met (92), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Celio International en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (107) 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.
- (108) 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 begunstigden van die steun

- (109) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Celio International staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (110) 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.”⁽⁹⁶⁾ 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⁽⁹⁷⁾.
- (111) In dit geval maakt Celio International deel uit van de Groep. Bovendien stellen de rulings dat het de aandeelhouders van de Groep waren die besloten om een “central organiser”-model⁽⁹⁸⁾ op te zetten, met Celio International als “central organiser”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.

⁽⁹⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

⁽⁹⁶⁾ 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.

⁽⁹⁷⁾ 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.

⁽⁹⁸⁾ Ruling van 2006, paragraaf 38.

- (112) 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⁽⁹⁹⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Celio-groep, naast Celio International, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (113) 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)⁽¹⁰⁰⁾. 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)⁽¹⁰¹⁾. 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.
- (114) 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

- (115) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt⁽¹⁰²⁾, 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⁽¹⁰³⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽¹⁰⁴⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (116) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Celio International en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (117) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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⁽¹⁰⁵⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de rulings inzake “overwinst” die door België aan Celio International NV/SA zijn afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die rulings zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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:

⁽⁹⁹⁾ 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 [...]”.

⁽¹⁰⁰⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽¹⁰¹⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽¹⁰²⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽¹⁰³⁾ 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.

⁽¹⁰⁴⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽¹⁰⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

- de jaarrekeningen van Celio International NV/SA voor de jaren waarin de rulings door die onderneming werden gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Celio International NV/SA over die jaren;
- 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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53993 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Magnetrol****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/30)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2014 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Magnetrol International NV (im Folgenden „Magnetrol“) für die Steuerjahre 2012 bis 2016 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Magnetrol für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Magnetrol einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahme Magnetrol einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Magnetrol im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Magnetrol durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Magnetrol gegenüber allen anderen körperschaftssteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Magnetrol bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftssteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahme erstellten jährlichen Steuererklärungen von Magnetrol akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV zugunsten von Magnetrol und der Magnetrol-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Magnetrol International NV («Magnetrol») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès de Magnetrol.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Magnetrol, 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) Magnetrol est établie à Zele, en Belgique, et fait partie du groupe Magnetrol (le «Groupe»), un producteur international d'instruments de mesure de niveaux et de débits. Le Groupe possède des installations de production aux États-Unis, en Europe et en Chine. Il vend ses produits sur différents marchés par l'intermédiaire d'un réseau de bureaux de vente, de distributeurs et de représentants et est présent dans le monde entier. Magnetrol joue le rôle de siège social pour la région formée par l'Europe, le Moyen-Orient, l'Afrique et l'Inde (en anglais Europe, Middle East, Africa and India region ou «EMEAI») et exploite en Belgique une installation de production de plus de 2 400 m².
- (6) À la fin de l'année 2011, Magnetrol occupait 117 personnes à temps plein en Belgique. Elle possède une filiale en Allemagne et des succursales en France, en Inde, à Dubaï et en Italie, ainsi qu'un bureau de représentation en Russie ⁽³⁾.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Magnetrol sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Magnetrol:

— le 26 février 2014, Magnetrol a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que [60-80] % du bénéfice net avant impôt (en anglais net profit before tax ou «NPBT») de Magnetrol pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie ci-après.

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2013.612 du 26 février 2014, adressée à Magnetrol.

2.2.1. L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée

- (8) La décision anticipée décrit le projet du Groupe de mettre en place une structure d'«entrepreneur central», avec Magnetrol en Belgique comme société donneuse d'ordre. Magnetrol exercera par conséquent toutes les fonctions stratégiques et assumera la plupart des risques et responsabilités (en tant qu'«entrepreneur central») liés à la gestion du processus de production et de distribution. Magnetrol bénéficiera du soutien d'entités de vente locales établies dans la région EMEAI et d'une nouvelle installation de production située à Dubaï, qui exercera des fonctions restreintes et supportera des risques limités. La décision anticipée explique ensuite que la fonction de coordination centrale de Magnetrol sera complétée par une capacité de production plus importante, avec de nouvelles installations et une capacité de production accrue en ce qui concerne l'installation belge, ainsi que par la centralisation de l'information et des ventes. Enfin, la décision anticipée indique que la centralisation accrue des activités de vente, de production et de gestion dans la région EMEAI au niveau de Magnetrol permettra à cette dernière de gérer son processus de production et de distribution de façon plus efficace, ce qui conduira à une augmentation des ventes et à une diminution des coûts d'exploitation et, partant, à des bénéfices plus élevés ⁽⁵⁾.

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) La décision anticipée valide la fixation des prix des transactions intragroupe entre Magnetrol et les entités de vente locales dans la structure d'«entrepreneur central» ⁽⁶⁾. Plus précisément, la décision anticipée valide:
- le fait que, dans la structure d'«entrepreneur central», Magnetrol soit responsable des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les entités de vente locales et l'entité de production de Dubaï exécutent des fonctions de routine au profit de Magnetrol;
 - l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») pour la rémunération des transactions de Magnetrol avec les entités de vente locales, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la partie «testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe;
 - les résultats de cette MTMN fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des entités de vente locales est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si ces entités réalisent une marge d'exploitation de [2-2,5] % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal à [2-2,5] % des ventes/recettes);
 - le fait que la rémunération de l'entité de production de Dubaï reposant sur la méthode du coût majoré ne doive pas être remise en question.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en place de la structure d'«entrepreneur central» entraînera des synergies et d'autres économies d'échelle, qui profiteront à l'ensemble du Groupe. Au nombre de ces avantages allégués pour le Groupe figurent des synergies en matière d'exploitation résultant d'initiatives visant à accroître la rapidité et l'efficacité du processus décisionnel, à améliorer l'efficacité de la gestion directe en ce qui concerne le processus de vente dans la région EMEAI, ainsi qu'à centraliser davantage la stratégie en matière de fixation des prix pour ce processus. La décision anticipée cite également l'amélioration des relations avec les clients, la consolidation du service clientèle pour la région EMEAI en Belgique et la centralisation de la chaîne d'approvisionnement pour cette même région. Elle indique que les synergies susmentionnées conduiront à une augmentation des ventes de [5-10] % par an par rapport à l'augmentation des ventes escomptée en l'absence de synergies, tandis que les coûts devraient diminuer d'[1,5-2] % par an ⁽⁷⁾. Elle considère ensuite que «toutes les entités du Groupe, y compris l'entrepreneur central, devraient percevoir une rémunération de pleine concurrence tenant compte de leur profil de fonctions et de risques» ⁽⁸⁾. Elle poursuit en affirmant qu'en l'espèce, «attribuer à l'entrepreneur central belge [soit Magnetrol] des bénéfices supplémentaires éventuels découlant de synergies et d'économies d'échelle aboutirait à ce que des bénéfices excédentaires soient comptabilisés en son nom» ⁽⁹⁾.
- (11) Selon la décision anticipée, les «bénéfices comptables excédentaires» susmentionnés, c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies et aux économies d'échelle, peuvent être calculés comme la différence entre ⁽¹⁰⁾:
- (i) le bénéfice que Magnetrol va réellement générer et enregistrer dans ses comptes annuels; et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «pure» pour tenir compte des fonctions d'«entrepreneur central» de Magnetrol.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 31 à 57.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, points 58 à 60 et 86 à 100.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, points 62 à 70.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, point 79.

⁽⁹⁾ Ibidem.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, points 81.8, 84 et 85.

Le montant visé au point (i) représente le bénéfice résiduel de Magnetrol, c'est-à-dire le chiffre d'affaires total tiré des ventes aux tiers et aux sociétés de distribution liées duquel sont déduites la rémunération de pleine concurrence pour les entités de distribution et l'entité de production de Dubaï et les dépenses d'exploitation propres de Magnetrol. Le montant visé au point (ii) est déterminé en effectuant une deuxième analyse des prix de transfert en utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant Magnetrol comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge de NPBT de [5-10] % (c'est-à-dire que son NPBT devrait être égal à [5-10] % des ventes/recettes) ⁽¹¹⁾.

- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels de Magnetrol pour les années 2012 à 2016, et compte tenu d'autres incitations fiscales ⁽¹²⁾, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels à exonérer à [60-80] % du NPBT réel de Magnetrol pendant ces années.
- (13) La décision anticipée justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ⁽¹³⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, à l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, ainsi qu'à une 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 ⁽¹⁴⁾.
- (14) La décision anticipée déclare que Magnetrol est autorisée à exonérer un montant équivalant à [60-80] % de son NPBT annuel de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans ⁽¹⁵⁾. Il est prévu que ce pourcentage soit revu et ajusté si nécessaire au bout de trois ans ⁽¹⁶⁾.

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

- (15) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (16) 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 bénéfices. 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»*.
- (17) 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 1er, 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.
- (18) 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.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, points 101 à 119.

⁽¹²⁾ À savoir, notamment, le montant budgétisé de la déduction d'intérêts notionnels. Voir la décision anticipée, point 140.4.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, point 149.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, points 150, 151 et 152.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, points 160 et 161.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, point 163.

2.3.1.1. La loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR

- (19) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽¹⁷⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (20) 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»).
- (21) 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.
- (22) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (23) 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 ⁽¹⁸⁾. 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» ⁽¹⁹⁾. 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» ⁽²⁰⁾. 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 ⁽²¹⁾. 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.

⁽¹⁷⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

⁽¹⁸⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽¹⁹⁾ 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 92. 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.»

⁽²⁰⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²¹⁾ Ibidem, pp. 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.»

- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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 ⁽²²⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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) ⁽²³⁾ 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»

- (29) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²⁴⁾, 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.
- (30) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽²⁵⁾ 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.
- (31) 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.

⁽²²⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽²³⁾ 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».

⁽²⁴⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁵⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mercredi 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (32) 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 ⁽²⁶⁾. 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

- (33) 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 ⁽²⁷⁾.
- (34) 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.»

- (35) 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.
- (36) 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 ⁽²⁸⁾. 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.

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

- (37) 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») ⁽²⁹⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (38) 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.

⁽²⁶⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mardi 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ Voir la note de bas de page n° 17.

⁽²⁹⁾ 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»).

- (39) 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⁽³⁰⁾. 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⁽³¹⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (40) 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.
- (41) 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⁽³²⁾. 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.
- (42) 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.»*
- (43) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³³⁾ 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⁽³⁴⁾. 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⁽³⁵⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (44) 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.
- (45) 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.

⁽³⁰⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³¹⁾ 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.

⁽³²⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³³⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁴⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁵⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

- 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 ⁽³⁶⁾.
 - 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 ⁽³⁷⁾. 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 ⁽³⁸⁾. 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.
- (46) 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 ⁽³⁹⁾.
- (47) 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 ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ 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».

⁽³⁷⁾ 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.»

⁽³⁸⁾ 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.

⁽³⁹⁾ 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.»

⁽⁴⁰⁾ 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.

- (48) 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 ⁽⁴¹⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴²⁾, 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.
- (49) 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) ⁽⁴³⁾. 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

- (50) 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.
- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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.

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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.

⁽⁴³⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

4. APPRÉCIATION DES MESURES CONTESTÉES

4.1. Existence d'une aide

- (55) 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 ⁽⁴⁴⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (56) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Magnetrol, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses 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.
- (57) 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 ⁽⁴⁵⁾. La décision anticipée a permis à Magnetrol d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 de Magnetrol 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

- (58) 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, Magnetrol fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Magnetrol est chargée du développement et de la commercialisation des produits du Groupe dans la région EMEA. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de Magnetrol est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁴⁶⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (59) 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 ⁽⁴⁷⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Magnetrol de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Magnetrol d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence ⁽⁴⁸⁾; 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.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

4.5. **Avantage sélectif**

- (60) 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⁽⁴⁹⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Magnetrol parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur le revenu des sociétés qu'elle doit 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**

- (61) 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⁽⁵⁰⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁵¹⁾. 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⁽⁵²⁾.
- (62) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Magnetrol en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre Magnetrol et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe. Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde sur la MTMN, a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine qui équivaut à une marge d'exploitation ou à une marge nette sur coûts, tandis que le bénéfice résiduel généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à Magnetrol. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels de Magnetrol et fournit la base de son NPBT.
- (63) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} septembre 2011 au samedi 31 décembre 2016, Magnetrol a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Magnetrol n'a été autorisée 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 de Magnetrol, 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 Magnetrol, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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**

- (64) 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 Magnetrol 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁵³⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁵⁴⁾.
- (65) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵¹⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ Ibidem.

- (66) 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 1er, 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 Magnetrol un avantage sous forme de réduction de sa 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 de Magnetrol par rapport à des entreprises comparables

- (67) 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⁽⁵⁵⁾. 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⁽⁵⁶⁾. 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 de Magnetrol par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (68) 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 de Delta Light par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (69) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de Magnetrol 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

- (70) 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⁽⁵⁷⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁵⁸⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (71) 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)⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁵⁶⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁵⁷⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ 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.

- (72) Les mesures contestées permettent à Delta Light d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (73) 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 (17), 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*»⁽⁶⁰⁾.
- (74) 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).
- (75) 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⁽⁶¹⁾.
- (76) Ainsi qu'il ressort du considérant (19), 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 Magnetrol) 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.
- (77) Aux considérants (78) à (92), 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 Magnetrol 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 de Magnetrol, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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.

⁽⁶⁰⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525): «*sauf dérogation expresse de la loi fiscale, les bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable*».

⁽⁶¹⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: L'ajustement corrélatif «approprié» mentionné au littéra 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. [...] A 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.»

(a) *Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne sont pas inclus dans les bénéfices d'une société associée étrangère*

- (78) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Magnetrol ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (79) Le point 152 de la décision anticipée s'appuie, par contre, 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 Magnetrol.
- (80) 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.
- (81) Étant donné que la décision anticipée autorise Magnetrol à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de Magnetrol pour parvenir à son 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 Magnetrol et des contreparties associées étrangères.*

- (82) 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 de Magnetrol, 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 Magnetrol et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.
- (83) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider la fixation des prix des transactions intragroupe de Magnetrol avec les filiales locales. Pour ce faire, une analyse des prix de transfert est effectuée en s'appuyant sur la MTMN, les filiales de vente locales du Groupe étant considérées comme les parties les moins complexes, et partant comme les parties testées à ces transactions ⁽⁶²⁾. Cette analyse — qui ne relève pas de l'objet de la présente décision — permet de déterminer une rémunération «de routine» de pleine concurrence pour ces filiales. La conséquence logique de l'application de la MTMN aux filiales de vente locales dans cette analyse est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces filiales ont obtenu une rémunération de pleine concurrence, revient à Magnetrol et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (84) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN a été choisie pour fixer le prix des transactions intragroupe de Magnetrol et que le Service des décisions anticipées accepte cette méthode, de même que la désignation de cette entité comme «entrepreneur central», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.

⁽⁶²⁾ En ce qui concerne l'installation de production locale de Dubaï, la décision anticipée indique qu'elle sera entièrement contrôlée par Magnetrol et qu'elle sera rémunérée en tenant compte du coût majoré eu égard aux risques limités qu'elle devra supporter. Voir la décision anticipée, point 48.

- (85) Néanmoins, la décision anticipée soutient qu'en raison de la structure d'«entrepreneur central»⁽⁶³⁾ mise en place par le Groupe, Magnetrol, en tant qu'«entrepreneur central», générera des «*bénéfices comptables excédentaires*» sous la forme de synergies et d'économies d'échelle⁽⁶⁴⁾. Elle explique en outre que «[c]ontrairement à l'article 9, paragraphe 2, du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR fournit une base juridique permettant de s'écarter des bénéfices comptables et de réduire les bénéfices imposables en dehors de la comptabilité sans qu'une double imposition (effective ou potentielle) soit nécessaire. Il suffit de démontrer que le bénéfice enregistré par l'entité belge du Groupe est excessif (c'est-à-dire qu'il n'est pas conforme au principe de pleine concurrence)»⁽⁶⁵⁾. Selon la décision anticipée, cet ajustement doit être déterminé comme la différence entre: i) le NBPT que Magnetrol, en tant qu'«entrepreneur central», devrait générer suivant l'approche fondée sur les bénéfices résiduels décrite au considérant (83); et ii) le NBPT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient⁽⁶⁶⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN une deuxième fois, mais cette fois avec Magnetrol comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (86) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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⁽⁶⁷⁾. 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.
- (87) 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⁽⁶⁸⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de Magnetrol, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (88) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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⁽⁶⁹⁾. Dans certaines circonstances, les synergies de

⁽⁶³⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur global». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonner pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶⁴⁾ Décision anticipée, point 79.

⁽⁶⁵⁾ Décision anticipée, point 81.1.

⁽⁶⁶⁾ Décision anticipée, point 85.

⁽⁶⁷⁾ 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. [...]».

⁽⁶⁸⁾ 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.

⁽⁶⁹⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

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 ⁽⁷⁰⁾; ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷¹⁾.

- (89) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe ⁽⁷²⁾, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par Magnetrol, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (90) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée ⁽⁷³⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés ⁽⁷⁴⁾.
- (91) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices résultant 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à Magnetrol. Plus précisément, la décision anticipée indique que *la centralisation accrue des activités de vente, de production et d'exploitation dans la région EMEAI au niveau de [Magnetrol] permet à cette dernière de gérer son processus de production et de distribution de façon plus efficace, ce qui conduira à une augmentation des ventes et à une diminution des coûts d'exploitation et, de ce fait, à des bénéfices plus élevés* ⁽⁷⁵⁾. Cela indique que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions de Magnetrol en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (92) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (81), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de Magnetrol pour parvenir à son 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 de Magnetrol entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (93) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (64) 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 ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁰⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷¹⁾ 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.

⁽⁷²⁾ La décision anticipée ne fait référence, de façon très générale, qu'à de potentielles augmentations de vente consolidées résultant de synergies.

⁽⁷³⁾ Décision anticipée, point 149.

⁽⁷⁴⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (88)].

⁽⁷⁵⁾ Décision anticipée, point 32.

⁽⁷⁶⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

- (94) Au considérant (72), 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 (73), 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.
- (95) Aux considérants (78) à (92), 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 de Magnetrol, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 le revenu des sociétés qu'elle doit acquitter au titre du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique. En octroyant à Magnetrol une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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

- (96) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (66) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Magnetrol 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (86).
- (97) En effet, en permettant à Magnetrol d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (98) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Magnetrol 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»⁽⁷⁷⁾. 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.
- (99) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Magnetrol 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.
- (100) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Magnetrol 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 de Magnetrol à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (84). 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

⁽⁷⁷⁾ 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. Cela est confirmé par le point 126 de la décision anticipée, qui dispose que «[b]ien que les activités existantes (en Belgique) bénéficient également des effets de synergie résultant des investissements, aucune exonération n'est demandée pour les bénéfices excédentaires liés à cette activité historique de Magnetrol. En effet, l'exonération prévue par l'article 185, paragraphe 2, point b, du CIR ne peut être appliquée à des activités existantes.»

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.

- (101) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Magnetrol 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (102) 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 ⁽⁷⁸⁾. 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 ⁽⁷⁹⁾.
- (103) 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 de Magnetrol, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (104) 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 ⁽⁸⁰⁾. 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.
- (105) Premièrement, comme expliqué aux considérants (78) à (81), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de Magnetrol 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (106) 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 (82) à (92), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Magnetrol et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (107) 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.

⁽⁷⁸⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁷⁹⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁸⁰⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (108) 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

- (109) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Magnetrol sous la forme d'une exonération fiscale.
- (110) 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»⁽⁸¹⁾. 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⁽⁸²⁾.
- (111) En l'espèce, Magnetrol est le siège social du Groupe pour la région EMEAL. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure d'«entrepreneur central», avec Magnetrol en tant qu'«entrepreneur central», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (112) 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⁽⁸³⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe Magnetrol, en plus de Magnetrol, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (113) 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)⁽⁸⁴⁾. 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)⁽⁸⁵⁾. L'article 1er, 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».
- (114) 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

- (115) 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⁽⁸⁶⁾, 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⁽⁸⁷⁾. 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⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸¹⁾ 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.

⁽⁸²⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

⁽⁸³⁾ 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 [...]».

⁽⁸⁴⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁸⁵⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

- (116) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Magnetrol 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.
- (117) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽⁸⁹⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Magnetrol International NV par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de Magnetrol International NV relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de Magnetrol International NV pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

⁽⁸⁹⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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") ⁽¹⁾. 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. Magnetrol International NV ("Magnetrol") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Magnetrol 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") ⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Magnetrol is 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) Magnetrol is gevestigd in Zele, België, en maakt deel uit van de Magnetrol Group ("de Groep"), een internationale producent van niveau- en debietmeetinstrumenten. De groep beschikt over productiefaciliteiten in de Verenigde Staten, Europa en China. Hij verkoopt zijn producten op verschillende markten via een netwerk van verkoopkantoren, distributeurs en vertegenwoordigers over de hele wereld. Magnetrol opereert als het hoofdkwartier voor de regio's Europa, Midden-Oosten, Afrika en India ("EMEA") en exploiteert in België een productiefaciliteit van ruim 2 400 m².
- (6) Eind 2011 had Magnetrol in België 117 fulltimewerknemers in dienst. Magnetrol heeft een dochteronderneming in Duitsland, filialen in Frankrijk, India, Dubai en Italië en een vertegenwoordiging in Rusland ⁽³⁾.

2.2. De omstreden maatregelen

- (7) De "omstreden maatregelen" in dit besluit bestaan uit de hieronder genoemde ruling en de aanvaarding door de Belgische belastingautoriteiten van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van Magnetrol die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan Magnetrol een vrijstelling van "overwinst" hebben toegekend:
 - Op 26 februari 2014 heeft Magnetrol een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 bestrijkt ("de ruling") ⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat [60-80] % van de nettowinst vóór belasting (Net Profit Before Tax, afgekort NPBT) van Magnetrol op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting mocht worden vrijgesteld als "overwinst" (ook "excessieve (boekhoudkundige) winst(en)" of "meerwinst" genoemd).

⁽¹⁾ 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).

⁽²⁾ Aanhangige zaak, Commissie/België en Magnetrol International, zaak C-337/19 P.

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals hieronder gedefinieerd.

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2013.612 van 26 februari 2014, gericht aan Magnetrol.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) In de ruling wordt het plan van de Groep beschreven om een “central entrepreneur model” in te voeren, met Magnetrol in België als hoofdkantoor. Daardoor zal Magnetrol alle strategische functies vervullen en de meeste risico's en verantwoordelijkheden dragen (d.w.z. de “central entrepreneur” vormen) met betrekking tot het beheer van het productie- en distributieproces. Magnetrol zal worden ondersteund door lokale verkoopentiteiten in de EMEAI-regio en een nieuwe productiefaciliteit in Dubai, die beperkte functies zullen vervullen en een laag risicoprofiel zullen hebben. In de ruling wordt vervolgens uitgelegd dat de centrale coördinatiefunctie van Magnetrol zal worden aangevuld met een uitbreiding van de productiecapaciteit, met nieuwe faciliteiten en een grotere productiecapaciteit van de Belgische faciliteit, en de centralisatie van informatie en de verkoop. Tot slot stelt de ruling dat een verdere centralisatie van de EMEAI verkoops-, productie- en managementactiviteiten op het niveau van Magnetrol deze laatste in staat zal stellen om haar productie- en distributieproces op een efficiëntere manier te beheren waardoor de verkopen zullen stijgen en de operationele kosten zullen dalen, met als gevolg een stijging van de winst ⁽³⁾.

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

- (9) De ruling valideert de beprijzing van intragroepstransacties tussen Magnetrol en de lokale verkoopentiteiten binnen het “central entrepreneur model” ⁽⁶⁾. De ruling valideert met name het volgende:
- het feit dat Magnetrol in het “central entrepreneur”-model verantwoordelijk is voor de belangrijkste functies en de meeste risico's draagt, terwijl de lokale verkoopentiteiten en de productie-entiteit in Dubai routinefuncties uitoefenen ten behoeve van Magnetrol;
 - het gebruik van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) voor de vergoeding van de transacties tussen Magnetrol en de lokale verkoopentiteiten, waarbij die entiteiten voor de toepassing van de TNMM worden beschouwd als de “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe partij;
 - de resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie die aangeeft dat een vergoeding van de lokale verkoopentiteiten zakelijk wordt geacht indien een operationele marge van [2-2,5] % wordt gemaakt door de lokale verkoopentiteiten (d.w.z. hun operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [2-2,5] % van de omzet/inkomsten);
 - het feit dat de vergoeding voor de productie-entiteit in Dubai is gebaseerd op de cost plus-methode wordt niet in vraag gesteld.
- (10) De ruling stelt dat de invoering van het “central entrepreneur”-model zal leiden tot synergie-effecten en andere schaalvoordelen waarvan de Groep als geheel zal profiteren. De voordelen voor de groep zouden operationele synergieën omvatten als gevolg van initiatieven om de snelheid en efficiëntie van het besluitvormingsproces te verhogen, de efficiëntie van het direct management met betrekking tot het EMEAI-verkoopproces te verbeteren en de prijszettingstrategie voor het EMEAI-verkoopproces verder te centraliseren. Ook een verbetering van de klantenrelaties, de consolidatie van de EMEAI-klantendiensten in België en de centralisatie van de EMEAI supply chain zouden daartoe behoren. De ruling stelt dat de bovengenoemde synergieën zullen resulteren in een toename van de verkopen van [5-10] % per jaar ten opzichte van de verwachte verkopen zonder synergieën, terwijl de kosten worden verwacht te dalen met [1,5-2] % per jaar ⁽⁷⁾. Vervolgens stelt de ruling: “Alle groepsvennootschappen, inclusief de Central Entrepreneur, moeten een arm's length vergoeding ontvangen rekening houdend met hun functioneel en risicoprofiel.” ⁽⁸⁾ De ruling vervolgt dat in deze zaak “[d]e toewijzing van eventuele additionele winsten voortvloeiend uit de synergie- en schaalvoordelen aan de Belgische Central Entrepreneur, (i.e. Magnetrol), zou resulteren in excessieve boekhoudkundige winsten in zijn hoofde” ⁽⁹⁾.
- (11) Volgens de ruling kunnen de bovengenoemde “excessieve boekhoudkundige winsten”, d.w.z. de winst die kan worden toegerekend aan synergie-effecten en schaalvoordelen, worden vastgesteld als het verschil tussen ⁽¹⁰⁾:
- (i) de winst die Magnetrol daadwerkelijk zal genereren en in haar jaarrekening zal opnemen; en
 - (ii) een zogenaamde “zuivere” zakelijke winst voor de “central entrepreneur”-functies van Magnetrol.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de residuele winst van Magnetrol, d.w.z. de totale omzet van verkopen aan derde partijen en de verbonden distributie-entiteiten waarop de arm's length vergoeding voor de productie-entiteit in Dubai alsmede de eigen operationele kosten van Magnetrol in mindering zijn gebracht. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een tweede verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, maar deze keer met Magnetrol als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan haar vermeende aangepaste zakelijke winst wordt gebenchmarkt op een NPBT-marge van [5-10] % (d.w.z. haar NPBT zou gelijk moeten zijn aan [5-10] % van de omzet/inkomsten) ⁽¹¹⁾.

⁽³⁾ Ruling, paragrafen 31 tot en met 57.

⁽⁶⁾ Ruling, paragrafen 58 tot en met 60 en 86 tot en met 100.

⁽⁷⁾ Ruling, paragrafen 62 tot en met 70.

⁽⁸⁾ Ruling, paragraaf 79.

⁽⁹⁾ Ibid.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragrafen 81.8, 84 en 85.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragrafen 101 tot en met 119.

- (12) Gebaseerd op de gebudgetteerde cijfers voor Magnetrol over de jaren 2012 tot en met 2016 en rekening houdend met andere fiscale stimuli⁽¹²⁾ wordt in de ruling bepaald dat de jaarlijkse “excessieve winst” die mag worden vrijgesteld, [60-80] % bedraagt van de werkelijke NPBT van Magnetrol in die jaren.
- (13) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van “overwinst” door te verwijzen naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010⁽¹³⁾. Zij verwijst vervolgens naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92, de memorie van toelichting bij de wet van 21 juni 2004 en 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 winst moet worden opgenomen⁽¹⁴⁾.
- (14) De ruling verklaart dat Magnetrol een bedrag gelijk aan [60-80] % van haar jaarlijkse NPBT voor een periode van vijf jaar in België van vennootschapsbelasting mag vrijstellen⁽¹⁵⁾. Dat percentage moet na een periode van drie jaar opnieuw worden berekend en indien nodig worden aangepast⁽¹⁶⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (15) 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).
- (16) 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”.
- (17) 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.
- (18) 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-aftekbare 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

- (19) Bij de wet van 21 juni 2004⁽¹⁷⁾ 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:

⁽¹²⁾ Met name het gebudgetteerde bedrag aan notionele intrestaftrek, zie de ruling, paragraaf 140.4.

⁽¹³⁾ Ruling, paragraaf 149.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragrafen 150, 151 en 152.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragrafen 160 en 161.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragraaf 163.

⁽¹⁷⁾ 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

- 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.”

- (20) 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”).
- (21) 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.
- (22) 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 verrekenprijsregels ook gelden voor Belgische vaste inrichtingen van niet-ingezetenen vennootschappen.

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

- (23) 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⁽¹⁸⁾. 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”⁽¹⁹⁾. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat “[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[s]luit bij de internationaal aanvaarde norm”⁽²⁰⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist⁽²¹⁾. 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.
- (24) 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.
- (25) 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.

⁽¹⁸⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽¹⁹⁾ Ibid., blz. 7: “Door de toevoeging van een tweede paragraaf aan artikel 185, WIB 92, wordt het zogenaamde 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.”

⁽²⁰⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²¹⁾ 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.”

2.3.1.3. *De administratieve circulaire van 4 juli 2006*

- (26) 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⁽²²⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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⁽²³⁾ 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”*

- (29) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²⁴⁾ 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.
- (30) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽²⁵⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.
- (31) 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.
- (32) 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⁽²⁶⁾. 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.

⁽²²⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽²³⁾ 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)]

⁽²⁴⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁵⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽²⁶⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

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

- (33) 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 ⁽²⁷⁾.
- (34) 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.”

- (35) 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.
- (36) 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 ⁽²⁸⁾. 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*

- (37) 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 ⁽²⁹⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (38) 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.
- (39) 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 ⁽³⁰⁾. 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

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ Zie voetnoot 17.

⁽²⁹⁾ 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”).

⁽³⁰⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

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 ⁽³¹⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.

- (40) 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.
- (41) 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 ⁽³²⁾. 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.
- (42) 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)]

- (43) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽³³⁾ 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 ⁽³⁴⁾. Als er van doelbewuste 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 ⁽³⁵⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (44) 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.
- (45) 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 ingezeten 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)

⁽³¹⁾ 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.

⁽³²⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³³⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁴⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁵⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

aanpassing” genoemd en leidt ertoe dat de belastingdienst de door een belastingplichtige aangegeven belastbare winst verhoogt ⁽³⁶⁾.

- 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 ingezet is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽³⁷⁾. 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 ⁽³⁸⁾. 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.

- (46) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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 ⁽³⁹⁾.
- (47) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie

⁽³⁶⁾ 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)]

⁽³⁷⁾ 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, herzielt 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)]

⁽³⁸⁾ 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.

⁽³⁹⁾ 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)]

zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴⁰⁾.

- (48) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴¹⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent ⁽⁴²⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (49) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴³⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (50) 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.
- (51) 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 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.
- (52) 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.

⁽⁴⁰⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴¹⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽⁴²⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴³⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

- (53) 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 probleem van “prijsccontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (54) 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?

- (55) 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 ⁽⁴⁴⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (56) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft Magnetrol zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar 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.
- (57) 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 ⁽⁴⁵⁾. Dankzij de ruling mocht Magnetrol een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar 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 Magnetrol. 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

- (58) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Magnetrol deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Magnetrol is verantwoordelijk voor de ontwikkeling en de commercialisering van de producten van de groep in de EMEAI-regio. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Magnetrol het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden ⁽⁴⁶⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (59) 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⁽⁴⁷⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Magnetrol ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Magnetrol bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁴⁸⁾, 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

- (60) 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⁽⁴⁹⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Magnetrol een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (61) 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⁽⁵⁰⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵¹⁾. 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⁽⁵²⁾.
- (62) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Magnetrol een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), valideert de ruling de beprijzing van intragroeps-transacties tussen Magnetrol en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep. Die verrekenprijsexercitie, die is gebaseerd op de TNMM, leidt ertoe dat die tegenpartijen een vergoeding voor hun zogenoemde routinefuncties wordt toegekend die gelijk is aan een operationele marge, terwijl de residuele winst van de bovengenoemde intragroepstransacties aan Magnetrol wordt toegewezen. Die residuele winst wordt vervolgens in de jaarrekening van Magnetrol opgenomen en vormt de basis voor haar NPBT.
- (63) Door de omstreden maatregelen mocht Magnetrol een deel van haar NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016. Magnetrol mocht 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 Magnetrol in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Magnetrol een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵²⁾ 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

- (64) 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 Magnetrol 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”⁽⁵³⁾. 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”⁽⁵⁴⁾.
- (65) 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.
- (66) 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 Magnetrol 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 Magnetrol ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen

- (67) 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⁽⁵⁵⁾. 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⁽⁵⁶⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Magnetrol bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (68) 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 Magnetrol bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Magnetrol daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (69) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Magnetrol 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

- (70) 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

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ Ibid.

⁽⁵⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU: T:2017:903, punt 79.

⁽⁵⁶⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

situaties bevinden, ongelijk behandelt ⁽⁵⁷⁾). De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst ⁽⁵⁸⁾. 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.

- (71) 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) ⁽⁵⁹⁾.
- (72) Door de omstreden maatregelen mag Magnetrol een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.
- (73) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (17), 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 ⁽⁶⁰⁾.
- (74) 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.

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ Zie 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.

⁽⁶⁰⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable."

- (75) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶¹⁾.
- (76) Zoals volgt uit punt (19), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Magnetrol) 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.
- (77) In de punten (78) tot en met (92) 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 Magnetrol is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Magnetrol, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (78) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Magnetrol wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (79) In paragraaf 152 van de ruling 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 Magnetrol.
- (80) 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.
- (81) Aangezien de ruling Magnetrol toestaat een deel van de geboekte winst 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 Magnetrol om tot haar jaarlijkse belastbare winst te komen, gedaan zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat in de Belgische belastingwetgeving.

⁽⁶¹⁾ 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.”

(b) *De vrijgestelde “overwinst” komt niet voort uit niet-zakelijke transacties tussen Magnetrol en buitenlandse verbonden tegenpartijen*

- (82) 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 Magnetrol, 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 Magnetrol en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (83) Zoals uitgelegd in punt (9), valideert de ruling de beprijzing van intragroepstransacties van Magnetrol met lokale gelieerde entiteiten. Hiertoe wordt een verrekenprijsanalyse verricht waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, met de lokale verkoopentiteiten van de Groep als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties ⁽⁶²⁾. Het resultaat van die analyse — die niet het voorwerp van dit besluit vormt — is dat voor die entiteiten een zakelijke “routine”-vergoeding wordt vastgesteld. Het logische gevolg van de toepassing van de TNMM in die analyse op de lokale verkoopentiteiten van de groep is dat de residuele winst die overblijft uit die verbonden transacties nadat die entiteiten een zakelijke vergoeding hebben ontvangen, door Magnetrol wordt behaald en in haar jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (84) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de achterliggende gedachte van de toepassing van de TNMM op zich, maar ook vanuit economisch perspectief. De meest complexe entiteit heeft op grond van haar niet-routinematige (d. w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het residuele rendement van die transacties, maar draagt ook het risico van een verlies ingeval de onderzochte gecombineerde transacties geen commercieel rendement genereren. Het begrip “residuele winst” is transactiespecifiek en verwijst naar de onderzochte specifieke verbonden transacties die winst genereren. De residuele winst is de winst die voortkomt uit een reeks gecombineerde transacties die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) door de toepassing van de TNMM voor haar routinefuncties is vergoed. Aangezien de TNMM is gekozen om de intragroepstransacties van Magnetrol te beprijzen en aangezien de Rulingcommissie die methode aanvaardt en aanvaardt dat die entiteit als “central entrepreneur” wordt aangewezen, is bijgevolg de residuele winst uit die transacties haar zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in haar jaarrekening opgenomen.
- (85) Niettemin wordt in de ruling de redenering gevolgd dat vanwege het “central entrepreneur”-model ⁽⁶³⁾ dat door de Groep wordt ingevoerd, Magnetrol, als “central entrepreneur”, “excessieve boekhoudkundige winsten” zal genereren in de vorm van synergie-effecten en schaalvoordelen ⁽⁶⁴⁾. De verdere redenering luidt als volgt: “In tegenstelling tot artikel 9, § 2 OESO-modelverdrag voorziet artikel 185, § 2 b) WIB een wettelijke basis om af te wijken van het boekhoudkundig resultaat en dus om het belastbaar resultaat extracomptabel te verminderen zonder dat er sprake moet zijn van een (effectieve of waarschijnlijke) dubbele taxatie. Het is voldoende dat kan worden aangetoond dat de winsten behaald door de Belgische groepsentiteit excessief (niet arm’s length) zijn.” ⁽⁶⁵⁾ De ruling voert aan dat die vermindering moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de NPBT die Magnetrol, als “central entrepreneur”, verwacht te behalen op grond van de residuele winstbenadering, zoals beschreven in punt (83); en ii) de NPBT die zij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel ⁽⁶⁶⁾. Om de laatstgenoemde NPBT te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM een tweede keer toe, maar deze keer met Magnetrol als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.
- (86) Anders dan door de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de ruling lijkt 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 intragroepstransacties (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

⁽⁶²⁾ Wat betreft de lokale productiefaciliteit in Dubai wordt in de ruling opgemerkt dat deze volledig onder controle zal staan van Magnetrol en gezien haar beperkte risico's zal worden vergoed op basis van een cost plus methodologie, zie de ruling, paragraaf 48.

⁽⁶³⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “central entrepreneur” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁴⁾ Ruling, paragraaf 79.

⁽⁶⁵⁾ Ruling, paragraaf 81.1.

⁽⁶⁶⁾ Ruling, paragraaf 85.

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⁽⁶⁷⁾. 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.

- (87) 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 is geprijsd⁽⁶⁸⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Magnetrol te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden geprijsd of die worden geprijsd.
- (88) Met betrekking tot het in de ruling aangevoerde argument dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa⁽⁶⁹⁾. 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⁽⁷⁰⁾; 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⁽⁷¹⁾.
- (89) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten⁽⁷²⁾, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Magnetrol gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan haar is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (90) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan⁽⁷³⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar

⁽⁶⁷⁾ 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)].

⁽⁶⁸⁾ 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.

⁽⁶⁹⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁰⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷¹⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷²⁾ In de ruling wordt slechts zeer in het algemeen verwezen naar mogelijke toename van de geconsolideerde verkopen ten gevolge van synergieën.

⁽⁷³⁾ Ruling, paragraaf 149.

zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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 ⁽⁷⁴⁾.

- (91) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst aan Magnetrol zou moeten worden toegerekend. De ruling stelt met name het volgende: “Een verdere centralisatie van de EMEAI verkoops-, productie- en managementactiviteiten op het niveau van [Magnetrol], stellen deze laatste in staat om haar productie en distributieproces op een efficiëntere manier te beheren waardoor de verkopen zullen stijgen en de operationele kosten zullen dalen, met als gevolg een stijging van de winst.” ⁽⁷⁵⁾ Dit wijst erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van Magnetrol in België en dus terecht in haar jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.
- (92) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (81), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Magnetrol om tot haar 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 Magnetrol leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*
- (93) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (64) 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 ⁽⁷⁶⁾.
- (94) In punt (72) 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 (73), 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.
- (95) De voorlopige conclusie van de punten (78) tot en met (92) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Magnetrol, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Magnetrol een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (96) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (66) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Magnetrol 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (86) heeft betwist.
- (97) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Magnetrol toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.

⁽⁷⁴⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (88)).

⁽⁷⁵⁾ Ruling, paragraaf 32.

⁽⁷⁶⁾ 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.

- (98) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Magnetrol 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⁽⁷⁷⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.
- (99) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Magnetrol selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (100) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Magnetrol 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 Magnetrol tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (84). 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.
- (101) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Magnetrol 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (102) 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⁽⁷⁸⁾. 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⁽⁷⁹⁾.
- (103) 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 Magnetrol, waardoor die onderneming 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.

⁽⁷⁷⁾ 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. Dit wordt bevestigd in paragraaf 126 van de ruling: “Hoewel de reeds bestaande (Belgische) activiteiten ook profiteren van de synergie-effecten als gevolg van de investering, wordt geen vrijstelling gevraagd op de excessieve winsten gerelateerd aan deze historische activiteit van Magnetrol. Op bestaande activiteiten kan namelijk geen toepassing worden gemaakt van de vrijstelling op grond van artikel 185, § 2, b) WIB.”

⁽⁷⁸⁾ 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.

⁽⁷⁹⁾ 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.

- (104) 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⁽⁸⁰⁾. 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.
- (105) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (78) en met (81), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Magnetrol 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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.
- (106) 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 (82) tot en met (92), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Magnetrol en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (107) 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.
- (108) 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 begunstigden van die steun

- (109) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Magnetrol staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (110) 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.”⁽⁸¹⁾ 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⁽⁸²⁾.
- (111) In deze zaak is Magnetrol het hoofdkwartier van de Groep voor de EMEAI-regio. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om een “central entrepreneur”-model op te zetten, met Magnetrol als “central entrepreneur”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.

⁽⁸⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

⁽⁸¹⁾ 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.

⁽⁸²⁾ 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.

- (112) 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⁽⁸³⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Magnetrol-groep, naast Magnetrol, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (113) 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)⁽⁸⁴⁾. 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)⁽⁸⁵⁾. 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.
- (114) 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

- (115) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt⁽⁸⁶⁾, 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⁽⁸⁷⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁸⁸⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (116) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Magnetrol en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (117) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁸⁹⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Magnetrol International NV is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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:

⁽⁸³⁾ 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 [...]”.

⁽⁸⁴⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁸⁵⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁸⁶⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁸⁹⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

- de jaarrekeningen van Magnetrol International NV voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Magnetrol International NV over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- 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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53994 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Ansell Healthcare****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/31)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2014 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Ansell Healthcare Europe NV (im Folgenden „Ansell Healthcare“) für die Steuerjahre 2014 bis 2019 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Ansell Healthcare für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Ansell Healthcare einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass die Maßnahme Ansell Healthcare einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Ansell Healthcare im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Ansell Healthcare durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Ansell Healthcare gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Ansell Healthcare bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahmen und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Ansell Healthcare akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Ansell Healthcare Europe NV und der Unternehmensgruppe Ansell Healthcare darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Ansell Healthcare Europe NV («Ansell Healthcare») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une 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'Ansell Healthcare.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Ansell Healthcare, 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) Ansell Healthcare fait partie du groupe Ansell (le «Groupe»), fournisseur international de solutions de protection médicale et industrielle. Le Groupe est leader sur le marché de l'équipement individuel de protection et des gants médicaux, ainsi que dans le domaine du bien-être sexuel.
- (6) La société mère du Groupe est Ansell Ltd, une société australienne cotée en bourse dont le siège social est situé à Richmond, en Australie. Le Groupe exerce ses activités en Amérique du Nord, en Amérique latine, dans les Caraïbes, dans la région Europe, Moyen-Orient et Afrique et en Asie du sud-est. Il emploie plus de 13 000 personnes dans 35 pays. En Belgique, il dispose de trois entités juridiques, dont Ansell Healthcare ⁽³⁾.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Ansell Healthcare sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Ansell Healthcare.

— Le 5 août 2014, Ansell Healthcare a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années débutant le 1^{er} juillet 2014 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que [60-80] % du bénéfice net avant impôt (en anglais *net profit before taxes* ou «NPBT») d'Ansell Healthcare pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée, telle que définie ci-dessous.

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.288 du 5 août 2014, adressée à [nom du conseil fiscal] concernant Ansell Healthcare.

2.2.1. *L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée*

- (8) La décision anticipée décrit le projet du Groupe de mettre en place une structure régionalisée, composée de trois «donneurs d'ordre régionaux» servant chacun un marché géographique différent: i) l'Amérique du Nord et du Sud, ii) l'Asie du sud-est et iii) la région Europe, Moyen-Orient et Afrique. Ansell Healthcare en Belgique serait le donneur d'ordre pour cette dernière région. Avant la restructuration, Ansell Ltd était décrite comme possédant la majorité de la propriété intellectuelle du Groupe. Toutes les grandes décisions de commercialisation liées au développement des marques, à la politique des marques et aux noms de produits et de marques étaient prises par Ansell Ltd sur la base de contributions fournies par les distributeurs locaux. Après la restructuration, réputée entrer en vigueur dans les faits au cours de l'exercice financier 2015 ⁽⁵⁾, les trois donneurs d'ordre régionaux assumeront un rôle à la fois au niveau mondial (en élaborant la stratégie d'entreprise, les plans d'investissements, la stratégie de promotion de l'image de marque et la politique de commercialisation pour les marques et en développant la marque, l'entreprise, de nouveaux produits et l'innovation à long terme) et au niveau régional (en gérant les ventes et les services après-vente, en fournissant des biens aux entités de distribution, en gérant les risques de marché et de distribution et en agissant en tant que point de contact pour la région) ⁽⁶⁾. En outre, ils vendront les produits aux clients dans leur région, directement ou par l'intermédiaire d'un réseau d'agents et de distributeurs limités du Groupe (les entités de vente locales). Les centres de recherche et développement («R&D») locaux agiront en tant qu'organes fournissant régulièrement des services de R&D aux trois donneurs d'ordre régionaux ⁽⁷⁾. Enfin, une société de négoce mondial, en Malaisie, centralisera l'achat de tous les produits finis (tant intragroupe qu'auprès de tiers) et les donneurs d'ordre régionaux achèteront donc les produits finis à cette société en Malaisie, qui agira en tant qu'entité centrale de la chaîne d'approvisionnement pour le Groupe ⁽⁸⁾. Cette nouvelle structure organisationnelle devrait créer des synergies opérationnelles: les fabricants locaux, la société de négoce mondial, les centres de R&D et les entités de vente locales seront rémunérés par une redevance de routine, toutes les synergies liées à la production et à l'achat centralisé pour la région Europe, Moyen-Orient et Afrique seront allouées à Ansell Healthcare ⁽⁹⁾.

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

- (9) La décision anticipée valide la fixation des prix des transactions intragroupe entre Ansell Healthcare et les entités de vente locales, les centres de R&D locaux et la société de négoce mondial dans le cadre de la structure de «donneur d'ordre régional» ou d'«entrepreneur central». Plus précisément, la décision anticipée valide:
- le fait que, dans la structure de «donneur d'ordre régional», Ansell Healthcare soit responsable des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les entités de vente locales, les centres de R&D locaux, la société de négoce mondial malaisienne et les fabricants locaux exécutent des fonctions de routine au profit d'Ansell Healthcare;
 - l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») pour la rémunération des transactions d'Ansell Healthcare avec les entités de vente locales, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des entités de vente locales est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si ces entités réalisent une marge d'exploitation de [2-2,5] % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal à [2-2,5] % des ventes/recettes) ⁽¹⁰⁾;
 - l'utilisation de la MTMN pour la rémunération des transactions d'Ansell Healthcare avec les centres de R&D, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des centres de R&D est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si ces entités réalisent une marge nette sur coûts de [5-10] % ⁽¹¹⁾;

⁽⁵⁾ Décision anticipée, point 41.

⁽⁶⁾ Pour que la restructuration ait lieu, Ansell Ltd acceptera d'accorder soit un droit d'usufruit, soit un droit équivalent sur la PI de la marque et des produits du Groupe à Ansell Healthcare sur le marché de la région Europe, Moyen-Orient et Afrique pour une période de 20 ans. À la fin de la période d'usufruit, les droits liés à la PI concernée retourneraient à Ansell Ltd. En ce qui concerne la PI des procédés, Ansell Ltd vendra aux autres donneurs d'ordre régionaux la liste des clients associée à chacun de ces droits de PI (décision anticipée, point 52 à 57). La décision anticipée reconnaît que le mécanisme de l'usufruit utilisé pour transférer la PI n'est pas un abus fiscal au sens de l'article 344, paragraphe 1, du CIR, mais respecte le principe de pleine concurrence.

⁽⁷⁾ Les activités de R&D du Groupe sont essentiellement menées sur trois sites, dans des pays différents: en Malaisie, au Sri Lanka et aux États-Unis, voir la décision anticipée, point 28.4

⁽⁸⁾ La société de négoce central rémunérera les fabricants locaux sur la base d'un prix de revient majoré. Elle est elle-même rémunérée pour ses fonctions par Ansell Healthcare, voir la décision anticipée, point 46 et 47, et le considérant (9).

⁽⁹⁾ Décision anticipée, points 48 et 58.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, points 180 et 181. Ce taux s'appliquera à tous les distributeurs locaux, à l'exception des distributeurs français et allemand. Tous deux sont habilités à percevoir une rémunération plus élevée en raison de leur rôle entrepreneurial historique au sein de la division médicale du Groupe. Le distributeur français perçoit également une rémunération plus élevée en raison de l'importance du site français dans les transactions du groupe Comasec récemment acquis. La marge d'exploitation des distributeurs français et allemand sera donc fixée à [3-3,5] %, mais elle devrait être progressivement ramenée à [2-2,5] % au cours des cinq années suivantes (décision anticipée, point 106).

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, point 183.

- l'utilisation de la MTMN pour la rémunération des transactions d'Ansell Healthcare avec la société de négoce central, aux fins de laquelle cette société est considérée comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération de la société de négoce central est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si cette entité réalise une marge d'exploitation de [3,5-4] % (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à [3,5-4] % des ventes/recettes) ⁽¹²⁾.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en place de la structure de «donneur d'ordre régional» avec un «entrepreneur central» pour la région Europe, Moyen-Orient et Afrique entraînera des synergies et d'autres économies d'échelle qui profiteront à l'ensemble du Groupe ⁽¹³⁾. Ces bénéfices allégués comprennent des synergies liées aux recettes (par ex., augmentation de l'efficacité de la commercialisation, des ventes, de la distribution, des services après-vente, du stockage, de la logistique, de la gestion axée sur le client et des stratégies financières, gains tirés de bénéfices découlant de la gestion régionale centralisée de la PI, affermissement et expansion de l'activité actuelle, accélération de l'innovation grâce aux sites de R&D et réaction plus rapide aux besoins des clients à l'échelle mondiale) ⁽¹⁴⁾, des synergies liées à la gestion (par ex., augmentation de l'efficacité de toutes les activités axées sur les clients par le partage des bonnes pratiques et des outils et par le renforcement du personnel chargé de la clientèle, intégration accrue des entités du Groupe, centralisation accrue et amélioration des relations interfonctionnelles) ⁽¹⁵⁾ et des synergies liées aux coûts (par ex., commandes et livraisons simplifiées, coûts d'exploitation inférieurs et coûts de production partagés, réduction des niveaux actuels des stocks, réduction des coûts de fret grâce à la société de négoce central, conclusion de contrats d'approvisionnement mondiaux qui permettront des économies considérables et passage à un centre d'approvisionnement centralisé en Malaisie fournissant des biens — provenant tant d'entités du Groupe que de fournisseurs externes — aux trois donneurs d'ordre régionaux) ⁽¹⁶⁾. Le Groupe espère parvenir à une croissance significative de son chiffre d'affaires et à une diminution relative de ses coûts d'exploitation par rapport à un scénario où aucun changement opérationnel n'est effectué ⁽¹⁷⁾ et considère qu'Ansell Healthcare utilise un «actif incorporel d'une organisation industrielle», ce qui justifierait la déduction d'une redevance notionnelle intragroupe ⁽¹⁸⁾.
- (11) La décision anticipée affirme ensuite que la «*redevance notionnelle intragroupe*» susmentionnée refléterait les bénéfices imputables aux synergies et aux économies d'échelle découlant de la restructuration et peut être calculée comme la différence entre ⁽¹⁹⁾:
- (i) le bénéfice qu'Ansell Healthcare va réellement générer et enregistrer dans ses comptes annuels; et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «pur» pour tenir compte des fonctions d'«entrepreneur central» d'Ansell Healthcare.
- Le montant visé au point i) représente le bénéfice résiduel d'Ansell Healthcare, c'est-à-dire tous les bénéfices résiduels obtenus par l'entrepreneur central après déduction d'une rémunération de pleine concurrence pour les entités moins complexes décrites au considérant (9). Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une deuxième analyse des prix de transfert en utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant Ansell Healthcare comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «pur» est évalué à une marge de NPBT de [4,5-5] % (c'est-à-dire que son NPBT devrait être égal à [4,5-5] % des ventes/recettes) ⁽²⁰⁾.
- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels d'Ansell Healthcare pour les années 2015 à 2019, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels qu'Ansell Healthcare peut exonérer de l'impôt sur les sociétés à [60-80] % de son NPBT pendant ces années ⁽²¹⁾.
- (13) La décision anticipée justifie l'octroi de l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ⁽²²⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, à l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004 et à une 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 ⁽²³⁾.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, point 185.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, point 67.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, points 68 et 69.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, points 70 et 71.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, points 72 et 73.

⁽¹⁷⁾ Ces changements comprennent la mise en œuvre de la structure de «donneurs d'ordre régionaux» ainsi que l'acquisition des entités Comasec et Trelleborg (décision anticipée, point 74).

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, point 81.10.

⁽¹⁹⁾ Décision anticipée, points 91 et 92.

⁽²⁰⁾ Décision anticipée, point 123.

⁽²¹⁾ Décision anticipée, point 147.

⁽²²⁾ Décision anticipée, point 175.

⁽²³⁾ Décision anticipée, points 176, 177 et 178.

- (14) La décision anticipée déclare qu'Ansell Healthcare est autorisée à exonérer un montant équivalant à [60-80] % de son NPBT pendant une période de cinq ans ⁽²⁴⁾. Ce taux sera revu et adapté si nécessaire au bout de trois ans ⁽²⁵⁾.

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

- (15) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (16) 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 bénéfices. 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».
- (17) 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^{er}, 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.
- (18) 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

- (19) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽²⁶⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

⁽²⁴⁾ Décision anticipée, points 193 et 194.

⁽²⁵⁾ Décision anticipée, point 195.

⁽²⁶⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

- (20) 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»).
- (21) 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.
- (22) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (23) 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 ⁽²⁷⁾. 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» ⁽²⁸⁾. 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» ⁽²⁹⁾. 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 ⁽³⁰⁾. 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.
- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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 ⁽³¹⁾. 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.
- (27) 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.

⁽²⁷⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁸⁾ 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 92. 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.»

⁽²⁹⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽³⁰⁾ 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.»

⁽³¹⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

- (28) 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) ⁽³²⁾ 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»*

- (29) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽³³⁾, 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.
- (30) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽³⁴⁾ 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 demandaient 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.
- (31) 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.
- (32) 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 ⁽³⁵⁾. 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*

- (33) 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 ⁽³⁶⁾.
- (34) 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.»

⁽³²⁾ 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.»

⁽³³⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁴⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽³⁵⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³⁶⁾ 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.

- (35) 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.
- (36) 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⁽³⁷⁾. 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.

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*

- (37) 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»)⁽³⁸⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (38) 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.
- (39) 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⁽³⁹⁾. 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⁽⁴⁰⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (40) 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.

⁽³⁷⁾ Voir la note de bas de page n° 26.

⁽³⁸⁾ 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»).

⁽³⁹⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽⁴⁰⁾ 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.

- (41) 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 ⁽⁴¹⁾. La méthode de l'entité distincte a été choisie comme principe d'imposition internationale 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.
- (42) 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.»

- (43) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 ⁽⁴²⁾ 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 ⁽⁴³⁾. 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 ⁽⁴⁴⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (44) 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.
- (45) 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 ⁽⁴⁵⁾.
 - 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 ⁽⁴⁶⁾. 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

⁽⁴¹⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽⁴²⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁴³⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁴⁴⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁴⁵⁾ 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».

⁽⁴⁶⁾ 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.»

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⁽⁴⁷⁾. 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.

- (46) 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⁽⁴⁸⁾.
- (47) 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⁽⁴⁹⁾.
- (48) 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⁽⁵⁰⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine»⁽⁵¹⁾, 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.
- (49) 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)⁽⁵²⁾. L'entité la plus

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.»

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

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

- (50) 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.
- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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

- (55) 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 ⁽⁵³⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (56) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Ansell Healthcare, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses 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.
- (57) 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 ⁽⁵⁴⁾. La décision anticipée a permis à Ansell Healthcare d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ 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.

qu'il aurait dans le cas contraire été en droit de percevoir auprès d'Ansell Healthcare 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

- (58) 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, Ansell Healthcare fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Ansell Healthcare est responsable de la gestion du développement et de la commercialisation des produits du Groupe dans la région Europe, Moyen-Orient et Afrique. Les produits et les services 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'Ansell Healthcare est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union⁽⁵⁵⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (59) 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⁽⁵⁶⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Ansell Healthcare de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Ansell Healthcare d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence⁽⁵⁷⁾; 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

- (60) 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⁽⁵⁸⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Ansell Healthcare parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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

- (61) 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⁽⁵⁹⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁶⁰⁾. 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⁽⁶¹⁾.
- (62) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Ansell Healthcare en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre Ansell Healthcare et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe. Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde sur la MTMN, a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine qui équivaut à une marge d'exploitation ou à une marge nette sur coûts, tandis que le bénéfice résiduel généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à Ansell Healthcare. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels d'Ansell Healthcare et fournit la base de son NPBT.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁶⁰⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁶¹⁾ 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, Ministero de Defensa et Navantia, EU:C:2014:2262, points 21 à 31.

- (63) Par suite des mesures contestées, depuis le 1^{er} juillet 2014 et pour une période de cinq ans, Ansell Healthcare a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Ansell Healthcare n'a été autorisée 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'Ansell Healthcare, 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 Ansell Healthcare, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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*

- (64) 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 Ansell Healthcare 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁶²⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁶³⁾.
- (65) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (66) 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^{er}, 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 Ansell Healthcare un avantage sous forme de réduction de sa 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'Ansell Healthcare par rapport à des entreprises comparables*

- (67) 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⁽⁶⁴⁾. 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⁽⁶⁵⁾. 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'Ansell Healthcare par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (68) 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'Ansell Healthcare par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (69) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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'Ansell Healthcare 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».

⁽⁶²⁾ 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.

⁽⁶³⁾ Ibidem.

⁽⁶⁴⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁶⁵⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

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*

- (70) 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⁽⁶⁶⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁶⁷⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (71) 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'assujéti) et la façon dont l'impôt est calculé (la base imposable et les taux d'imposition)⁽⁶⁸⁾.
- (72) Les mesures contestées permettent à Ansell Healthcare d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (73) 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 (17), 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*»⁽⁶⁹⁾.
- (74) 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*).

⁽⁶⁶⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶⁷⁾ 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.

⁽⁶⁸⁾ Voir l'affaire C-374/17, A Braueri, 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.

⁽⁶⁹⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, no 100, & RCJB, 2000, p. 525).

- (75) 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 ⁽⁷⁰⁾.
- (76) Ainsi qu'il ressort du considérant (19), 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 Ansell Healthcare) 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.
- (77) Aux considérants (78) à (93), 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 Ansell Healthcare 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'Ansell Healthcare, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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*
- (78) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Ansell Healthcare ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (79) A l'inverse, le point 178 de la décision anticipée s'appuie 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 Ansell Healthcare.
- (80) 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.
- (81) Étant donné que la décision anticipée autorise Ansell Healthcare à exonérer de l'impôt une partie de son 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'Ansell Healthcare pour parvenir à son bénéfice annuel imposable n'a aucune base juridique dans le droit fiscal belge.

⁽⁷⁰⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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.»

(b) Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Ansell Healthcare et des contreparties associées étrangères

- (82) 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'Ansell Healthcare, 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 Ansell Healthcare et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.
- (83) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider la fixation des prix des transactions intragroupe d'Ansell Healthcare avec les sociétés liées locales. Pour ce faire, elle inclut des analyses des prix de transfert s'appuyant sur la MTMN, les sociétés liées locales du Groupe étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions. Ces analyses — qui ne relèvent pas de l'objet de la présente décision — permettent de déterminer une rémunération «de routine» de pleine concurrence pour ces sociétés liées. La conséquence logique de l'application de la MTMN aux sociétés liées du Groupe dans ces analyses est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces sociétés ont obtenu une rémunération de pleine concurrence, revient à Ansell Healthcare et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (84) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN a été choisie pour fixer le prix des transactions intragroupe d'Ansell Healthcare et que la décision anticipée accepte cette méthode, de même que la désignation de cette entité comme «entrepreneur central», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.
- (85) Néanmoins, la décision anticipée soutient que la structure de «donneur d'ordre régional» ⁽⁷¹⁾ mise en place par le Groupe générera des synergies et des économies d'échelle aboutissant à une augmentation des ventes et à une réduction des coûts. La décision anticipée affirme en outre que *[c]ontrairement à l'article 9, paragraphe 2, du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR fournit une base juridique permettant de s'écarter des bénéfices comptables et de réduire les bénéfices imposables en dehors de la comptabilité sans qu'une double imposition (effective ou potentielle) soit nécessaire. Il suffit de démontrer que les bénéfices générés par l'entité belge d'un groupe sont excessifs (et donc, qu'ils ne sont pas des bénéfices de pleine concurrence).* ⁽⁷²⁾ Selon la décision anticipée, ces «bénéfices excédentaires» devraient être calculés comme la différence entre: i) le NPBT qu'Ansell Healthcare, en tant qu'«entrepreneur central», devrait générer suivant l'approche fondée sur les bénéfices résiduels décrite au considérant (83); et ii) le NPBT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient ⁽⁷³⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN une deuxième fois, mais cette fois avec Ansell Healthcare comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (86) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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.

⁽⁷¹⁾ Le paragraphe 9.2 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁷²⁾ Décision anticipée, point 81.1.

⁽⁷³⁾ Décision anticipée, point 92.

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 ⁽⁷⁴⁾. 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.

- (87) 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 ⁽⁷⁵⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable d'Ansell Healthcare, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (88) La décision anticipée affirme que les bénéfices excédentaires exonérés correspondent à une *redevance notionnelle intragroupe* acquittée par le donneur d'ordre régional pour la mise à disposition d'un «actif incorporel d'une organisation industrielle» ⁽⁷⁶⁾. Elle ne précise cependant ni le contenu ni la forme de cet actif incorporel allégué ⁽⁷⁷⁾. La Commission note que la manière appropriée de traiter les bénéfices tirés d'actifs incorporels au titre du principe de pleine concurrence consiste i) à identifier, justifier et délimiter de manière appropriée ces actifs incorporels; ii) effectuer une analyse détaillée des caractéristiques et des facteurs de comparabilité entourant les transactions contrôlées relatives impliquant de tels actifs incorporels ⁽⁷⁸⁾ et iii) ajuster les prix de ces transactions contrôlées de sorte que leurs conditions reflètent des transactions de pleine concurrence ⁽⁷⁹⁾. Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. La décision anticipée n'identifie pas d'actif incorporel concret qui soit transféré ou mis à disposition d'Ansell Healthcare par une entreprise associée du Groupe, et encore moins de transaction ou d'arrangement impliquant de tels actifs incorporels, ni la manière dont ces transactions ou arrangements devraient être rémunérés dans des conditions de pleine concurrence. Au contraire, la décision anticipée fait valoir que, dans la notion de «redevance notionnelle», aucune transaction réelle ne peut être identifiée ⁽⁸⁰⁾.
- (89) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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 ⁽⁸¹⁾. 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 ⁽⁸²⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices tirés de 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁴⁾ 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. [...]».

⁽⁷⁵⁾ 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.

⁽⁷⁶⁾ Décision anticipée, point 81.10.

⁽⁷⁷⁾ La Commission note que, sans lien avec l'«actif incorporel d'une organisation industrielle», les synergies alléguées renvoient bien, en partie, à des éléments qui, dans certaines circonstances, peuvent être considérés comme des actifs incorporels (le savoir-faire, par exemple). En tout état de cause, la décision anticipée n'analyse pas ces actifs incorporels possibles plus avant, pas plus qu'elle ne le fait pour l'«actif incorporel d'une organisation industrielle» allégué.

⁽⁷⁸⁾ 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.

⁽⁷⁹⁾ 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».

⁽⁸⁰⁾ Décision anticipée, point 81.10.

⁽⁸¹⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁸²⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁸³⁾ 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.

- (90) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans clairement justifier les chiffres présentés pour illustrer dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence⁽⁸⁴⁾. La décision anticipée accepte que la différence entre le bénéfice généré par Ansell Healthcare, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence, et celui qui est enregistré dans ses comptes annuels soit réduite pour être alignée sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (91) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée⁽⁸⁵⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés⁽⁸⁶⁾.
- (92) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à Ansell Healthcare. Plus précisément, la décision anticipée affirme que «[l]a restructuration aura pour objectif de centraliser les principaux vecteurs de valeur de la division Europe, Moyen-Orient et Afrique dans [Ansell Healthcare]. À cet égard, les fonctions commerciales existantes au niveau d'[Ansell Healthcare] seront renforcées et de nouvelles fonctions seront créées»⁽⁸⁷⁾. Cela indique que la rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe (ou une partie de celle-ci) découle de contributions apportées par Ansell Healthcare en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans les comptes annuels de cette dernière en tant que bénéfice de pleine concurrence. Tous les bénéfices tirés de l'activité d'achat centralisé pour la région Europe, Moyen-Orient et Afrique découlant d'actions concertées et délibérées devraient être intégrés dans le prix interentreprises facturé par Ansell Healthcare aux entreprises du Groupe⁽⁸⁸⁾.
- (93) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (81), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable d'Ansell Healthcare pour parvenir à son 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'Ansell Healthcare entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (94) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (64) 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⁽⁸⁹⁾.
- (95) Au considérant (72), 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 (73), 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.
- (96) Aux considérants (78) à (93), 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'Ansell Healthcare, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Ansell Healthcare une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge,

⁽⁸⁴⁾ Décision anticipée, points 126 et suivants et points 154 et suivants.

⁽⁸⁵⁾ Décision anticipée, point 175.

⁽⁸⁶⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (89)].

⁽⁸⁷⁾ Décision anticipée, point 76.

⁽⁸⁸⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 1.168.

⁽⁸⁹⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

les mesures contestées favorisent cette entreprise 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*

- (97) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (66) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Ansell Healthcare 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (86).
- (98) En effet, en permettant à Ansell Healthcare d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (99) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Ansell Healthcare 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»⁽⁹⁰⁾. 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.
- (100) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Ansell Healthcare 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.
- (101) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Ansell Healthcare 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'Ansell Healthcare à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (84). 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.
- (102) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Ansell Healthcare 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

⁽⁹⁰⁾ 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.

4.5.4. *Justification objective*

- (103) 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⁽⁹¹⁾. 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⁽⁹²⁾.
- (104) 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'Ansell Healthcare, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (105) 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⁽⁹³⁾. 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.
- (106) Premièrement, comme expliqué aux considérants (78) à (81), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable d'Ansell Healthcare 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (107) 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 (82) à (93), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Ansell Healthcare et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (108) 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.
- (109) 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.

⁽⁹¹⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁹²⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁹³⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

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

- (110) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Ansell Healthcare sous la forme d'une exonération fiscale.
- (111) 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» ⁽⁹⁴⁾. 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 ⁽⁹⁵⁾.
- (112) En l'espèce, Ansell Healthcare est le donneur d'ordre régional du Groupe pour la région Europe, Moyen-Orient et Afrique. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure de «donneur d'ordre régional» dans laquelle Ansell Healthcare est l'«entrepreneur central» pour la région Europe, Moyen-Orient et Afrique, en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (113) 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 ⁽⁹⁶⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe, en plus d'Ansell Healthcare, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (114) 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) ⁽⁹⁷⁾. 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) ⁽⁹⁸⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (115) 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

- (116) 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 ⁽⁹⁹⁾, 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 ⁽¹⁰⁰⁾. 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 ⁽¹⁰¹⁾.
- (117) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Ansell Healthcare 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.

⁽⁹⁴⁾ 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.

⁽⁹⁵⁾ 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.

⁽⁹⁶⁾ 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 [...]».

⁽⁹⁷⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹⁸⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹⁹⁾ 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.

⁽¹⁰⁰⁾ 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.

⁽¹⁰¹⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

- (118) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽¹⁰²⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Ansell Healthcare Europe NV par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels d'Ansell Healthcare Europe NV relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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'Ansell Healthcare Europe NV pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

⁽¹⁰²⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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") ⁽¹⁾. 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. Ansell Healthcare Europe NV ("Ansell Healthcare") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Ansell Healthcare 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") ⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Ansell Healthcare 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) Ansell Healthcare maakt deel uit van de Ansell-groep ("de Groep"), een internationale producent van gezondheids- en veiligheidsbeschermende oplossingen. De Groep heeft een leidende positie op de markt van persoonlijke beschermingsmiddelen en medische handschoenen alsmede op het gebied van seksueel welzijn.
- (6) De moedermaatschappij van de Groep is Ansell Ltd, een Australische beursgenoteerde onderneming met hoofdkantoor in Richmond, Australië. De Groep heeft activiteiten in Noord- en Latijns-Amerika, de Caraïben, Europa, het Midden-Oosten en Afrika (EMEA-regio) en Zuidoost-Azië. Er zijn meer dan 13 000 werknemers in 35 landen wereldwijd. In België heeft de Groep drie juridische entiteiten, waaronder Ansell Healthcare ⁽³⁾.

2.2. De omstreden maatregelen

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

— Op 5 augustus 2014 heeft Ansell Healthcare een ruling inzake "overwinst" verkregen in verband met een interne herstructurering, die betrekking heeft op een periode van vijf jaar vanaf 1 juli 2014 ("de ruling") ⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat [60-80] % van de jaarlijkse nettowinst vóór belastingen ("net profit before tax" of "NPBT") van Ansell Healthcare op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting kon worden vrijgesteld als "overwinst".

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals hieronder vermeld.

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.288 van 5 augustus 2014, gericht aan [naam van de belastingadviseur] met betrekking tot Ansell Healthcare.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling beschrijft het plan van de Groep om een regionaal verdeelde structuur op te richten met drie “regionale principalen” die elk verschillende geografische markten bedienen: (i) Noord- en Zuid-Amerika, (ii) Zuidoost-Azië en (iii) EMEA. Ansell Healthcare in België zou principaal zijn voor laatstgenoemde regio. Vóór de herstructurering werd Ansell Ltd beschreven als eigenaar van het grootste deel van de intellectuele eigendom van de Groep. Alle belangrijke marketingbeslissingen met betrekking tot de ontwikkeling van handelsmerken, het handelsmerkbeleid en de product- en merknamen werden door Ansell Ltd genomen op basis van de input van lokale distributeurs. Na de herstructurering, die volgens de informatie effectief in werking treedt in het boekjaar 2015 ⁽⁵⁾, zullen de drie regionale principalen zowel een globale rol (ontwikkeling van bedrijfsstrategie, investeringsplannen, merkenstrategie en marketingbeleid voor merken, en merkontwikkeling, bedrijfsontwikkeling, ontwikkeling van nieuwe producten en innovatie op lange termijn) als een regionale rol (beheer van de verkoop en de klantenservice, levering van goederen aan de distributie-entiteiten, beheer van markt- en distributierisico's en vertegenwoordiging van het referentiepunt voor de regio) opnemen ⁽⁶⁾. Voorts zullen zij producten aan klanten binnen hun regio verkopen, direct of via een netwerk van agenten en distributeurs van de Groep met beperkte risico's (lokale verkoopentiteiten). De lokale centra voor onderzoek en ontwikkeling (“R&D”) zullen optreden als organen die routinematig R&D-diensten verlenen aan de drie regionale principalen ⁽⁷⁾. Ten slotte zal een Global Trading Company (“GTC”) in Maleisië de inkoop van alle afgewerkte producten (zowel binnen de groep als met derde partijen) centraliseren en de regionale principalen zullen daarom de afgewerkte producten aankopen van de GTC in Maleisië, die zal optreden als de centrale entiteit van de toeleveringsketen voor de Groep ⁽⁸⁾. De nieuwe operationele structuur zal naar verwachting operationele synergieën tot stand brengen: aangezien de lokale fabrikanten, de GTC, de R&D-centra en de lokale verkoopentiteiten een routevergoeding ontvangen, zullen alle synergieën met betrekking tot de productie en de centrale inkoop voor de EMEA-regio aan Ansell Healthcare worden toegewezen ⁽⁹⁾.

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

- (9) De ruling valideert de beprijzing van de intragroepstransacties tussen Ansell Healthcare en de lokale fabrikanten en de GTC binnen de “regionale-principaalstructuur” of het “central entrepreneur”-model. Meer in het bijzonder valideert de ruling:
- het feit dat Ansell Healthcare in België in het kader van de regionale-principaalstructuur belast is met de belangrijkste functies en de meeste risico's draagt, terwijl de lokale verkoopentiteiten, de regionale R&D-centra, de Maleisische GTC en de lokale fabrikanten routinefuncties vervullen ten behoeve van Ansell Healthcare;
 - het gebruik van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) voor de vergoeding van de transacties van Ansell Healthcare met de lokale verkoopentiteiten, waarbij deze entiteiten beschouwd worden als de “geteste” partij, dit is de minst complexe partij, voor de toepassing van de TNMM. De resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie waaruit blijkt dat een vergoeding van de lokale verkoopentiteiten zakelijk wordt geacht indien hiermee een exploitatiemarge van [2-2,5] % wordt behaald (d.w.z. hun exploitatiewinst moet gelijk zijn aan [2-2,5] % van de verkoop/inkomsten) ⁽¹⁰⁾.
 - het gebruik van de TNMM voor de vergoeding van de transacties van Ansell Healthcare met de R&D-centra, waarbij deze entiteiten beschouwd worden als de “geteste” partij, dit is de minst complexe partij, voor de toepassing van de TNMM. De resultaten van de TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie waaruit blijkt dat een vergoeding van de R&D-centra zakelijk wordt geacht indien hiermee een net cost-plus margin van [5-10] % wordt behaald ⁽¹¹⁾.

⁽⁵⁾ Ruling, paragraaf 41.

⁽⁶⁾ Om de herstructurering door te voeren, zal Ansell Ltd ermee instemmen voor de merk- en product-IP van de Groep aan Ansell Healthcare een vruchtgebruik of een equivalent daarvan te verlenen voor een periode van 20 jaar. Aan het einde van de periode van vruchtgebruik zouden de rechten met betrekking tot de relevante IP terugkeren naar Ansell Ltd. Zoals voor de proces-IP zal Ansell Ltd aan de andere regionale principalen de klantenlijst verkopen die geassocieerd wordt met elk van die IP-rechten (ruling, paragrafen 52 tot en met 57). De ruling erkent dat het vruchtgebruikmechanisme dat is gebruikt om de IP over te dragen, geen belastingmisbruik in de zin van artikel 344, lid 1, WIB vormt maar veeleer aan het zakelijkheidsbeginsel voldoet.

⁽⁷⁾ De R&D-activiteiten van de Groep worden overwegend uitgeoefend in drie faciliteiten die in verschillende landen zijn gevestigd: Maleisië, Sri Lanka en de Verenigde Staten, zie ruling, paragraaf 28.4.

⁽⁸⁾ De GTC zal de lokale fabrikanten vergoeden op basis van een cost-plus. De GTC zelf wordt voor haar functies vergoed door Ansell Healthcare, zie ruling, paragrafen 46 en 47, en punt (9).

⁽⁹⁾ Ruling, paragrafen 48 en 58.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragrafen 180 en 181. Dat percentage zal van toepassing zijn op alle lokale distributeurs, met uitzondering van de Duitse en Franse distributeurs. Beide worden geacht recht te hebben op een hogere vergoeding vanwege hun historische zakelijke rol binnen de medische activiteiten van de Groep. Aan de Franse distributeur wordt ook een hogere vergoeding verleend vanwege de relevantie van de Franse site in de verrichtingen van de recent overgenomen Comasec-groep. De exploitatiemarge van de Duitse en de Franse distributeurs zal derhalve op [3-3,5] % worden vastgesteld maar moet in de daaropvolgende vijf jaar geleidelijk afnemen tot [2-2,5] % (ruling, paragraaf 106).

⁽¹¹⁾ Ruling, paragraaf 183.

- het gebruik van de TNMM voor de vergoeding van de transacties van Ansell Healthcare met de GTC, waarbij de GTC wordt beschouwd als de “geteste” partij, dit is de minst complexe partij, voor de toepassing van de TNMM. De resultaten van de TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie waaruit blijkt dat een vergoeding van de GTC zakelijk wordt geacht indien hiermee een exploitatiemarge van [3,5-4] % wordt behaald (d.w.z. haar exploitatiewinst moet gelijk zijn aan [3,5-4] % van de verkoop/inkomsten) ⁽¹²⁾.
- (10) De ruling voert aan dat de invoering van de regionale-principaalstructuur met een “central entrepreneur” voor de EMEA-regio zal leiden tot synergieën en andere schaalvoordelen die de hele Groep ten goede zullen komen ⁽¹³⁾. Die beweerde voordelen omvatten inkomstengerelateerde synergieën (bv. stijging van de effectiviteit van marketing, verkoop, distributie, klantenservice, opslag, logistiek, klantgerichte administratie en strategieën inzake financiën, winsttoename door middel van het gecentraliseerde regionale IP-management, veiligstelling en uitbreiding van de huidige business, versnelling van de innovatie ten gevolge van de nieuwe R&D-faciliteit en sneller tegemoetkomen aan de behoeften/eisen van klanten wereldwijd) ⁽¹⁴⁾, managementgerelateerde synergieën (bv. verhogen van de efficiëntie van alle klantgerichte activiteiten door het delen van best practices en tools en door het versterken van het klantgerichte personeel, verhoogde integratie tussen groepsentiteiten, meer centralisatie en verbetering van cross-functionele relaties) ⁽¹⁵⁾ en kostengerelateerde synergieën (bv. eenvoudiger bestellingen en verzendingen, lagere operationele en gedeelde productiekosten, verlaging van de huidige voorraadniveaus, reductie van de vrachtkosten door middel van de GTC, sluiting van globale aankoopcontracten die zullen resulteren in significante kostenbesparingen en de overgang naar een centraal Maleisisch supply centre dat — zowel van Ansell-producenten als van externe leveranciers — goederen zal leveren aan de drie regionale principalen) ⁽¹⁶⁾. De Groep verwacht een significant sterkere groei inzake omzet en een relatieve daling inzake operationele kosten in vergelijking met een situatie waarbij geen operationele veranderingen zouden worden doorgevoerd ⁽¹⁷⁾, en overweegt dat Ansell Healthcare een “industrial organisational intangible” kan gebruiken, hetgeen de aftrek van een notionele intragroepsroyalty zou rechtvaardigen ⁽¹⁸⁾.
- (11) De ruling beweert vervolgens dat de bovengenoemde notionele intragroepsroyalty een weergave zou zijn van de winsten die toegeschreven kunnen worden aan synergieën en schaalvoordelen ten gevolge van de herstructurering, en kan worden vastgesteld als het verschil tussen ⁽¹⁹⁾:
- (i) de winst die Ansell Healthcare daadwerkelijk zal genereren en opnemen in haar jaarrekeningen; en
 - (ii) een beweerde “pure” zakelijke winst voor de “central entrepreneur”-functies van Ansell Healthcare.
- Het bedrag onder (i) vertegenwoordigt de residuele winst van Ansell Healthcare, d.w.z. alle door de central entrepreneur verdiende residuele winsten na aftrek van een zakelijke vergoeding voor de minst complexe entiteiten beschreven in punt (9). Het bedrag onder (ii) wordt bepaald door een verdere verrekenprijsanalyse te verrichten aan de hand van de TNMM, maar ditmaal met Ansell Healthcare als de minst complexe, geteste partij, ten gevolge waarvan haar beweerde zakelijke winst wordt gebenchmarkt tegen een NPBT-marge van [4,5-5] % (d.w.z. haar NPBT zou gelijk moeten zijn aan [4,5-5] % van haar verkoop/inkomsten) ⁽²⁰⁾.
- (12) Op basis van de begrote cijfers voor Ansell Healthcare in de jaren 2015 tot en met 2019 stelt de ruling de jaarlijkse “overwinst” die Ansell Healthcare gedurende die jaren van vennootschapsbelasting mag vrijstellen, vast op [60-80] % van haar NPBT ⁽²¹⁾.
- (13) De ruling rechtvaardigt de toekenning van de vrijstelling van overwinst door te verwijzen naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 ⁽²²⁾. Vervolgens wordt ook verwezen naar de memorie van toelichting bij de wet van 21 juni 2004 en 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 “excessieve winst” in de winst moet worden opgenomen ⁽²³⁾.
- (14) De ruling verklaart dat Ansell Healthcare een bedrag dat gelijk is aan [60-80] % van haar NPBT, voor een periode van vijf jaar mag vrijstellen ⁽²⁴⁾. Dat percentage moet worden herzien en indien nodig worden aangepast na een periode van drie jaar ⁽²⁵⁾.

⁽¹²⁾ Ruling, paragraaf 185.

⁽¹³⁾ Ruling, paragraaf 67.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragrafen 68 en 69.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragrafen 70 en 71.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragrafen 72 en 73.

⁽¹⁷⁾ Deze veranderingen omvatten de implementatie van de regionale-principaalstructuur alsmede de verwerving van de entiteiten Comasec en Trelleborg (ruling, paragraaf 74).

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragraaf 81.10.

⁽¹⁹⁾ Ruling, paragrafen 91 en 92.

⁽²⁰⁾ Ruling, paragraaf 123.

⁽²¹⁾ Ruling, paragraaf 147.

⁽²²⁾ Ruling, paragraaf 175.

⁽²³⁾ Ruling, paragrafen 176, 177 en 178.

⁽²⁴⁾ Ruling, paragrafen 193 en 194.

⁽²⁵⁾ Ruling, paragraaf 195.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (15) 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).
- (16) 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”.
- (17) 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.
- (18) 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*

- (19) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽²⁶⁾ 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.”

⁽²⁶⁾ Wet 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

- (20) 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").
- (21) 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.
- (22) 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 verrekenprijsregels ook gelden voor Belgische vaste inrichtingen van niet-ingezetenen vennootschappen.

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

- (23) 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⁽²⁷⁾. 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"⁽²⁸⁾. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat "[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[s]luit bij de internationaal aanvaarde norm"⁽²⁹⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist⁽³⁰⁾. 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.
- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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⁽³¹⁾. 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.
- (27) 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.

⁽²⁷⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁸⁾ 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."

⁽²⁹⁾ Ibid., blz. 9: "Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm."

⁽³⁰⁾ 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."

⁽³¹⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

- (28) 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⁽³²⁾ 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”*

- (29) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽³³⁾ 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.
- (30) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽³⁴⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.
- (31) 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.
- (32) 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⁽³⁵⁾. 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*

- (33) 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⁽³⁶⁾.
- (34) 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.

⁽³²⁾ 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. 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)]

⁽³³⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁴⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽³⁵⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³⁶⁾ 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.

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

- (35) 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.
- (36) 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⁽³⁷⁾. 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

- (37) 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⁽³⁸⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (38) 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.
- (39) 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⁽³⁹⁾. 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⁽⁴⁰⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (40) 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

⁽³⁷⁾ Zie voetnoot 26.

⁽³⁸⁾ 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”).

⁽³⁹⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽⁴⁰⁾ 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 door de gehanteerde prijzen te vervangen door prijzen die overeenstemmen met een betrouwbare benadering van de prijzen die worden overeengekomen door onafhankelijke vennootschappen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen.

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.

- (41) 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 ⁽⁴¹⁾. 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.
- (42) 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)]

- (43) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽⁴²⁾ 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 ⁽⁴³⁾. Als er van doelbewuste 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 ⁽⁴⁴⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (44) 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.
- (45) 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 ingezeten 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 ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽⁴²⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴³⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴⁴⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴⁵⁾ 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)]

- 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 ingezet is in de andere overeenkomstsluitende Staat⁽⁴⁶⁾. 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⁽⁴⁷⁾. 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.

- (46) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen: i) de methode van de vergelijkbare derdenprijs (comparable uncontrolled price); ii) de cost-plusmethode; iii) de resale-price methode; iv) de TNMM, en v) de transactional profit-splitmethode. Daarbij maken de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 onderscheid tussen 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⁽⁴⁸⁾.

- (47) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoerekening tussen de ondernemingen van dezelfde ondernemingengroep zo goed mogelijk te benaderen. Bij de TNMM wordt de nettowinst die een belastingplichtige uit een verbonden transactie behaalt, onderzocht aan de hand van een geschikte grondslag (bijvoorbeeld kosten, omzet, activa). De indicator van de nettowinst van de belastingplichtige uit de desbetreffende verbonden transactie moet worden vastgesteld in vergelijking met dezelfde nettowinstindicator die onafhankelijke ondernemingen zouden hebben behaald in vergelijkbare vrijemarkttransacties⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ 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)]

⁽⁴⁷⁾ Bij een geschil tussen de betrokken partijen over bedrag en aard van de passende aanpassing dient de onderlinge overlegprocedure van artikel 25 van het OESO-modelbelastingverdrag te 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.

⁽⁴⁸⁾ 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)]

⁽⁴⁹⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in het glossarium bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 gedefinieerd als: “De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende basis (bijvoorbeeld kosten, verkoop, activa).” Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst- en verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en incidentele bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt immers overeen met de exploitatiewinst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de exploitatiewinst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale exploitatiekosten (COGS plus exploitatie-uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang van de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een onderneming, terwijl de exploitatiekosten betrekking hebben op uitgaven welke een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten in verband met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst- en verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de onderneming. Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

- (48) Bij het toepassen van de TNMM moet worden gekozen voor een partij bij de verbonden transactie waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en onderzocht. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een studie op basis van de TNMM de minst complexe is van de beide verbonden partijen die betrokken zijn bij de onderzochte verbonden transactie. De keuze van de minst complexe entiteit wordt bepaald op basis van een “functionele analyse”, dit is een analyse van de functies die de gelieerde ondernemingen uitoefenen rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁵⁰⁾. Indien een onderneming “routinefuncties” ⁽⁵¹⁾ uitoefent en niet-unieke activa bezit, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (49) Wanneer de exploitatiewinst 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) toegerekend worden aan de meest complexe partij (dit is de niet geteste partij) ⁽⁵²⁾. Van de meest complexe entiteit wordt dus vanwege haar unieke en waardevolle functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de te dragen risico's) aangenomen dat zij recht heeft op het overrendement van de transacties nadat de minst complexe entiteit vergoed is door middel van de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (50) 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.
- (51) 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 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.
- (52) 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.
- (53) 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 probleem van “prijscontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de meest complexe partij wordt toegewezen. Volgens België weerspiegelt deze residuele winst niet noodzakelijk de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (54) Ten slotte betwist België ook de overweging dat rulings inzake “overwinst” de facto een reorganisatie van de groep vereisen en voert het in plaats daarvan aan dat het vereiste bestaat 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.

⁽⁵⁰⁾ In het glossarium 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de te dragen risico's) door gelieerde ondernemingen in concerntransacties 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” [“wil de economisch belangrijke activiteiten en verantwoordelijkheden, de gebruikte activa en de gedragen risico's van de partijen bij de transactie vaststellen en vergelijken” (vertaling van de Commissie)]. Zie OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragraaf 1.20. Zie ook OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 1.42, en OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.51. Zie ook glossarium bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁵¹⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt het begrip “routine” niet omschreven. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁵²⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

4. BEOORDELING VAN DE OMSTREDEN MAATREGELEN

4.1. Is er sprake van steun?

- (55) 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 ⁽⁵³⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (56) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft Ansell Healthcare zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar 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.
- (57) 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 ⁽⁵⁴⁾. Dankzij de ruling mocht Ansell Healthcare een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar 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 Ansell Healthcare. 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

- (58) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Ansell Healthcare deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten, Ansell Healthcare is verantwoordelijk voor het beheer inzake de ontwikkeling en de verkoop van producten van de Groep in de EMEA-regio. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Ansell Healthcare het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden ⁽⁵⁵⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (59) 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 ⁽⁵⁶⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Ansell Healthcare ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Ansell Healthcare bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst ⁽⁵⁷⁾, 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.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ 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 zaak C-66/02, Italië/Commissie, EU:C:2005:768, punt 112.

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ 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 zaak C-271/13, Rouse Industry/Commissie, EU:C:2014:175, punt 44; gevoegde zaken C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, Comitato "Venezia vuole vivere" e.a./Commissie, EU:C:2011:368, punt 136; zaak C-172/03, Heiser, EU:C:2005:130, punt 55; en zaak C-156/98, Duitsland/Commissie, EU:C:2000:467, punt 30, en aangehaalde rechtspraak.

4.5. Selectief voordeel

- (60) 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⁽⁵⁸⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (61) 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⁽⁵⁹⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁶⁰⁾. 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⁽⁶¹⁾.
- (62) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van de intragroepsverrichtingen tussen Ansell Healthcare en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep. Die verrekenprijsexercities, die op de TNMM zijn gebaseerd, leiden ertoe dat aan die tegenpartijen een vergoeding voor hun beweerde routinefuncties wordt toegekend die gelijk is aan een exploitatiemarge of een net cost plus margin, terwijl de residuele winst uit de bovengenoemde intragroepstransacties aan Ansell Healthcare wordt toegekend. Die residuele winst wordt dan in de jaarrekeningen van Ansell Healthcare opgenomen en vormt de basis voor haar NPBT.
- (63) Door de omstreden maatregelen mocht Ansell Healthcare een deel van haar NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België vanaf 1 juli 2014 voor een periode van vijf opeenvolgende jaren. Ansell Healthcare mocht 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 Ansell Healthcare in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (64) 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 Ansell Healthcare 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”.⁽⁶²⁾ 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”⁽⁶³⁾.
- (65) 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.

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁶⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁶¹⁾ 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.

⁽⁶²⁾ 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.

⁽⁶³⁾ Ibid.

- (66) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 Ansell Healthcare 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 Ansell Healthcare ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen

- (67) 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⁽⁶⁴⁾. 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⁽⁶⁵⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (68) 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 Ansell Healthcare bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Ansell Healthcare daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (69) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Ansell Healthcare 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

- (70) Om een nationale belastingmaatregel als selectief te classificeren, moet de Commissie beginnen met het vaststellen van de gewone of normale belastingregeling die van toepassing is in de betrokken lidstaat (hierna “het referentiestelsel” genoemd) en vervolgens moet zij aantonen dat de specifieke belastingmaatregel een afwijking vormt van dat stelsel, voor zover hij onderscheid maakt tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de doelstelling van dat stelsel, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden⁽⁶⁶⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst⁽⁶⁷⁾. 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.
- (71) 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)⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁴⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁶⁵⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

⁽⁶⁶⁾ 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.

⁽⁶⁷⁾ 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.

⁽⁶⁸⁾ 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.

- (72) Door de omstreden maatregelen mag Ansell Healthcare een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.
- (73) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (17), 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. 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 ⁽⁶⁹⁾.
- (74) 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.
- (75) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁷⁰⁾.
- (76) Zoals volgt uit punt (19), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Ansell Healthcare) 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.
- (77) In de punten (78) tot en met (93) 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 Ansell Healthcare is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Ansell Healthcare, waardoor die onderneming zonder enige

⁽⁶⁹⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

⁽⁷⁰⁾ 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.”

rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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

- (78) In de eerste plaats bevat de ruling geen aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Ansell Healthcare wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet duidelijk de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (79) In paragraaf 178 van de ruling 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 Ansell Healthcare.
- (80) 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.
- (81) Aangezien de ruling Ansell Healthcare toestaat een deel van haar geboekte winst 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 Ansell Healthcare om tot haar 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 Ansell Healthcare en buitenlandse verbonden tegenpartijen

- (82) 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 Ansell Healthcare, 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 Ansell Healthcare en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (83) Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van de intragroepsverrichtingen tussen Ansell Healthcare en lokale filialen. Dit gebeurt door verrekenprijsanalyses aan de hand van de TNMM te verrichten, met de lokale filialen van de Groep als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties. Het resultaat van die analyses — die niet worden behandeld in dit besluit — is dat er een zakelijke “routine”-vergoeding wordt vastgesteld voor die filialen. Het logische gevolg van de toepassing van de TNMM in die analyses op de lokale filialen is dat de residuele winst die uit die verbonden transacties voortvloeit, nadat die filialen een zakelijke vergoeding hebben gekregen, aan Ansell Healthcare toekomt en in haar jaarrekeningen worden opgenomen als haar zakelijke winst.
- (84) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de motivering voor de toepassing van de TNMM op zich, economisch gezien is het ook zinvol. De meest complexe entiteit heeft vanwege haar niet-routinematige (d.w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het overrendement uit die transacties maar draagt ook het risico of verlies indien de onderzochte verbonden transacties geen commercieel rendement genereren. Het begrip “residuele winst” is specifiek aan de transactie verbonden en heeft betrekking op de specifieke onderzochte verbonden transactie(s) die de winst genereert (genereren). De residuele winst is de winst uit een reeks verbonden transacties voortvloeit en die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) voor haar routinefuncties is vergoed door toepassing van de TNMM. Aangezien de TNMM is gekozen voor de beprijzing van de intragroepstransacties van Ansell Healthcare en aangezien de ruling die methode aanvaardt alsmede de aanwijzing van die entiteit als “central entrepreneur”, is de residuele winst uit die transacties bijgevolg haar zakelijke winst en wordt deze als dusdanig in haar rekeningen opgenomen.

- (85) Toch redeneert de ruling dat de “regionale-principaalstructuur”⁽⁷¹⁾ die door de Groep is ingevoerd, synergieën en schaalvoordelen zal creëren die tot een hogere verkoop en kostendalingen leiden. De ruling stelt verder: “In tegenstelling tot artikel 9, § 2 OESO-modelverdrag voorziet artikel 185, 62 b) WIB 92 een wettelijke basis om af te wijken van het boekhoudkundig resultaat en dus om het belastbaar resultaat extracomptabel te verminderen zonder dat er sprake moet zijn van een (effectieve of waarschijnlijke) dubbele taxatie. Het is voldoende dat kan worden aangetoond dat de winsten behaald door de Belgische groepsentiteit excessief (niet arm’s length) zijn.”⁽⁷²⁾ Volgens de ruling moeten die “overwinsten” worden vastgesteld als het verschil tussen: (i) de NPBT die Ansell Healthcare als “central entrepreneur” naar verwachting zal genereren volgens de residuele winstbenadering beschreven in punt (83); en (ii) de NPBT die zij naar verwachting zou hebben gegenereerd indien zij haar activiteit onafhankelijk van de Groep waartoe zij behoorde, zou hebben uitgeoefend⁽⁷³⁾. Om deze laatste vast te stellen, wordt in de ruling de TNMM opnieuw toegepast, maar ditmaal met Ansell Healthcare als de geteste partij en zonder enige vermelding te maken van een te beprijzen verbonden transactie of een verbonden partij die de meest complexe partij bij die transactie zou zijn. Dat genoemde verschil wordt door de betwiste maatregelen als “overwinst” van belasting vrijgesteld.
- (86) Anders dan door de ruling 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de ruling lijkt 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⁽⁷⁴⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.
- (87) 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 is beprijsd⁽⁷⁵⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Ansell Healthcare te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
-
- ⁽⁷¹⁾ In paragraaf 9.2 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat die richtlijnen de term “principaal” verder definiëren. Andere voorbeelden waarin een entiteit “principaal” wordt genoemd binnen een verbonden transactie zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit soort structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.
- ⁽⁷²⁾ Ruling, paragraaf 81.1.
- ⁽⁷³⁾ Ruling, paragraaf 92.
- ⁽⁷⁴⁾ 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)].
- ⁽⁷⁵⁾ 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.

- (88) De ruling beweert dat de vrijgestelde overwinst kan worden voorgesteld als een “intragroeps notionele royalty” die door de regionale principaal wordt betaald voor het ter beschikking hebben van een “industrial organization intangible”⁽⁷⁶⁾. De ruling definieert echter niet nauwkeurig de inhoud of de vorm van die beweerde “intangible”⁽⁷⁷⁾. De Commissie merkt op dat de correcte manier om winst verkregen uit immateriële activa volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen, bestaat uit i) het identificeren, onderbouwen en juist afbakenen van dergelijke immateriële activa; ii) het uitvoeren van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren aangaande de betrokken verbonden transacties⁽⁷⁸⁾, en iii) het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transacties, zodat de voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties⁽⁷⁹⁾. Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling identificeert geen concreet immaterieel actief dat door een verbonden groepsvennootschap aan Ansell Healthcare wordt overgedragen of beschikbaar wordt gesteld, laat staan de transacties of regelingen waardoor die overdracht mogelijk wordt, of de wijze waarop die transacties of regelingen onder zakelijke voorwaarden zouden moeten worden vergoed. De ruling voert in plaats daarvan aan dat volgens het concept van “notionele royalty” geen echte transacties kunnen worden aangewezen⁽⁸⁰⁾.
- (89) Met betrekking tot het argument van de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar 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⁽⁸¹⁾. 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⁽⁸²⁾; 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⁽⁸³⁾.
- (90) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen teweeggebracht worden door de geplande reorganisatie van de onderneming, zonder duidelijk de voorgestelde cijfers te rechtvaardigen om toe te lichten in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep zou verhogen, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast⁽⁸⁴⁾. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Ansell Healthcare gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekeningen was opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (91) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan⁽⁸⁵⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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⁽⁸⁶⁾.

⁽⁷⁶⁾ Ruling, paragraaf 81.10.

⁽⁷⁷⁾ De Commissie merkt op dat afgezien van de “industrial organization intangible” de beweerde synergieën gedeeltelijk betrekking hebben op elementen die in bepaalde omstandigheden omschreven kunnen worden als immateriële activa (zoals knowhow). De ruling verricht hoe dan ook geen verdere analyse van deze mogelijke immateriële activa dan gedaan wordt voor de beweerde “industrial organization intangible”.

⁽⁷⁸⁾ 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.

⁽⁷⁹⁾ 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)].

⁽⁸⁰⁾ Ruling, paragraaf 81.10.

⁽⁸¹⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁸²⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁸³⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁸⁴⁾ Ruling, paragrafen 126 en volgende en 154 en volgende.

⁽⁸⁵⁾ Ruling, paragraaf 175.

⁽⁸⁶⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (89)).

- (92) Echter, zelfs als de geplande regorganisatie zou leiden tot winst uit synergieën of schaalvoordelen en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de groepsondernemingen die deze acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen deze groepspartijen correct waren omschreven (quod non), blijkt de ruling erop te wijzen dat die winsten (opnieuw) aan Ansell Healthcare moeten worden toegewezen. Meer in het bijzonder vermeldt de ruling dat “[d]e beoogde herstructurering zal plaatsvinden teneinde in [Ansell Healthcare] de belangrijkste waardedrijvers van de EMEA-business te centraliseren. In dit opzicht zullen de bestaande bedrijfsfuncties op het niveau van [Ansell Healthcare] worden versterkt en zullen er additionele functies worden gecreëerd.”⁽⁸⁷⁾ Dat wijst erop dat (een deel van) de extra winstgevendheid die door de reorganisatie is ontstaan, voortkomt uit de bijdragen die Ansell Healthcare in België heeft geleverd en daarom terecht in haar jaarrekeningen als zakelijke winst was opgenomen. Alle winsten uit de centrale inkoopactiviteit voor de EMEA-regio die voortvloeien uit doelbewuste gezamenlijke acties, moeten worden opgenomen in de intragroepsprizen die Ansell Healthcare aanrekent aan groepsondernemingen⁽⁸⁸⁾.
- (93) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (81), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Ansell Healthcare om tot haar 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 Ansell Healthcare leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*
- (94) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (64) 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⁽⁸⁹⁾.
- (95) In punt (72) 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 (73), 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.
- (96) De voorlopige conclusie van de punten (78) tot en met (93) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Ansell Healthcare, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Ansell Healthcare een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (97) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (66) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare 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 winstbedrag dat gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, hetgeen de Commissie in punt (86) heeft betwist.
- (98) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Ansell Healthcare toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaaffecten, die onderneming 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.

⁽⁸⁷⁾ Ruling, paragraaf 76.

⁽⁸⁸⁾ OESO-richtlijnen Verrekenprizen 2017, paragraaf 1.168.

⁽⁸⁹⁾ 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.

- (99) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare 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⁽⁹⁰⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.
- (100) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (101) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare 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 Ansell Healthcare tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (84). 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.
- (102) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Ansell Healthcare 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 winstbedrag dat gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (103) 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 specifiek referentiestelsel die buiten dat stelsel zijn gelegen, en de voor het bereiken van dergelijke doelstellingen noodzakelijke mechanismen die inherent zijn aan het stelsel zelf⁽⁹¹⁾. 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⁽⁹²⁾.
- (104) 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 Ansell Healthcare, waardoor die onderneming 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.

⁽⁹⁰⁾ 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.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ 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.

- (105) 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⁽⁹³⁾. 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.
- (106) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (78) en met (81) staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Ansell Healthcare 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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.
- (107) 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 (82) tot en met (93), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Ansell Healthcare en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (108) 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.
- (109) 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

- (110) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Ansell Healthcare staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (111) 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. Zoals het Hof van Justitie eerder heeft verklaard “[moet] [i]n het kader van het mededingingsrecht onder het begrip onderneming worden verstaan een [...] economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen”⁽⁹⁴⁾. Om te bepalen of verscheidene entiteiten een economische eenheid vormen, gaat het Hof van Justitie na of er sprake is van een zeggenschapsdeelneming of van functionele, economische of organieke banden⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

⁽⁹⁴⁾ 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.

⁽⁹⁵⁾ 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.

- (112) In casu is Ansell Healthcare de regionale principaal van de Groep voor de EMEA-regio. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloten heeft een “regionale-principaalstructuur” voor de EMEA-regio op te zetten, met Ansell Healthcare als “central entrepreneur” voor EMEA, als gevolg waarvan die onderneming een ruling inzake “overwinst” kon verkrijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van vennootschapsbelasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (113) 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⁽⁹⁶⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Ansell Healthcare-groep, naast Ansell Healthcare, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (114) 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)⁽⁹⁷⁾. 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)⁽⁹⁸⁾. 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.
- (115) 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

- (116) Staatssteun wordt als verenigbaar met de interne markt beschouwd voor zover hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU⁽⁹⁹⁾ genoemde gronden valt en kan als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd indien de Commissie vaststelt dat hij onder een van de in artikel 107, lid 3, VWEU⁽¹⁰⁰⁾ genoemde gronden valt. De lidstaat die de steun toekent, moet kunnen aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽¹⁰¹⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (117) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Ansell Healthcare en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (118) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁶⁾ 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 [...]”.

⁽⁹⁷⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹⁸⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU; Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹⁹⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽¹⁰⁰⁾ 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.

⁽¹⁰¹⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽¹⁰²⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Ansell Healthcare NV is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van Ansell Healthcare NV voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Ansell Healthcare Europe NV over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- 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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53995 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Esko-Graphics****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/32)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2014 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Esko-Graphics BVBA (im Folgenden „Esko-Graphics“) für die Steuerjahre 2012 bis 2016 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Esko-Graphics für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Esko-Graphics einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahme Esko-Graphics einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Esko-Graphics im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Esko-Graphics durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Esko-Graphics gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Esko-Graphics bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Esko-Graphics akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Esko-Graphics BVBA und der Esko-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Esko-Graphics BVBA («Esko-Graphics») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une 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'Esko-Graphics.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Esko-Graphics, 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) Esko-Graphics fait partie du groupe Esko (le «Groupe»), de dimension mondiale, dont le siège est à Gand, en Belgique. Le Groupe propose des solutions d'emballage, de finition d'étiquettes et de produits signalétiques, d'impression commerciale et de publication professionnelle. En 2012, le Groupe employait plus de 1200 personnes dans le monde. En juin 2013, le Groupe comptait 323 salariés en Belgique, dont 186 chez Esko-Graphics. Le Groupe possède des sites de production et de recherche-développement dans cinq pays européens ainsi qu'en Chine et aux États-Unis ⁽³⁾.
- (6) Le Groupe exerce ses activités en Belgique par l'intermédiaire de cinq entités juridiques distinctes, dont Esko-Graphics est l'entité donneuse d'ordre; elle est chargée de la commercialisation des produits du Groupe en Europe, au Moyen-Orient et en Afrique (zone «EMEA») ⁽⁴⁾.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Esko-Graphics sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Esko-Graphics.

— Le 28 janvier 2014, Esko-Graphics a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016 (la «décision anticipée») ⁽⁵⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que [70-75] % du bénéfice net avant impôt (en anglais *net profit before tax* ou «NPBT») d'Esko-Graphics tiré de ses activités de distribution de logiciels dans la zone non-EMEA pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ En mars 2011, le groupe Esko a été englobé dans le groupe Danaher, un groupe technologique diversifié dont le siège est aux États-Unis.

⁽⁴⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie au considérant (7).

⁽⁵⁾ Voorafgaande beslissing 2013.579 du 28 janvier 2014, adressée à KPMG agissant pour le compte d'Esko-Graphics.

2.2.1. L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée

- (8) La décision anticipée décrit le projet du Groupe consistant à centraliser davantage l'unité opérationnelle «Logiciels» (l'«UO Logiciels») au sein d'une unité donneuse d'ordre unique, à savoir Esko-Graphics. Aussi Esko-Graphics exercera-t-elle la fonction de donneur d'ordre («entrepreneur global») de l'UO Logiciels à la fois pour la zone EMEA et pour la zone non-EMEA⁽⁶⁾. Pour mener à bien ce projet, plusieurs fonctions à forte valeur liées à l'UO Logiciels (gestion des relations avec les clients, promotion des ventes, planification des ventes et contrôle des commandes, notamment approbation technique, solvabilité, etc.)⁽⁷⁾ antérieurement exécutées par des donneurs d'ordre régionaux seraient gérées par Esko-Graphics après la réorganisation. Esko-Graphics assumerait en outre les principaux risques commerciaux reposant auparavant sur les donneurs d'ordre régionaux, notamment le risque de marché, le risque de prix et le risque lié aux fournisseurs⁽⁸⁾. Les anciens donneurs d'ordre régionaux deviendraient des distributeurs régionaux limités distribuant dans leur zone les logiciels vendus par Esko-Graphics⁽⁹⁾. La restructuration n'aurait pas d'incidence directe sur la propriété intellectuelle et sur l'organisation des activités de recherche-développement.
- (9) La décision anticipée donne une présentation détaillée des investissements qu'Esko-Graphics entend réaliser et des emplois qu'elle compte créer *«[p]our justifier l'application du régime des "bénéfices excédentaires" à la réorganisation en cours»*⁽¹⁰⁾. Elle présente ensuite les synergies qui sont censées donner lieu à des «bénéfices excédentaires» au niveau d'Esko-Graphics à la suite de la centralisation en Belgique des activités non-EMEA de l'UO Logiciels *«étant donné l'importance des synergies dans le contexte des décisions anticipées relatives aux "bénéfices excédentaires"»*⁽¹¹⁾. Selon ladite présentation, Esko-Graphics bénéficierait des avantages suivants à la suite de la réorganisation prévue: mise en commun de ressources car les solutions logicielles sont très similaires dans les cinq zones et requièrent des efforts de même nature en ce qui concerne les services de distribution; économies d'échelle dues à sa présence au niveau mondial; conception centralisée de la documentation de marketing, qui générerait des réductions de coûts et des résultats de qualité grâce aux meilleures connaissances en matière de marketing; établissement plus précis des budgets grâce à la centralisation des activités de l'UO Logiciels; contrôle du modèle d'entreprise et du savoir-faire sur les marchés américain et asiatique; avantages en matière d'achat dans le contexte des négociations sur l'accord de licence, en raison des volumes d'achat plus importants; présence de toutes les activités de l'UO Logiciels sur le même territoire (Belgique).

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (10) La décision anticipée décrit la fixation des prix des transactions intragroupe entre Esko-Graphics comme «entrepreneur global» et les distributeurs régionaux limités de la zone non-EMEA après la restructuration. Plus précisément, la décision anticipée décrit:
- le fait que, dans la structure d'«entrepreneur global», Esko-Graphics soit responsable des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques au titre de l'UO Logiciels liés à la zone non-EMEA, tandis que les entités de distribution régionales du Groupe n'exécutent que des fonctions de routine au profit d'Esko-Graphics;
 - l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») pour la rémunération des transactions d'Esko-Graphics avec les entités de distribution régionales, méthode aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. L'application de la MTMN a pour résultat qu'une rémunération des entités de distribution régionales est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si ces entités réalisent une marge d'exploitation de [4,5-5] % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal à [4,5-5] % des ventes/recettes)⁽¹²⁾.
- (11) La décision anticipée affirme que la centralisation en Belgique des activités non-EMEA de l'UO Logiciels entraînera des synergies et d'autres économies d'échelle qui profiteront à l'ensemble du Groupe⁽¹³⁾. Elle indique ensuite que *«lesdites synergies peuvent s'expliquer par le fait qu'Esko-Graphics fait partie d'un groupe multinational, et que les bénéfices générés par ces synergies doivent par conséquent être considérés comme des "bénéfices excédentaires"»*⁽¹⁴⁾.
- (12) La décision anticipée affirme ensuite que les «bénéfices excédentaires» susmentionnés, c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies et aux économies d'échelle, peuvent être calculés comme la différence entre⁽¹⁵⁾:
- (i) le bénéfice qu'Esko-Graphics va réellement générer sur ses activités non-EMEA et enregistrer dans ses comptes annuels; et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» tiré de ses activités non-EMEA pour tenir compte des fonctions d'«entrepreneur global» d'Esko-Graphics.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, point 21.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, point 36.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, point 43.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, point 40.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, points 47 à 77.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, points 78 à 79.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, point 45. La décision anticipée ne contient aucune indication quant à la façon dont le pourcentage de [4,5-5] % de la marge d'exploitation a été fixé. La note de bas de page n° 6 de la décision anticipée énonce ce qui suit: «la demande de décision anticipée ne vise pas à obtenir la certitude que la rémunération réservée aux [distributeurs à faible risque] est conforme au marché».

⁽¹³⁾ Décision anticipée, point 78.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, point 79.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, point 82.3. Voir également le graphique 0-9 de la décision anticipée.

Le montant visé au point (i) représente le bénéfice résiduel d'Esko-Graphics, c'est-à-dire le chiffre d'affaires total de ses activités non-EMEA (y compris le chiffre d'affaires tiré de ses transactions de pleine concurrence avec les entités de distribution régionales) duquel sont déduites les dépenses d'exploitation propres d'Esko-Graphics relatives aux activités non-EMEA. Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une étude comparative dont il résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» tiré de ses activités non-EMEA est évalué à une marge bénéficiaire nette de [5,5-6] % (c'est-à-dire que son bénéfice net devrait être égal à [5,5-6] % des ventes/recettes) ⁽¹⁶⁾.

- (13) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe pour les années 2012 à 2016, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels pouvant être exonérés à [70-75] % du NPBT d'Esko-Graphics tiré des zones non-EMEA pendant ces années ⁽¹⁷⁾.
- (14) La décision anticipée justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ⁽¹⁸⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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 ⁽¹⁹⁾.
- (15) La décision anticipée déclare qu'Esko-Graphics est autorisée à exonérer un montant équivalant à [70-75] % de son NPBT annuel tiré de ses activités non-EMEA de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans, avec la possibilité d'une nouvelle prolongation de cinq ans ⁽²⁰⁾. Il est prévu que ce pourcentage soit revu et ajusté si nécessaire au bout de trois ans ⁽²¹⁾.

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

- (16) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (17) 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 bénéfices. 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».
- (18) 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 1er, 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.
- (19) 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.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, point 95.3.

⁽¹⁷⁾ Décision anticipée, points 88 et 102.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, point 98.

⁽¹⁹⁾ Décision anticipée, points 99 à 101.

⁽²⁰⁾ Décision anticipée, points 109 et 112.

⁽²¹⁾ Décision anticipée, point 111.

2.3.1.1. La loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR

- (20) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽²²⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (21) 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»).
- (22) 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.
- (23) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (24) 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 ⁽²³⁾. 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» ⁽²⁴⁾. 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» ⁽²⁵⁾. 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 ⁽²⁶⁾. 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⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

⁽²³⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁴⁾ 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.»

⁽²⁵⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²⁶⁾ Ibidem, p. 5 et 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.»

- (25) 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.
- (26) 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

- (27) 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⁽²⁷⁾. 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.
- (28) 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.
- (29) 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)⁽²⁸⁾ 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»

- (30) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005⁽²⁹⁾, 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.
- (31) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale⁽³⁰⁾ 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 demandaient 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.
- (32) 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.

⁽²⁷⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽²⁸⁾ 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».

⁽²⁹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁰⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (33) 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⁽³¹⁾. 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

- (34) 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⁽³²⁾.
- (35) 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.»

- (36) 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.
- (37) 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⁽³³⁾. 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.

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

- (38) 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»)⁽³⁴⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (39) 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.

⁽³¹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³²⁾ 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.

⁽³³⁾ Voir la note de bas de page n° 22.

⁽³⁴⁾ 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»).

- (40) 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⁽³⁵⁾. 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⁽³⁶⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (41) 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.
- (42) 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⁽³⁷⁾. 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.
- (43) 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.»*
- (44) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³⁸⁾ 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⁽³⁹⁾. 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⁽⁴⁰⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (45) 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.
- (46) 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.

⁽³⁵⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁶⁾ 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.

⁽³⁷⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁸⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁹⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁴⁰⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

- 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 ⁽⁴¹⁾.
- 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 ⁽⁴²⁾. 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 ⁽⁴³⁾. 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.

- (47) 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 ⁽⁴⁴⁾.
- (48) 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 ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ 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».

⁽⁴²⁾ 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.»

⁽⁴³⁾ 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.

⁽⁴⁴⁾ 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⁾ 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.

- (49) 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 ⁽⁴⁶⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴⁷⁾, 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.
- (50) 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) ⁽⁴⁸⁾. 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

- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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.
- (55) 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

4. APPRÉCIATION DES MESURES CONTESTÉES

4.1. Existence d'une aide

- (56) 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 ⁽⁴⁹⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (57) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Esko-Graphics, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses 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.
- (58) 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 ⁽⁵⁰⁾. La décision anticipée a permis à Esko-Graphics d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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'Esko-Graphics 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

- (59) 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, Esko-Graphics fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Esko-Graphics est l'entité donneuse d'ordre responsable des activités mondiales de vente et de distribution de l'UO Logiciels du Groupe. Les produits et les services 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'Esko-Graphics est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁵¹⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (60) 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 ⁽⁵²⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Esko-Graphics de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Esko-Graphics d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence ⁽⁵³⁾; 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

4.5. **Avantage sélectif**

- (61) 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 ⁽⁵⁴⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Esko-Graphics parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur le revenu des sociétés qu'elle doit 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**

- (62) 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 ⁽⁵⁵⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même ⁽⁵⁶⁾. 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 ⁽⁵⁷⁾.
- (63) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Esko-Graphics en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (10), la décision anticipée commence par décrire les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre Esko-Graphics et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe. Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde sur la MTMN, a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine qui équivaut à une marge d'exploitation, tandis que le bénéfice résiduel généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à Esko-Graphics. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels d'Esko-Graphics et fournit la base de son NPBT.
- (64) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016, Esko-Graphics a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Esko-Graphics n'a été autorisée 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'Esko-Graphics, 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 Esko-Graphics, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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**

- (65) 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 Esko-Graphics 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités» ⁽⁵⁸⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité» ⁽⁵⁹⁾.
- (66) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵⁶⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ Ibidem.

- (67) 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 1er, 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 Esko-Graphics un avantage sous forme de réduction de sa 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'Esko-Graphics par rapport à des entreprises comparables

- (68) 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⁽⁶⁰⁾. 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⁽⁶¹⁾. 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'Esko-Graphics par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (69) 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'Esko-Graphics par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (70) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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'Esko-Graphics 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

- (71) 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⁽⁶²⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁶³⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (72) 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)⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁶¹⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁶²⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶³⁾ 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.

⁽⁶⁴⁾ 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.

- (73) Les mesures contestées permettent à Esko-Graphics d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (74) 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 (18), 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*»⁽⁶⁵⁾.
- (75) 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).
- (76) 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⁽⁶⁶⁾.
- (77) Ainsi qu'il ressort du considérant (20), 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 Esko-Graphics) 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.
- (78) Aux considérants (79) à (93), 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 Esko-Graphics 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'Esko-Graphics, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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.

⁽⁶⁵⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, no 100, & RCJB, 2000, p. 525): «*sauf dérogation expresse de la loi fiscale, les bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable*».

⁽⁶⁶⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «*L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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.*».

(a) Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne sont pas inclus dans les bénéfices d'une société associée étrangère

- (79) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Esko-Graphics ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (80) Le point 101 de la décision anticipée s'appuie, par contre, 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 Esko-Graphics.
- (81) 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.
- (82) Étant donné que la décision anticipée autorise Esko-Graphics à exonérer de l'impôt une partie de son 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'Esko-Graphics pour parvenir à son 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 Esko-Graphics et des contreparties associées étrangères.

- (83) 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'Esko-Graphics, 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 Esko-Graphics et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.
- (84) Comme expliqué au considérant (10), la décision anticipée décrit la fixation des prix des transactions intragroupe d'Esko-Graphics avec d'autres sociétés du Groupe. Pour ce faire elle inclut des analyses des prix de transfert s'appuyant sur la MTMN, les autres sociétés du Groupe, qualifiées de «distributeurs à faible risque», étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions. Ces analyses — qui ne relèvent pas de l'objet de la présente décision — permettent de déterminer une rémunération «de routine» pour ces sociétés. La conséquence logique de l'application de la MTMN aux autres sociétés du Groupe dans ces analyses est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces sociétés ont obtenu une rémunération, revient à Esko-Graphics et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (85) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN a été choisie pour fixer le prix des transactions intragroupe d'Esko-Graphics et que la décision anticipée ne remet pas en question cette méthode de même que la désignation de cette entité comme «entrepreneur global» ⁽⁶⁷⁾, le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.

⁽⁶⁷⁾ Décision anticipée, point 94.

- (86) Néanmoins, la décision anticipée soutient qu'en raison de «la structure d'entrepreneur global» ⁽⁶⁸⁾ mise en place par le Groupe, Esko-Graphics, en tant qu'«entrepreneur global», générera des «bénéfices excédentaires» sous la forme de synergies et d'économies d'échelle ⁽⁶⁹⁾. Elle soutient également que «l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR permet d'exonérer le bénéfice de groupements de sociétés à concurrence du montant des synergies dont bénéficie le groupe, dues au fait que la société en question fait partie d'un groupe plus important» ⁽⁷⁰⁾. Selon la décision anticipée, cet ajustement doit être déterminé comme la différence entre: i) le bénéfice qu'Esko-Graphics, en tant qu'«entrepreneur global», devrait générer suivant l'approche fondée sur les bénéfices résiduels décrite au considérant (84); et ii) le bénéfice qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient ⁽⁷¹⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN une deuxième fois, mais cette fois avec Esko-Graphics comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction ⁽⁷²⁾. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (87) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décisions anticipée affirme, 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 ⁽⁷³⁾. 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.
- (88) 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 ⁽⁷⁴⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable d'Esko-Graphics, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (89) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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 ⁽⁷⁵⁾. Dans certaines circonstances, les synergies de groupe peuvent constituer un facteur de comparabilité pouvant donner lieu à un ajustement au titre du principe de

⁽⁶⁸⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur global». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶⁹⁾ Décision anticipée, point 78.

⁽⁷⁰⁾ Décision anticipée, point 80.

⁽⁷¹⁾ Décision anticipée, point 82.3.

⁽⁷²⁾ Décision anticipée, points 83 à 89.

⁽⁷³⁾ 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. [...]».

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

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 ⁽⁷⁶⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷⁷⁾.

- (90) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée ⁽⁷⁸⁾. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence ⁽⁷⁹⁾. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par Esko-Graphics, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (91) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée ⁽⁸⁰⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés ⁽⁸¹⁾.
- (92) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à Esko-Graphics. Plus précisément, la décision anticipée décrit en termes généraux «les synergies donnant lieu à des bénéfices excédentaires au niveau d'Esko-Graphics, à la suite de la centralisation en Belgique des activités non-EMEA de l'UO Logiciels» ⁽⁸²⁾. Cela indique que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions d'Esko-Graphics en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (93) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (82), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable d'Esko-Graphics pour parvenir à son 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'Esko-Graphics entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (94) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (65) 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 ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁶⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁷⁾ 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.

⁽⁷⁸⁾ En ce qui concerne les restructurations d'entreprises telles que celle en question en l'espèce, les principes de l'OCDE contiennent des règles détaillées sur la manière de traiter la réaffectation des risques et des bénéfices potentiels, les actifs (y compris les actifs incorporels) et les indemnités en cas de résiliation et de renégociation substantielle. Il s'avère qu'aucune de ces règles n'a été suivie ou invoquée dans la décision anticipée.

⁽⁷⁹⁾ Bien que la décision anticipée contienne une énumération des synergies prévues, supposées générer des «bénéfices excédentaires», aucune tentative n'est faite pour étayer le fait que lesdites synergies se concrétiseront bien du fait de l'application de la structure d'«entrepreneur global».

⁽⁸⁰⁾ Décision anticipée, point 98.

⁽⁸¹⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (89)].

⁽⁸²⁾ Décision anticipée, section III.2 et point 78.

⁽⁸³⁾ 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.

- (95) Au considérant (73), 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 (74), 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.
- (96) Aux considérants (79) à (93), 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'Esko-Graphics, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 le revenu des sociétés qu'elle doit acquitter au titre du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique. En octroyant à Esko-Graphics une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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*
- (97) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (67) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Esko-Graphics 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (87).
- (98) En effet, en permettant à Esko-Graphics d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (99) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Esko-Graphics 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»⁽⁸⁴⁾. 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.
- (100) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Esko-Graphics 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.
- (101) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Esko-Graphics 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'Esko-Graphics à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (85). 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

⁽⁸⁴⁾ 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.

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.

- (102) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Esko-Graphics 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (103) 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⁽⁸⁵⁾. 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⁽⁸⁶⁾.
- (104) 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'Esko-Graphics, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (105) 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⁽⁸⁷⁾. 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.
- (106) Premièrement, comme expliqué aux considérants (79) à (82), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable d'Esko-Graphics 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (107) 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 (83) à (93), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Esko-Graphics et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (108) 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.

⁽⁸⁵⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁶⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁸⁷⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (109) 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

- (110) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Esko-Graphics sous la forme d'une exonération fiscale.
- (111) 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»⁽⁸⁸⁾. 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⁽⁸⁹⁾.
- (112) En l'espèce, Esko-Graphics fait partie du Groupe. En outre, la décision anticipée affirme que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure d'«entrepreneur global», avec Esko-Graphics en tant qu'«entrepreneur global», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (113) Par conséquent, bien que le Groupe soit organisé en différentes personnalités juridiques, les sociétés faisant partie du Groupe doivent être provisoirement considérées comme une entreprise unique bénéficiant des mesures contestées⁽⁹⁰⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le groupe Esko, en plus d'Esko-Graphics, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (114) 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)⁽⁹¹⁾. 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)⁽⁹²⁾. L'article 1er, 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».
- (115) 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

- (116) 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⁽⁹³⁾, 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⁽⁹⁴⁾. 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⁽⁹⁵⁾.

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

⁽⁹⁰⁾ 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 [...]».

⁽⁹¹⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹²⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ 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.

⁽⁹⁵⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

- (117) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Esko-Graphics 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.
- (118) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽⁹⁶⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Esko-Graphics BVBA par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels d'Esko-Graphics BVBA relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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'Esko-Graphics BVBA pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

⁽⁹⁶⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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") ⁽¹⁾. 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. Esko-Graphics BVBA ("Esko-Graphics") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Esko-Graphics 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") ⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Esko-Graphics is 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) Esko-Graphics maakt deel uit van de Esko Group (hierna "de Groep" genoemd), een wereldwijde groep met hoofdzetel in Gent (België). De Groep biedt oplossingen voor verpakkingen, afwerking van etiketten en tekens, handelsdrukkerij en professionele uitgeverijen. In 2012 telde de Groep wereldwijd ruim 1 200 werknemers. Vanaf juni 2013 had de Groep 323 werknemers in België, van wie er 186 werkzaam waren bij Esko-Graphics. De Groep heeft productie- en R&D-faciliteiten in vijf Europese landen, China en de Verenigde Staten ⁽³⁾.
- (6) De Groep oefent zijn Belgische activiteiten uit door middel van vijf verschillende rechtspersonen, waarvan Esko-Graphics de belangrijkste entiteit is, die verantwoordelijk is voor de vermarkting van de producten van de Groep in Europa, het Midden-Oosten en Afrika (hierna "de EMEA-regio" genoemd) ⁽⁴⁾.

2.2. De omstreden maatregelen

- (7) De "omstreden maatregelen" in dit besluit bestaan uit de hieronder genoemde ruling en de aanvaarding door de Belgische belastingautoriteiten van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van Esko-Graphics die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan Esko-Graphics een vrijstelling van "overwinst" hebben toegekend.
 - Op 28 januari 2014 heeft Esko-Graphics een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 bestrijkt ("de ruling") ⁽⁵⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat Esko-Graphics [70-75] % van de uit zijn softwarevertriebsactiviteiten in de niet-EMEA regio behaalde nettowinst vóór belastingen (net profit before taxes, afgekort NPBT) op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van de vennootschapsbelasting mocht vrijstellen als "overwinst" (ook "excess profit", "excessieve winst(en)" of "meerwinst(en)" genoemd).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ In maart 2011 is de Esko Group overgenomen door Danaher, een gediversifieerde technologiegroep gevestigd in de Verenigde Staten.

⁽⁴⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁵⁾ Voorafgaande beslissing 2013.579 van 28 januari 2014, gericht aan KPMG ten behoeve van Esko-Graphics.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling beschrijft het voornemen van de Groep om de software business unit (hierna “Software BU” genoemd) verder te centraliseren binnen één principaaleenheid, namelijk Esko-Graphics. Het opzet is dat Esko-Graphics niet alleen zal optreden als principaal (“global entrepreneur”) van de Software BU voor de EMEA-regio, maar ook voor de niet-EMEA regio ⁽⁶⁾. Om dit voornemen te verwezenlijken, zouden verschillende functies met hoge toegevoegde waarde in de Software BU (klantenrelaties onderhouden, verkoop genereren en plannen, bestellingen controleren, inclusief technische goedkeuring, kredietwaardigheid enz.) ⁽⁷⁾, die voordien werden uitgeoefend door de regionale principalen, na de herstructurering onder de leiding komen van Esko-Graphics. Voorts zullen de belangrijkste bedrijfsrisico's die voordien door de regionale principalen werden gedragen, met name het marktrisico, het prijsrisico en het leveranciersrisico ⁽⁸⁾, aan Esko-Graphics worden overgedragen. De vroegere regionale principalen zullen optreden als regionale distributeurs met beperkt risicoprofiel en in hun regio de door Esko-Graphics verkochte software distribueren ⁽⁹⁾. De herstructurering zal geen rechtstreeks effect hebben op intellectuele eigendom en de organisatie van R&D-activiteiten.
- (9) De ruling geeft een gedetailleerd overzicht van de toekomstige investeringen en de personeelsuitbreiding die Esko-Graphics wil implementeren “[t]eneinde de toepassing van het “excess profit” ruling regime op de huidige herstructurering te staven ⁽¹⁰⁾”. Vervolgens wordt een overzicht gegeven van de synergieën die volgens Esko-Graphics tot overwinst zullen leiden op het niveau van de onderneming als gevolg van de centralisering van de niet-EMEA Software BU-activiteiten in België gezien “het belang van synergieën in de context van “excess profit” rulings ⁽¹¹⁾”. Volgens dit overzicht kan Esko-Graphics rekenen op de volgende voordelen als gevolg van de voorgenomen herstructurering: een bundeling van middelen, aangezien de softwareoplossingen in de vijf regio's zeer gelijkaardig zijn en gelijkaardige inspanningen vergen op het vlak van distributiediensten; schaalvoordelen, die het bedrijf kan behalen dankzij zijn wereldwijde aanwezigheid; een gecentraliseerd ontwerp van marketingmateriaal, hetgeen leidt tot lagere kosten en resultaten van hoge kwaliteit dankzij betere marktkennis; een nauwkeurigere budgettering, als gevolg van de centralisering van de activiteiten van Software BU; controle over het bedrijfsmodel en de knowhow in de Amerikaanse en Aziatische markten; aankoopvoordelen in het kader van de onderhandelingen over de licentieovereenkomst dankzij grotere aankoophoeveelheden; en de aanwezigheid van alle Software BU-activiteiten in hetzelfde territorium (België).

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

- (10) De ruling beschrijft de prijsstelling van intragroepstransacties tussen Esko-Graphics als “global entrepreneur” en de regionale distributeurs met beperkt risicoprofiel die actief zijn in de niet-EMEA regio na de herstructurering. De ruling beschrijft met name het volgende:
- het feit dat Esko-Graphics in het “global entrepreneur”-model verantwoordelijk is voor de belangrijkste functies en de meeste risico's draagt voor de Software BU met betrekking tot de niet-EMEA regio, terwijl de regionale distributie-entiteiten van de Groep routinefuncties uitoefenen ten behoeve van Esko-Graphics;
 - het gebruik van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) voor de vergoeding van de transacties tussen Esko-Graphics en de regionale distributie-entiteiten, waarbij die entiteiten voor de toepassing van de TNMM worden beschouwd als de “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe partij. Het resultaat van die TNMM is dat een vergoeding van de regionale distributie-entiteiten zakelijk wordt geacht indien deze entiteiten een operationele marge van [4,5-5] % behalen (d.w.z. hun operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [4,5-5] % van de omzet/inkomsten) ⁽¹²⁾.
- (11) De ruling stelt dat de centralisering van de niet-EMEA Software BU-activiteiten in België zal leiden tot synergie-effecten en andere schaalvoordelen waarvan de Groep als geheel zal profiteren ⁽¹³⁾. Voorts wordt betoogd dat “deze synergieën te verklaren [zijn] vanuit het feit dat Esko-Graphics deel uitmaakt van een multinationale groep, en dat de winsten die uit deze synergieën voortvloeien derhalve moeten worden beschouwd als “excess profit” ⁽¹⁴⁾”.
- (12) De ruling stelt vervolgens dat de bovengenoemde “overwinst”, d.w.z. de winst die kan worden toegerekend aan synergie-effecten en schaalvoordelen, kan worden vastgesteld als het verschil tussen ⁽¹⁵⁾:
- (i) de winst die Esko-Graphics uit zijn niet-EMEA activiteiten zal genereren en in zijn jaarrekening zal opnemen, en
 - (ii) een zogenaamde “aangepaste” zakelijke winst uit zijn niet-EMEA activiteiten voor de “global entrepreneur”-functies van Esko-Graphics.

⁽⁶⁾ Ruling, paragraaf 21.

⁽⁷⁾ Ruling, paragraaf 36.

⁽⁸⁾ Ruling, paragraaf 43.

⁽⁹⁾ Ruling, paragraaf 40.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragrafen 47 tot en met 77.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragrafen 78 en 79.

⁽¹²⁾ Ruling, paragraaf 45. Het is niet duidelijk in de ruling hoe de operationele marge van [4,5-5] % is bepaald. In voetnoot 6 van de ruling valt te lezen dat: “de ruingaanvraag er geenszins toe strekt zekerheid te verkrijgen over de marktconformiteit van de aan de [distributeurs met beperkt risicoprofiel] toegewezen vergoedingen.”

⁽¹³⁾ Ruling, paragraaf 78.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragraaf 79.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragraaf 82.3. Zie ook figuur 0-9 van de ruling.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de residuele winst van Esko-Graphics, d.w.z. de totale omzet uit zijn niet-EMEA activiteiten inclusief de omzet uit arm's length transacties met verbonden regionale distributie-entiteiten, waarop de eigen operationele kosten van Esko-Graphics met betrekking tot niet-EMEA in mindering zijn gebracht. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een benchmarkstudie, als gevolg waarvan de vermeende "aangepaste" zakelijke winst van Esko-Graphics uit zijn niet-EMEA activiteiten wordt gebenchmarkt op een nettowinstmarge van [5,5-6] % (d.w.z. zijn nettowinst zou gelijk moeten zijn aan [5,5-6] % van de omzet/inkomsten) ⁽¹⁶⁾.

- (13) Op basis van de gebudgetteerde cijfers voor de Groep over de jaren 2012 tot en met 2016 wordt in de ruling bepaald dat de jaarlijkse "overwinst" die Esko-Graphics mag vrijstellen, [70-75] % bedraagt van zijn in die jaren uit niet-EMEA regio's behaalde NPBT ⁽¹⁷⁾.
- (14) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van "overwinst" onder verwijzing naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 ⁽¹⁸⁾. Vervolgens verwijst hij naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 verbonden buitenlandse vennootschap de "overwinst" in de vennootschapsbelastinggrondslag moet worden opgenomen ⁽¹⁹⁾.
- (15) De ruling verklaart dat Esko-Graphics een bedrag gelijk aan [70-75] % van zijn jaarlijkse NPBT met betrekking tot niet-EMEA activiteiten voor een periode van vijf jaar in België van de vennootschapsbelasting mag vrijstellen, met de mogelijkheid van verlenging voor een additionele periode van vijf jaar ⁽²⁰⁾. Dit percentage moet worden geëvalueerd en zo nodig worden aangepast na een periode van drie jaar ⁽²¹⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (16) 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).
- (17) 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".
- (18) 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.
- (19) 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.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragraaf 95.3.

⁽¹⁷⁾ Ruling, paragrafen 88 en 102.

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragraaf 98.

⁽¹⁹⁾ Ruling, paragrafen 99 tot en met 101.

⁽²⁰⁾ Ruling, paragrafen 109 en 112.

⁽²¹⁾ Ruling, paragraaf 111.

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

- (20) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽²²⁾ 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.”

- (21) 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”).
- (22) 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.
- (23) 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

- (24) 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 ⁽²³⁾. 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” ⁽²⁴⁾. 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” ⁽²⁵⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽²⁶⁾. 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

⁽²²⁾ 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. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

⁽²³⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁴⁾ 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.”

⁽²⁵⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²⁶⁾ 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.”

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.

- (25) 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.
- (26) 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

- (27) 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⁽²⁷⁾. 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.
- (28) 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.
- (29) 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⁽²⁸⁾ 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”

- (30) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²⁹⁾ 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.
- (31) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽³⁰⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.

⁽²⁷⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽²⁸⁾ 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)]

⁽²⁹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁰⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (32) 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.
- (33) 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) inlichtingenuitwisseling 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⁽³¹⁾. 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 inlichtingen.

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

- (34) 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⁽³²⁾.
- (35) 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.”

- (36) 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.
- (37) 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⁽³³⁾. 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 (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

- (38) 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 (“OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”)⁽³⁴⁾, beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (39) 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.

⁽³¹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³²⁾ 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.

⁽³³⁾ Zie voetnoot 22.

⁽³⁴⁾ De laatste versie van de richtlijnen werd op 10 juli 2017 gepubliceerd (“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”).

- (40) 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⁽³⁵⁾. 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⁽³⁶⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (41) 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.
- (42) 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⁽³⁷⁾. 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 investering worden bevorderd.
- (43) 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 voordelen van integratie kunnen worden toegewezen.” (vertaling Commissie)]
- (44) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017⁽³⁸⁾ 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⁽³⁹⁾. Als er van doelbewuste 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⁽⁴⁰⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (45) 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.

⁽³⁵⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁶⁾ 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.

⁽³⁷⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁸⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁹⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴⁰⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

- (46) 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 ingezeten 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 ⁽⁴¹⁾.
 - Artikel 9, lid 2, strekt ertoe 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 ingezet is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽⁴²⁾. 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 en zal die Staat doorgaans ook afzien van een neerwaartse aanpassing ⁽⁴³⁾. 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.
- (47) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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 ⁽⁴⁴⁾.
- (48) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie

⁽⁴¹⁾ 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)]

⁽⁴²⁾ 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, herzielt 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)]

⁽⁴³⁾ Bij een geschil tussen de betrokken partijen over het bedrag en de aard van de passende aanpassing moet de onderling-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.

⁽⁴⁴⁾ 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)]

zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴⁵⁾.

- (49) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴⁶⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent ⁽⁴⁷⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (50) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴⁸⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (51) 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.
- (52) 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 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.
- (53) 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.

⁽⁴⁵⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴⁶⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 vervulde functies (met inachtneming van de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen bij verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“strekt ertoe de economisch belangrijke activiteiten en verantwoordelijkheden, de gebruikte activa en de gedragen risico's van de partijen bij de transacties te bepalen 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.

⁽⁴⁷⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁸⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

- (54) 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 probleem van “prijsccontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (55) 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?

- (56) 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 ⁽⁴⁹⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (57) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op zijn beurt heeft Esko-Graphics zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van zijn 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.
- (58) 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 ⁽⁵⁰⁾. Dankzij de ruling mocht Esko-Graphics een deel van zijn anders belastbare winst vrijstellen van belasting in zijn 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 Esko-Graphics. 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

- (59) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Esko-Graphics deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Esko-Graphics is de belangrijkste entiteit die verantwoordelijk is voor de wereldwijde verkoop- en distributieactiviteiten van de Software BU van de Groep. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Esko-Graphics het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden ⁽⁵¹⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (60) 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⁽⁵²⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Esko-Graphics ontheffen van de vennootschapsbelasting die hij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Esko-Graphics bevrijden van een last die hij normaal gesproken had moeten dragen in zijn gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁵³⁾, 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

- (61) 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⁽⁵⁴⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (62) 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⁽⁵⁵⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵⁶⁾. 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⁽⁵⁷⁾.
- (63) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (10), begint de ruling met de beschrijving van de prijsstelling van intragroepstransacties tussen Esko-Graphics en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep. Die verrekenprijsbepaling, die is gebaseerd op de TNMM, leidt ertoe dat die tegenpartijen een vergoeding voor hun zogenoemde routinefuncties wordt toegekend die gelijk is aan een operationele marge, terwijl de residuele winst van de bovengenoemde intragroepstransacties aan Esko-Graphics wordt toegewezen. Die residuele winst wordt vervolgens in de jaarrekening van Esko-Graphics opgenomen en vormt de basis voor zijn NPBT.
- (64) Door de omstreden maatregelen mocht Esko-Graphics een deel van zijn NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016. Esko-Graphics mocht 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 Esko-Graphics in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ 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, Rousse 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.

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵⁷⁾ 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*

- (65) 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 Esko-Graphics 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”⁽⁵⁸⁾. 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”⁽⁵⁹⁾.
- (66) 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.
- (67) 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 Esko-Graphics 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 Esko-Graphics ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (68) 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⁽⁶⁰⁾. 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⁽⁶¹⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (69) 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 Esko-Graphics bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Esko-Graphics daardoor zijn belastbare grondslag mag 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.
- (70) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Esko-Graphics 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*

- (71) 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

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ Ibid.

⁽⁶⁰⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU: T:2017:903, punt 79.

⁽⁶¹⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

situaties bevinden, ongelijk behandelt ⁽⁶²⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst ⁽⁶³⁾. 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.

- (72) 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) ⁽⁶⁴⁾.
- (73) Door de omstreden maatregelen mag Esko-Graphics een deel van de door hem gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan hem was toegewezen en in zijn 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.
- (74) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (18), 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 ⁽⁶⁵⁾.
- (75) 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 de 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.
- (76) 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,

⁽⁶²⁾ 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.

⁽⁶³⁾ 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.

⁽⁶⁴⁾ Zie 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.

⁽⁶⁵⁾ 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 bénéfices 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 ⁽⁶⁶⁾.

- (77) Zoals volgt uit punt (20), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Esko-Graphics) 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.

- (78) In de punten (79) tot en met (93) 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 Esko-Graphics is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Esko-Graphics, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*

- (79) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Esko-Graphics wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.

- (80) In paragraaf 101 van de ruling 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 Esko-Graphics.

- (81) 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.

- (82) Aangezien de ruling Esko-Graphics toestaat een deel van haar geboekte winst 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 Esko-Graphics om tot zijn 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 Esko-Graphics en buitenlandse verbonden tegenpartijen*

- (83) 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 Esko-Graphics, is de Commissie ook tot de voorlopige conclusie gekomen dat de uit hoofde van de omstreden maatregelen vrijgestelde

⁽⁶⁶⁾ 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.”

“overwinst” niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Esko-Graphics en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.

- (84) Zoals uitgelegd in punt (10), beschrijft de ruling de prijsstelling van intragroepstransacties tussen Esko-Graphics en andere vennootschappen van de Groep. Dat is kennelijk gebeurd aan de hand van verrekenprijsanalyses waarbij gebruik is gemaakt van de TNMM, met de andere vennootschappen van de Groep, omschreven als “distributeurs met beperkt risicoprofiel”, als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties. Het resultaat van die analyses — die niet het voorwerp van dit besluit vormen — is dat voor die vennootschappen een “routine”-vergoeding wordt vastgesteld. Het logische gevolg van de toepassing van de TNMM in die analyses op de andere vennootschappen van de groep is dat de residuele winst die overblijft uit die verbonden transacties nadat die vennootschappen een vergoeding hebben ontvangen, door Esko-Graphics wordt behaald en in haar jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (85) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de achterliggende gedachte van de toepassing van de TNMM op zich, maar ook vanuit economisch perspectief. De meest complexe entiteit heeft op grond van haar niet-routinematige (d. w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het residuele rendement van die transacties, maar draagt ook het risico van een verlies ingeval de onderzochte gecombineerde transacties geen commercieel rendement genereren. Het begrip “residuele winst” is transactiespecifiek en verwijst naar de onderzochte specifieke verbonden transacties die winst genereren. De residuele winst is de winst die voortkomt uit een reeks gecombineerde transacties die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) door de toepassing van de TNMM voor haar routinefuncties is vergoed. Aangezien de TNMM is gekozen om de prijs van intragroepstransacties van Esko-Graphics te bepalen en aangezien de ruling die methode niet betwist en de aanwijzing van die entiteit als “global entrepreneur” bevestigt ⁽⁶⁷⁾, is bijgevolg de residuele winst uit die transacties haar zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in haar jaarrekening opgenomen.
- (86) Niettemin wordt in de ruling de redenering gevolgd dat vanwege het “global entrepreneur”-model ⁽⁶⁸⁾ dat door de Groep wordt ingevoerd, Esko-Graphics — als “global entrepreneur” — “excess profits (overwinst)” zal genereren in de vorm van synergie-effecten en schaalvoordelen ⁽⁶⁹⁾. De ruling stelt vervolgens dat “[a]rtikel 185, paragraaf 2, WIB ertoe [strekt] ondernemingsgroepen van winst vrij te stellen ten belope van de synergieën die door een groep worden genoten en ontstaan zijn op basis van het gegeven dat de betrokken onderneming deel uitmaakt van een grotere groep” ⁽⁷⁰⁾. De ruling voert aan dat de vrijstelling moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de winst die Esko-Graphics, als “global entrepreneur”, verwacht te behalen op grond van de residuele winstbenadering, zoals beschreven in punt (84); en ii) de winst die hij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel ⁽⁷¹⁾. Om de laatstgenoemde winst te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM een tweede keer toe, maar deze keer met Esko-Graphics als de geteste partij en zonder aan te geven voor welke verbonden transactie een prijs moet worden bepaald, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn ⁽⁷²⁾. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstrede maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.
- (87) In tegenstelling tot wat in de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. In tegenstelling tot wat kennelijk in de ruling wordt aangevoerd, 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 intragroepstransacties (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

⁽⁶⁷⁾ Ruling, paragraaf 94.

⁽⁶⁸⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “global entrepreneur” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁹⁾ Ruling, paragraaf 78.

⁽⁷⁰⁾ Ruling, paragraaf 80.

⁽⁷¹⁾ Ruling, paragraaf 82.3.

⁽⁷²⁾ Ruling, paragrafen 83 tot en met 89.

voorwaarden. Verbonden transacties zijn dus zowel het onderwerp van, en hun aanwezigheid is een voorwaarde voor, de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel⁽⁷³⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is waarvan de prijs moet worden bepaald, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.

- (88) 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 waarvoor de prijs aantoonbaar onjuist is bepaald⁽⁷⁴⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Esko-Graphics te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties waarvoor een prijs is of moet worden bepaald.
- (89) Met betrekking tot de argumentatie in de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa⁽⁷⁵⁾. 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⁽⁷⁶⁾; 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⁽⁷⁷⁾.
- (90) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling⁽⁷⁸⁾. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep 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⁽⁷⁹⁾. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Esko-Graphics gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan hem is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in zijn jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die hij zou hebben behaald als hij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (91) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan⁽⁸⁰⁾. In die paragraaf wordt melding gemaakt van de moeilijkheid en het ontbreken van consensus om winst uit

⁽⁷³⁾ Dat de nadruk bij verrekenprijzen op de prijsstelling 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 prijsstelling 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 bij een verbonden transactie met de voorwaarden bij transacties tussen onafhankelijke ondernemingen. [...]” (vertaling Commissie)]

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁶⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁷⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷⁸⁾ Ten aanzien van bedrijfsreorganisaties zoals in onderhavig geval zijn in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen omstandige regels opgenomen met betrekking tot hertoewijzing van risico’s en winstpotentieel, activa (met inbegrip van immateriële activa) en vergoeding voor stopzetting en ingrijpende heronderhandeling. In de ruling zijn deze regels kennelijk niet in aanmerking genomen noch gevolgd.

⁽⁷⁹⁾ Hoewel in de ruling een lijst is opgenomen van de verwachte synergieën die tot “overwinst” zouden leiden, is er geen poging gedaan om te onderbouwen dat deze synergieën ook werkelijk zullen optreden als resultaat van het “central entrepreneur”-model.

⁽⁸⁰⁾ Ruling, paragraaf 98.

synergie-effecten of schaalvoordelen toe te wijzen aan de afzonderlijke entiteiten van een multinationale groep. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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 geïdentificeerd ⁽⁸¹⁾.

- (92) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst zou moeten worden (her)toegewezen aan Esko-Graphics. Meer in het bijzonder beschrijft de ruling in algemene bewoordingen “de synergieën die tot “excess profit” leiden op het niveau van Esko-Graphics als gevolg van de centralisering van de niet-EMEA Software BU-activiteiten in België ⁽⁸²⁾”. Dit wijst erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van Esko-Graphics in België en dus terecht in zijn jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.
- (93) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (82), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Esko-Graphics om tot zijn 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 Esko-Graphics leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen

- (94) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (65) 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 ⁽⁸³⁾.
- (95) In punt (73) 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 (74), 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.
- (96) De voorlopige conclusie van de punten (79) tot en met (93) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Esko-Graphics, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Esko-Graphics een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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

- (97) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (67) en in het vorige punt is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (87) heeft betwist.

⁽⁸¹⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (89)).

⁽⁸²⁾ Ruling, III.2 en paragraaf 78.

⁽⁸³⁾ 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.

- (98) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Esko-Graphics toe te staan een deel van zijn geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.
- (99) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics 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⁽⁸⁴⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.
- (100) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (101) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics 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 Esko-Graphics tot onder het niveau van de zakelijke winst die in zijn jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (85). 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.
- (102) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Esko-Graphics 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. Objectieve rechtvaardiging

- (103) 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⁽⁸⁵⁾. 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⁽⁸⁶⁾.
- (104) 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 Esko-Graphics, waardoor die onderneming 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.

⁽⁸⁴⁾ 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.

⁽⁸⁵⁾ 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.

⁽⁸⁶⁾ 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.

- (105) 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⁽⁸⁷⁾. 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.
- (106) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten (79) tot en met (82), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Esko-Graphics 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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.
- (107) 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 (83) tot en met (93), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Esko-Graphics en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (108) 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.
- (109) 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 begunstigden van die steun

- (110) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Esko-Graphics staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (111) 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.”⁽⁸⁸⁾ 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⁽⁸⁹⁾.
- (112) In dit geval is Esko-Graphics deel van de Groep. Bovendien neemt de ruling aan dat het de Groep was die besloot om een “global entrepreneur”-model op te zetten, met Esko-Graphics als “global entrepreneur”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.

⁽⁸⁷⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ 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.

- (113) Ofschoon de Groep georganiseerd is in verschillende rechtspersonen, moeten de vennootschappen die deel uitmaken van de Groep, bijgevolg voorlopig worden beschouwd als één enkele onderneming die van de omstreden maatregelen profiteert ⁽⁹⁰⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Esko Groep, naast Esko-Graphics, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (114) 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) ⁽⁹¹⁾. 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) ⁽⁹²⁾. 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.
- (115) 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

- (116) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt ⁽⁹³⁾, 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 ⁽⁹⁴⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU ⁽⁹⁵⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (117) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Esko-Graphics en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (118) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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 ⁽⁹⁶⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Esko-Graphics BVBA is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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:

⁽⁹⁰⁾ 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 [...]”.

⁽⁹¹⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹²⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU; Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹³⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹⁴⁾ 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.

⁽⁹⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹⁶⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

- de jaarrekeningen van Esko-Graphics BVBA voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Esko-Graphics BVBA over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- 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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53996 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Victaulic
Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der
Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/33)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2014 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Victaulic Europe BVBA (im Folgenden „Victaulic“) für die Steuerjahre 2012 bis 2016 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Victaulic für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Victaulic einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahme Victaulic einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Victaulic im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Victaulic durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Victaulic gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Victaulic bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Victaulic akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Victaulic Europe BVBA und der Victaulic-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Victaulic Europe BVBA («Victaulic Europe») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès de Victaulic Europe.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Victaulic Europe, 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) Victaulic Europe est basée à Nazareth, en Belgique, et fait partie du groupe Victaulic (le «Groupe»), numéro un mondial des systèmes d'assemblage mécanique de tuyauterie. Le siège social du Groupe est situé à Easton, en Pennsylvanie, aux États-Unis, et est appelé Victaulic Company («Victaulic US»). En 2014, le Groupe employait 4 000 personnes à travers le monde.
- (6) Victaulic Europe est le résultat de la fusion, réalisée en 2011, de deux sociétés préexistantes du Groupe: une succursale belge sous le contrôle de Victaulic US servant de siège social du Groupe pour la région Europe, Moyen-Orient, Asie et Inde («EMEIA») et Euro Victaulic BVBA, faisant office de centre de logistique et de distribution dans la même région ⁽³⁾.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Victaulic Europe sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Victaulic Europe.

— Le 13 mai 2014, Victaulic Europe a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que 63,34 % du bénéfice net annuel avant impôt (en anglais «*annual net profit before taxes*» ou «NPBT») de Victaulic Europe tiré de sa nouvelle activité en tant qu'«entrepreneur central» pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie au considérant (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.173 du 13 mai 2014, adressée à Victaulic.

2.2.1. L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée

- (8) La décision anticipée décrit la restructuration opérée par le Groupe en 2011/2012 de sa structure d'entreprise pour la région EMEIA et la désignation de Victaulic Europe en Belgique en tant qu'«entrepreneur central», qui fera office d'entité centrale dans cette structure et sera chargée de la gestion centrale des activités de la région EMEIA, un rôle assuré précédemment par Victaulic US. Cette dernière conservera ses fonctions de siège social des activités mondiales du Groupe, elle gèrera directement les activités en dehors de la région EMEIA et définira le cadre de gestion des activités de la région EMEIA. De plus, Victaulic US restera propriétaire des actifs incorporels, notamment le savoir-faire et les processus de production. Victaulic Europe deviendra l'entrepreneur central pour la région EMEIA et exercera un contrôle sur les entités de production, les bureaux de distribution ⁽⁵⁾ et les bureaux de représentation ⁽⁶⁾ déjà existants de la région EMEIA, dont les activités et les fonctions resteront en grande partie identiques suite à la restructuration ⁽⁷⁾. La décision anticipée mentionne que la restructuration suppose un investissement combiné de 4,6 millions d'EUR ⁽⁸⁾ ainsi qu'une main-d'œuvre supplémentaire de 25 équivalents temps plein ⁽⁹⁾.

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) La décision anticipée valide la fixation des prix des transactions intragroupe entre Victaulic Europe et les entités de production du Groupe ainsi que la fixation des prix des transactions intraentreprise (en anglais *intracompany dealings*) avec les bureaux de distribution (succursales) au sein de la structure d'«entrepreneur central». Plus précisément, la décision anticipée valide:
- le fait que, dans la structure d'«entrepreneur central», Victaulic Europe en Belgique soit responsable des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les bureaux de distribution (succursales) et les entités de production (en tant que façonniers) du Groupe établis à l'étranger n'exécutent que des fonctions de routine au profit de Victaulic Europe ⁽¹⁰⁾;
 - l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») pour la rémunération des transactions de Victaulic Europe avec les bureaux de distribution (succursales), aux fins de laquelle ces bureaux sont considérés comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des bureaux de distribution est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si ces bureaux réalisent une marge d'exploitation de 3 % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal à 3 % des ventes/recettes) ⁽¹¹⁾;
 - le fait que Victaulic Europe utilisera la MTMN pour la rémunération de ses transactions avec les entités de production, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des entités de production fondée sur une marge nette sur coûts de 5 % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal 5 % de la somme du coût des marchandises vendues et des dépenses d'exploitation) est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence ⁽¹²⁾.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en place de la structure d'«entrepreneur central» entraînera des synergies et d'autres économies d'échelle, qui profiteront à l'ensemble de l'activité de la région EMEIA ⁽¹³⁾. Ces synergies incluraient des synergies opérationnelles dues à la centralisation du processus décisionnel, l'amélioration des relations avec les clients et la centralisation de la chaîne d'approvisionnement. La décision anticipée affirme en outre que Victaulic Europe, à la suite de l'introduction de la structure d'«entrepreneur central», profitera de ces synergies et des économies de coûts, dont elle n'aurait pas bénéficié si elle n'avait pas fait partie du Groupe ⁽¹⁴⁾.
- (11) La décision anticipée affirme ensuite que Victaulic Europe générera des «bénéfices excédentaires» tirés de ses nouvelles activités d'«entrepreneur central», qui peuvent être calculés comme la différence entre:
- (i) le bénéfice tiré des nouvelles activités d'«entrepreneur central» attribué à Victaulic Europe et le bénéfice que Victaulic Europe générera et enregistra effectivement dans ses comptes annuels après que le prix des transactions intragroupe et des transactions intraentreprise aura été fixé de manière appropriée; et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «pur» pour tenir compte des fonctions d'«entrepreneur central» de Victaulic Europe ⁽¹⁵⁾.

⁽⁵⁾ Ces bureaux de distribution, basés sur les structures définies dans la décision anticipée, s'avèrent être établis en tant que succursales de Victaulic et constituer des «établissements stables» imposables dans leur pays d'établissement.

⁽⁶⁾ Sur la base des informations énoncées dans la décision anticipée, ces bureaux de représentation s'avèrent ne pas être des «établissements stables» imposables dans leur pays d'établissement; en tant que tels, leurs bénéfices s'avèrent rester totalement imposables au niveau de Victaulic.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, points 23 à 55.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, points 35 et 53.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, point 62.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, points 33 à 51.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, points 89 à 91 et 134.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, points 39 à 45 et 131.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, point 56.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, points 120, 121 et 135.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, points 64.8 et 64.9.

Le montant visé au point i) représente le bénéfice résiduel de Victaulic Europe tiré de ses nouvelles activités d'«entrepreneur central», c'est-à-dire le chiffre d'affaires généré par les ventes au travers des bureaux de distribution duquel sont déduites la rémunération de pleine concurrence pour ces bureaux de distribution, la rémunération de pleine concurrence pour les entités de production, et les dépenses d'exploitation propres de Victaulic Europe. Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une analyse supplémentaire des prix de transfert en utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant Victaulic Europe comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une NPBT de 4,9 % (c'est-à-dire que son NPBT imposable devrait être égal à 4,9 % des ventes/recettes) ⁽¹⁶⁾.

- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe pour les années 2014 à 2020 et en tenant compte des effets de certains autres incitants fiscaux, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels que Victaulic Europe peut exonérer de l'impôt sur les sociétés à 63,34 % de son NPBT imposable sur ses nouvelles activités d'«entrepreneur central» pour les années de validité de la décision anticipée ⁽¹⁷⁾.
- (13) La décision anticipée justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ⁽¹⁸⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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 ⁽¹⁹⁾.
- (14) La décision anticipée déclare que Victaulic Europe est autorisée à exonérer un montant équivalent à 63,34 % de son NPBT imposable annuel sur ses nouvelles activités d'«entrepreneur central» de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans, à compter du 1^{er} janvier 2012. Le pourcentage doit être revu sur la base des données réelles après trois ans. Enfin, la décision anticipée mentionne la possibilité de deux nouvelles prolongations: la première de cinq ans, et la seconde pour compenser la période entre le 1^{er} janvier 2012 et la première exonération effective ⁽²⁰⁾ des «bénéfices excédentaires» ⁽²¹⁾.

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

- (15) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (16) 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 bénéfices. 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».
- (17) 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^{er}, 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.
- (18) 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, ainsi que l'exonération des bénéfices attribuables à des établissements stables étrangers en vertu des conventions en matière de double imposition conclues par la Belgique) 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

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, point 119.

⁽¹⁷⁾ Décision anticipée, point 126.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, point 122.

⁽¹⁹⁾ Décision anticipée, points 123 à 125.

⁽²⁰⁾ En effet, la décision anticipée prévoit qu'en raison des pertes financières lors des exercices 2012 et 2013, ainsi que de la compensation des pertes fiscales reportées en 2014, Victaulic ne pourra réellement compter sur la décision anticipée qu'au 1^{er} janvier 2015.

⁽²¹⁾ Décision anticipée, points 126, 128, 136, 137, 139 et 142.

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

- (19) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽²²⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (20) 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»).
- (21) 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.
- (22) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (23) 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 ⁽²³⁾. 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» ⁽²⁴⁾. 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» ⁽²⁵⁾. 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 ⁽²⁶⁾. 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

⁽²²⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

⁽²³⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁴⁾ 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.»

⁽²⁵⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²⁶⁾ 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.»

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.

- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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 ⁽²⁷⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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) ⁽²⁸⁾ 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»

- (29) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²⁹⁾, 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.
- (30) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽³⁰⁾ 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.
- (31) 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.

⁽²⁷⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽²⁸⁾ 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».

⁽²⁹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁰⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (32) 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 ⁽³¹⁾. 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

- (33) 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 ⁽³²⁾.
- (34) 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.»

- (35) 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.
- (36) 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 ⁽³³⁾. 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.

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

- (37) 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») ⁽³⁴⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (38) 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.

⁽³¹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³²⁾ 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.

⁽³³⁾ Voir la note de bas de page n° 22.

⁽³⁴⁾ 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»).

- (39) 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⁽³⁵⁾. 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⁽³⁶⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁷⁾. 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.
- (42) 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.»*
- (43) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³⁸⁾ 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⁽³⁹⁾. 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⁽⁴⁰⁾.
- (44) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert s'appliquent également aux «transactions» (en anglais *dealings*) entre un siège social résident et ses établissements stables étrangers (succursales), qui déterminent en pratique l'attribution des bénéfices à un tel établissement stable en vertu de l'article 7 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. À cet égard, l'OCDE a publié un autre instrument juridique non contraignant, le «rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables» du 22 juillet 2010. Ce rapport définit l'«approche de l'entité fonctionnellement distincte» en tant que méthode d'imputation des bénéfices aux établissements stables et précise

⁽³⁵⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁶⁾ 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.

⁽³⁷⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁸⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁹⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁴⁰⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

que les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert doivent être appliqués aux «transactions» (en anglais *dealings*) entre l'établissement stable et d'autres parties de l'entreprise, comme le siège ⁽⁴¹⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (45) 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.
- (46) 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 ⁽⁴²⁾.
 - 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 ⁽⁴³⁾. 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 ⁽⁴⁴⁾. 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.
- (47) 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 ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ Voir le rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables du 22 juillet 2010, points 8: «L'approche autorisée de l'OCDE est que les bénéfices à imputer à un [établissement stable] sont ceux que cet établissement aurait perçus, dans des conditions de pleine concurrence, en particulier dans ses transactions avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait été une entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues, dans des conditions identiques ou analogues, compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'[établissement stable] et des autres parties de l'entreprise. [...]» et 9: «En conséquence, les bénéfices à attribuer à l'[établissement stable] sont ceux qu'il aurait obtenus dans des conditions de pleine concurrence, en particulier dans ses transactions avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait été une entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues, dans des conditions identiques ou analogues, compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'[établissement stable] et des autres parties de l'entreprise, tel que déterminé en appliquant les Principes [de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert] par analogie. [...]».

⁽⁴²⁾ 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».

⁽⁴³⁾ 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.»

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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.»

- (48) 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 ⁽⁴⁶⁾.
- (49) 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 ⁽⁴⁷⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴⁸⁾, 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.
- (50) 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) ⁽⁴⁹⁾. 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

- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (54) 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.
- (55) 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

- (56) 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 ⁽⁵⁰⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (57) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Victaulic Europe, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses 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.
- (58) 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 ⁽⁵¹⁾. La décision anticipée a permis à Victaulic Europe d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 de Victaulic Europe 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

- (59) 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, Victaulic Europe fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Victaulic Europe est responsable de la conduite des activités du Groupe pour la région EMEA. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de Victaulic Europe est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁵²⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (60) 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 ⁽⁵³⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Victaulic Europe de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Victaulic Europe d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ 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.

dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence⁽⁵⁴⁾; 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**

- (61) 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 à certaines catégories d'entreprises ou à certains secteurs économiques constituent des aides d'État⁽⁵⁵⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Victaulic Europe parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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**

- (62) 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⁽⁵⁶⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁵⁷⁾. 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⁽⁵⁸⁾.
- (63) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Victaulic Europe en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par décrire les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre Victaulic Europe et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe responsable de la production. Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde sur la MTMN, a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine qui équivaut à une marge nette sur coûts, tandis que le bénéfice résiduel généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à Victaulic Europe. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels de Victaulic Europe. Comme indiqué également au considérant (9), la décision anticipée valide aussi la fixation des prix des transactions intraentreprise entre Victaulic Europe et les bureaux de distribution étrangers (succursales). Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde aussi sur la MTMN, a pour effet que ces succursales se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine qui équivaut à une marge d'exploitation. Toutefois, bien que le bénéfice résiduel des transactions intraentreprise mentionnées ci-dessus soit conservé par Victaulic Europe et constitue la base de son NPBT, cette imputation du bénéfice n'est pas prise en compte dans le calcul de l'assiette de l'impôt sur les sociétés en Belgique de Victaulic Europe⁽⁵⁹⁾.
- (64) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016, Victaulic Europe a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Victaulic Europe n'a été autorisée 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 de Victaulic Europe, 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 Victaulic Europe, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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**

- (65) 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 Victaulic Europe 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

⁽⁵⁴⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵⁷⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵⁸⁾ 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, Ministero di Difesa et Navantia, EU:C:2014:2262, points 21 à 31.

⁽⁵⁹⁾ Cette décision ne concerne pas la fixation de la part des bénéfices enregistrés par Victaulic Europe qui sont attribuables à ses succursales étrangères.

un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁶⁰⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁶¹⁾.

- (66) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (67) 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^{er}, 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 Victaulic Europe un avantage sous forme de réduction de sa 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 de Victaulic Europe par rapport à des entreprises comparables**

- (68) 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⁽⁶²⁾. 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⁽⁶³⁾. 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 de Victaulic Europe par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (69) 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 de Victaulic Europe par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (70) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de Victaulic Europe 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*

- (71) 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⁽⁶⁴⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁶⁵⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce

⁽⁶⁰⁾ Affaire C-15/14 P, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60. Voir également les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 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.

⁽⁶¹⁾ Ibidem.

⁽⁶²⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁶³⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁶⁴⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶⁵⁾ 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.

- (72) 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'assujéti) et la façon dont l'impôt est calculé (la base imposable et les taux d'imposition) ⁽⁶⁶⁾.
- (73) Les mesures contestées permettent à Victaulic Europe d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (74) 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 (17), 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*» ⁽⁶⁷⁾.
- (75) 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).
- (76) 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 ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ 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.

⁽⁶⁷⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

⁽⁶⁸⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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. [...] A 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.»

- (77) Ainsi qu'il ressort du considérant (19), 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 Victaulic Europe) 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.
- (78) Aux considérants (79) à (94), 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 Victaulic Europe 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 de Victaulic Europe, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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*
- (79) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Victaulic Europe ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (80) A l'inverse, le point 125 de la décision anticipée s'appuie 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 Victaulic Europe.
- (81) 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.
- (82) Étant donné que la décision anticipée autorise Victaulic Europe à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de Victaulic Europe pour parvenir à son 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 Victaulic Europe et des contreparties associées étrangères*
- (83) 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 de Victaulic Europe, 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 Victaulic Europe et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.
- (84) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider la fixation des prix des transactions intraentreprise conclues entre Victaulic Europe et les bureaux de distribution étrangers (succursales) et par accepter la fixation des prix des transactions intragroupe conclues entre Victaulic Europe et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe responsables de la production. Pour ce faire, elle inclut des analyses des prix de transfert s'appuyant sur la MTMN, les autres sociétés/succursales du Groupe étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions. Ces analyses — qui ne relèvent pas de l'objet de la présente décision — permettent de déterminer une rémunération «de routine» de pleine concurrence pour ces contreparties. La conséquence logique de l'application de la MTMN aux autres sociétés et succursales du Groupe dans ces analyses est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces contreparties ont obtenu une rémunération de pleine concurrence, revient à Victaulic Europe et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.

- (85) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN a été choisie pour fixer le prix des transactions intragroupe et des transactions intraentreprise de Victaulic Europe et que la décision anticipée accepte cette méthode, de même que la désignation de cette entité comme «entrepreneur central», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.
- (86) Néanmoins, la décision anticipée soutient qu'en raison de la structure d'«entrepreneur central»⁽⁶⁹⁾ mise en place par le Groupe, Victaulic Europe, en tant qu'«entrepreneur central», générera des bénéfices excédentaires sous la forme d'avantages dont elle n'aurait pas bénéficié si elle n'avait pas fait partie d'un groupe international⁽⁷⁰⁾. La décision anticipée affirme que «[c]ontrairement à l'article 9, paragraphe 2, du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR fournit une base juridique permettant de s'écarter des bénéfices comptables et de réduire les bénéfices impossibles en dehors de la comptabilité sans qu'une double imposition (effective ou potentielle) soit nécessaire. Il suffit de démontrer que le bénéfice enregistré par l'entité belge du Groupe est excédentaire (pas de pleine concurrence)»⁽⁷¹⁾. Elle affirme ensuite que «[l]es "bénéfices excédentaires" au sens de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR peuvent être définis au mieux comme la différence entre le bénéfice total que l'entrepreneur central obtient sur la base de l'approche fondée sur les bénéfices résiduels [décrite au considérant (84)] et l'approche de pleine concurrence pure»⁽⁷²⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN une nouvelle fois, mais cette fois avec Victaulic Europe comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (87) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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⁽⁷³⁾. 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.

⁽⁶⁹⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur central». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁷⁰⁾ Décision anticipée, points 120, 121 et 135.

⁽⁷¹⁾ Décision anticipée, point 64.1.

⁽⁷²⁾ Décision anticipée, points 64.8, 67 et 68.

⁽⁷³⁾ 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. [...]».

- (88) 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⁽⁷⁴⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de Victaulic Europe, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (89) La décision anticipée affirme que les «bénéfices excédentaires» qu'elle exonère de l'impôt peuvent être considérés, d'un point de vue théorique, comme une redevance notionnelle versée par l'entrepreneur central au titre de la mise à disposition d'un «actif incorporel d'une organisation industrielle»⁽⁷⁵⁾. La décision anticipée ne définit toutefois pas précisément le contenu ni la forme de cet actif incorporel allégué⁽⁷⁶⁾. La Commission fait observer que la manière appropriée de traiter les bénéfices 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⁽⁷⁷⁾, et iii) à ajuster les prix de ces transactions contrôlées de telle sorte que leurs conditions correspondent à celles des transactions de pleine concurrence⁽⁷⁸⁾. Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Cette dernière n'identifie aucun actif incorporel concret transféré par une société associée du Groupe à Victaulic ou mis à sa disposition, et encore moins les transactions ou modalités portant sur ces actifs incorporels, ni n'indique de quelle manière ces transactions ou modalités devraient être rémunérées pour être conformes au principe de pleine concurrence. La décision anticipée fait valoir au contraire qu'en vertu du concept de «redevance notionnelle», aucune transaction réelle ne peut être identifiée⁽⁷⁹⁾.
- (90) La décision anticipée affirme que l'introduction de la nouvelle structure d'«entrepreneur central» génère des bénéfices supplémentaires pour Victaulic Europe «en raison des relations commerciales entre parties associées», mais ces relations ne sont pas précisées⁽⁸⁰⁾. La manière appropriée de traiter une transaction intragroupe selon le principe de pleine concurrence consiste à réaliser une analyse détaillée des caractéristiques et des facteurs de comparabilité de la transaction contrôlée correspondante et, le cas échéant, à ajuster les prix de cette transaction contrôlée de telle sorte que ses conditions correspondent à celles de transactions de pleine concurrence. Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Cette dernière n'identifie pas de transaction concrète ni les parties à cette transaction ni les conditions de cette transaction, encore moins les conditions dans lesquelles celle-ci serait conclue en respectant le principe de pleine concurrence.
- (91) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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⁽⁸¹⁾. 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⁽⁸²⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices tirés de 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ Décision anticipée, point 64.10.

⁽⁷⁶⁾ La Commission note que, sans lien avec l'«actif incorporel d'une organisation industrielle», les synergies présumées font en partie référence à des éléments qui, dans certaines circonstances, peuvent être qualifiés d'actifs incorporels (comme le savoir-faire). En tout état de cause, la décision anticipée n'effectue pas plus d'analyses de ces possibles actifs incorporels qu'elle n'en effectue pour l'«actif incorporel d'une organisation industrielle» allégué.

⁽⁷⁷⁾ 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.

⁽⁷⁸⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphe 6.1, 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».

⁽⁷⁹⁾ Décision anticipée, point 64.10.

⁽⁸⁰⁾ Décision anticipée, point 121.

⁽⁸¹⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁸²⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁸³⁾ 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.

- (92) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de l'augmentation de la rentabilité et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par Victaulic Europe, qui est initialement enregistré dans ses comptes annuels et qui lui est attribué à la suite de transactions intragroupe et de transactions intraentreprise de pleine concurrence, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (93) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée⁽⁸⁴⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés⁽⁸⁵⁾.
- (94) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (82), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de Victaulic Europe pour parvenir à son 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 de Victaulic Europe entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (95) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (65) 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⁽⁸⁶⁾.
- (96) Au considérant (73), 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 (74), 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.
- (97) Aux considérants (79) à (94), 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 de Victaulic Europe, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Victaulic Europe une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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*
- (98) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (67) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Victaulic Europe 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (87).

⁽⁸⁴⁾ Décision anticipée, point 122.

⁽⁸⁵⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant(91)].

⁽⁸⁶⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

- (99) En effet, en permettant à Victaulic Europe d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (100) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Victaulic Europe 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»⁽⁸⁷⁾. 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.
- (101) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Victaulic Europe 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.
- (102) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Victaulic Europe 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 de Victaulic Europe à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels moins le bénéfice de pleine concurrence imputable à ses succursales étrangères, comme expliqué au considérant (85). 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.
- (103) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Victaulic Europe 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (104) 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⁽⁸⁸⁾. 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⁽⁸⁹⁾.
- (105) 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 de Victaulic Europe, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.

⁽⁸⁷⁾ 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. Cela est confirmé par le point 81 de la décision anticipée, qui dispose: «Bien que les activités belges existantes de Victaulic Europe BVBA profitent aussi des résultats des synergies générés par la mise en œuvre de la structure d'entrepreneur central, aucune exonération n'est exigée pour les bénéfices excédentaires liés à ces activités belges. L'exonération visée à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR ne peut en effet être appliquée aux activités existantes. [...]»

⁽⁸⁸⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁹⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

- (106) 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⁽⁹⁰⁾. 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.
- (107) Premièrement, comme expliqué aux considérants (79) à (82), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de Victaulic Europe 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (108) 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 (83) à (94), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Victaulic Europe et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (109) 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.
- (110) 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

- (111) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Victaulic Europe sous la forme d'une exonération fiscale.
- (112) 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»⁽⁹¹⁾. 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⁽⁹²⁾.
- (113) En l'espèce, Victaulic Europe fait partie du Groupe. En outre, la décision anticipée affirme que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure d'«entrepreneur central», avec Victaulic Europe en tant qu'«entrepreneur central», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.

⁽⁹⁰⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 52.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

- (114) 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⁽⁹³⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe, en plus de Victaulic Europe, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (115) 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)⁽⁹⁴⁾. 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)⁽⁹⁵⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (116) 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

- (117) 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⁽⁹⁶⁾, 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⁽⁹⁷⁾. 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⁽⁹⁸⁾.
- (118) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Victaulic Europe 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.
- (119) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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⁽⁹⁹⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Victaulic Europe BVBA par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

⁽⁹³⁾ 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 [...]».

⁽⁹⁴⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹⁵⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹⁶⁾ 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.

⁽⁹⁷⁾ 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.

⁽⁹⁸⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

⁽⁹⁹⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

- les comptes annuels de Victaulic Europe BVBA relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de Victaulic Europe BVBA pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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") ⁽¹⁾. 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. Victaulic Europe BVBA ("Victaulic Europe") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigen in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Victaulic Europe 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") ⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Victaulic Europe is 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) Victaulic Europe is gevestigd in Nazareth, België, en maakt deel uit van de Victaulic-groep ("de Groep"), een wereldwijde leider op het gebied van mechanische buiskoppelingssystemen. De Groep heeft zijn hoofdkwartier in Easton, Pennsylvania, Verenigde Staten, en wordt hierna Victaulic Company ("Victaulic US") genoemd. In 2014 telde de Groep wereldwijd 4 000 personeelsleden.
- (6) Victaulic Europe werd opgericht door middel van een fusie, in 2011, van twee bestaande vennootschappen van de Groep: een Belgische afdeling, die onder zeggenschap van Victaulic US staat en optreedt als het hoofdkantoor van de Groep voor de regio Europa, Midden-Oosten, Azië en India ("EMEIA"), en Euro Victaulic BVBA, die in dezelfde regio optreedt als logistiek en distributiecentrum ⁽³⁾.

2.2. De omstreden maatregelen

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

— Op 13 mei 2014 heeft Victaulic Europe een ruling inzake "overwinst" verkregen in verband met een interne reorganisatie, die betrekking heeft op de periode van vijf jaar van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 ("de ruling") ⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat 63,34 % van de jaarlijkse nettowinst vóór belastingen ("NPBT") van Victaulic Europe over haar nieuwe activiteiten als "central entrepreneur" op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting kon worden vrijgesteld als "overwinst".

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals vermeld in punt (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.173 van 13 mei 2014, gericht aan Victaulic.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling beschrijft de reorganisatie van het EMEIA-bedrijfsmodel van de Groep in 2011/2012 en de aanwijzing van Victaulic Europe in België als “central entrepreneur”, die zal optreden als de centrale entiteit binnen dat model en belast is met het centrale beheer van de EMEIA-activiteiten, een rol die voorheen werd opgenomen door Victaulic US. Victaulic US zal haar functies behouden als hoofdkantoor voor de wereldwijde activiteiten van de Groep en zal de activiteiten buiten de EMEIA-regio rechtstreeks beheren alsmede het kader bepalen voor het beheer van de EMEIA-activiteiten. Daarnaast zal Victaulic US eigenaar blijven van de immateriële eigendom van de Groep, waaronder de knowhow en de processen op het gebied van de productie. Victaulic Europe zal central entrepreneur van de Groep voor EMEIA worden en toezicht uitoefenen over de bestaande productie-entiteiten, distributiekantoren⁽⁵⁾ en vertegenwoordigingen⁽⁶⁾ in de EMEIA-regio, die over het algemeen geen gevolgen ondervinden van de reorganisatie⁽⁷⁾. De ruling vermeldt dat de reorganisatie een gecombineerde investering van 4,6 miljoen EUR⁽⁸⁾ inhoudt alsmede een uitbreiding van het personeel met 25 voltijdequivalenten⁽⁹⁾.

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

- (9) De ruling valideert de beprijzing van de intragroepstransacties tussen Victaulic Europe en de productie-entiteiten van de Groep alsmede de intragroepsverrichtingen met de distributiekantoren (bijkantoren) binnen het “central entrepreneur”-model. Meer in het bijzonder valideert de ruling:
- het feit dat Victaulic Europe in het kader van het “central entrepreneur”-model in België belast is met de belangrijkste functies en de meeste risico's draagt, terwijl de buitenlandse distributiekantoren (bijkantoren) en de productie-entiteiten (als contractfabrikanten) van de Groep routinefuncties vervullen ten behoeve van Victaulic Europe⁽¹⁰⁾;
 - het gebruik van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) voor de vergoeding van de verrichtingen van Victaulic Europe met de distributiecentra (bijkantoren), waarbij deze centra beschouwd worden als de “geteste” partij, dit is de minst complexe, voor de toepassing van de TNMM. De resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie waaruit blijkt dat een vergoeding van de distributiecentra zakelijk wordt geacht indien hiermee een exploitatiemarge van 3 % wordt behaald (d.w.z. hun exploitatiewinst moet gelijk zijn aan 3 % van de verkoop/inkomsten);⁽¹¹⁾
 - de ruling merkt op dat Victaulic Europe de TNMM zal gebruiken voor haar transacties met productie-entiteiten, waarbij die entiteiten worden beschouwd als de “geteste partij”, d.w.z. de minst complexe partij voor de toepassing van de TNMM. De resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsanalyse waaruit blijkt dat een vergoeding van de productie-entiteiten op basis van een net cost plus margin van 5 % (d.w.z. hun exploitatiewinst moet gelijk zijn aan 5 % van de som van de verkochte goederen en de exploitatiekosten) zakelijk wordt geacht⁽¹²⁾.
- (10) In de ruling wordt beweerd dat de invoering van het “central entrepreneur”-model zal leiden tot synergie-effecten en andere schaalvoordelen die de gehele EMEIA-activiteiten ten goede zullen komen⁽¹³⁾. Die synergie-effecten omvatten beweerdelijk operationele synergie-effecten ten gevolge van de centralisering van de besluitvorming, de verbetering van de klantenrelaties en de centralisering van de toeleveringsketen. Voorts wordt in de ruling beweerd dat Victaulic Europe die synergie-effecten en kostenbesparingen ten gevolge van de invoering van het “central entrepreneur”-model zal genieten en daarvan niet het genot zou hebben gehad indien zij geen onderdeel van de Groep was⁽¹⁴⁾.
- (11) In de ruling wordt dan ook beweerd dat Victaulic Europe uit haar nieuwe “central entrepreneur”-activiteiten “overwinst” zal genereren, die kan worden vastgesteld als het verschil tussen:
- (i) de winst uit de nieuwe “central entrepreneur”-activiteiten die aan Victaulic Europe wordt toegewezen en die Victaulic Europe daadwerkelijk zal genereren en in haar jaarrekeningen opnemen nadat de intragroepstransacties en de intragroepsverrichtingen op passende wijze zijn geprijsd; en
 - (ii) een beweerde “zuivere” zakelijke winst voor de “central entrepreneur”-functies van Victaulic Europe⁽¹⁵⁾.

⁽⁵⁾ Deze distributiekantoren, die gebaseerd zijn op de in de ruling geschetste structuren, blijken te zijn opgericht als bijkantoren van Victaulic en zouden belastbare “vaste vestigingen” vormen in hun land van vestiging.

⁽⁶⁾ Op basis van de in de ruling vermelde informatie blijken deze vertegenwoordigingen geen belastbare “vaste vestigingen” te vormen in hun land van vestiging; hun winst blijkt als dusdanig volledig belastbaar te blijven op het niveau van Victaulic.

⁽⁷⁾ Ruling, paragrafen 23 tot en met 55.

⁽⁸⁾ Ruling, paragrafen 35 en 53.

⁽⁹⁾ Ruling, paragraaf 62.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragrafen 33 tot en met 51.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragrafen 89, 90 en 91 en 134.

⁽¹²⁾ Ruling, paragrafen 39 tot en met 45 en 131.

⁽¹³⁾ Ruling, paragraaf 56.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragrafen 120, 121 en 135.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragrafen 64.8 en 64.9.

Het bedrag onder (i) vertegenwoordigt de residuele winst van Victaulic Europe uit de nieuwe “central entrepreneur”-activiteiten, d.w.z. de omzet uit de verkopen door de distributiecentra waarvan de zakelijke vergoeding voor de distributiecentra, de zakelijke vergoeding voor de productie-entiteiten, alsmede de eigen exploitatiekosten van Victaulic Europe zijn afgetrokken. Het bedrag onder (ii) wordt vastgesteld door een verdere verrekenprijsanalyse te verrichten met gebruikmaking van de TNMM maar ditmaal met Victaulic Europe als de minst complexe, geteste partij, ten gevolge waarvan haar beweerde “gecorrigeerde” zakelijke winst gebenchmarkt wordt op een NPBT van 4,9 % (d.w.z. haar belastbare NPBT moet gelijk zijn aan 4,9 % van de verkoop/inkomsten) ⁽¹⁶⁾.

- (12) Gebruikmakend van de begrote cijfers voor de Groep voor de jaren 2014 tot en met 2020 en rekening houdend met de effecten van bepaalde andere fiscale stimulansen, wordt in de ruling de jaarlijkse “overwinst” die Victaulic Europe van haar vennootschapsbelasting mag vrijstellen, vastgesteld op 63,34 % van de belastbare NPBT over haar nieuwe “central entrepreneur”-activiteiten voor de jaren waarin de ruling geldig is ⁽¹⁷⁾.
- (13) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van de “overwinst” door te verwijzen naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 ⁽¹⁸⁾. Zij verwijst vervolgens naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 “excessieve winst” in de belastinggrondslag van de vennootschap moet worden opgenomen ⁽¹⁹⁾.
- (14) De ruling verklaart dat Victaulic Europe een bedrag gelijk aan 63,34 % van haar jaarlijkse belastbare NPBT over haar nieuwe “central entrepreneur”-activiteiten van de vennootschapsbelasting in België mag vrijstellen voor een periode van vijf jaar, die aanvangt vanaf 1 januari 2012. Het percentage moet op basis van werkelijke gegevens worden herzien na drie jaar. Ten slotte vermeldt de ruling de mogelijkheid van twee verdere verlengingen: de eerste voor vijf jaar en de tweede ter compensatie van de periode tussen 1 januari 2012 en de eerste effectieve ⁽²⁰⁾ vrijstelling van “overwinst” ⁽²¹⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (15) 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).
- (16) 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”.
- (17) 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.
- (18) 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-afrekbare uitgaven) of neerwaartse aanpassingen (zoals gedeeltelijke vrijstelling van sommige uitgekeerde dividenden, aftrek van overgedragen verliezen, fiscale stimuli, alsmede vrijstelling van winsten die toe te rekenen zijn aan vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen overeenkomstig door België gesloten dubbelbelastingverdragen) 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.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragraaf 119.

⁽¹⁷⁾ Ruling, paragraaf 126.

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragraaf 122.

⁽¹⁹⁾ Ruling, paragrafen 123 tot en met 125.

⁽²⁰⁾ De ruling anticipeert immers op het feit dat Victaulic Europe, ten gevolge van de financiële verliezen in de boekjaren 2012 en 2013 alsook door de compensatie van de overgedragen belastingverliezen in 2014, pas effectief gebruik zal maken van de ruling vanaf 1 januari 2015.

⁽²¹⁾ Ruling, paragrafen 126, 128, 136, 137, 139 en 142.

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

- (19) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽²²⁾ 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.”

- (20) 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”).
- (21) 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.
- (22) 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

- (23) 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 ⁽²³⁾. 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” ⁽²⁴⁾. 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” ⁽²⁵⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽²⁶⁾. 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

⁽²²⁾ 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. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

⁽²³⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁴⁾ 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.”

⁽²⁵⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²⁶⁾ 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.”

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.

- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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⁽²⁷⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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⁽²⁸⁾ 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”

- (29) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²⁹⁾ 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.
- (30) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽³⁰⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.

⁽²⁷⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽²⁸⁾ 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)]

⁽²⁹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁰⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (31) 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.
- (32) 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⁽³¹⁾. 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

- (33) 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⁽³²⁾.
- (34) 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.”

- (35) 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.
- (36) 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⁽³³⁾. 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

- (37) 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⁽³⁴⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (38) 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.

⁽³¹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³²⁾ 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.

⁽³³⁾ Zie voetnoot 22.

⁽³⁴⁾ 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”).

- (39) 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⁽³⁵⁾. 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⁽³⁶⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁷⁾. 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.
- (42) 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)]
- (43) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017⁽³⁸⁾ 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⁽³⁹⁾. Als er van doelbewuste 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⁽⁴⁰⁾.
- (44) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen zijn eveneens van toepassing op “verrichtingen” tussen een ingezeten hoofdkantoor en zijn buitenlandse vaste inrichtingen (bijkantoren), die daadwerkelijk de toerekening van winsten aan deze vaste inrichting bepalen overeenkomstig artikel 7 van het OESO-modelverdrag inzake belastingen. In dit verband heeft de OESO een ander niet-bindend rechtsinstrument gepubliceerd, namelijk het verslag over de toerekening van winsten aan vaste inrichtingen van 22 juli 2010. In dit verslag wordt de “benadering van de functioneel afzonderlijke entiteit” beschreven als een methode om winsten toe te rekenen aan vaste inrichtingen en

⁽³⁵⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁶⁾ 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.

⁽³⁷⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁸⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁹⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴⁰⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

wordt verduidelijkt dat de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen moeten worden toegepast ten aanzien van de “verrichtingen” (d.w.z. transacties) tussen de vaste inrichting en andere onderdelen van de onderneming, zoals het hoofdkantoor ⁽⁴¹⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (45) 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.
- (46) 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 ingezeten 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 ⁽⁴²⁾.
 - 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽⁴³⁾. 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

⁽⁴¹⁾ Zie het verslag over de toerekening van winsten aan vaste inrichtingen van 22 juli 2010, paragraaf 8: “The authorised OECD approach is that the profits to be attributed to a PE are the profits that the PE would have earned at arm's length, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.” [“De toegestane OESO-benadering is dat de aan een vaste inrichting toe te rekenen winsten die de vaste inrichting zou hebben behaald onder marktconforme voorwaarden, met name in haar betrekkingen met andere onderdelen van de onderneming, indien het een afzonderlijke en onafhankelijke onderneming was die dezelfde of soortgelijke activiteiten verricht onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden, rekening houdend met de door de onderneming vervulde functies, gebruikte activa en gedragen risico's via de vaste inrichting en via de andere onderdelen van de onderneming.”] (vertaling Commissie)] [...] en paragraaf 9: “[...] Accordingly, the profits to be attributed to a PE are the profits that the PE would have earned at arm's length, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise, determined by applying the [OECD TP] Guidelines by analogy.” “[...] Dienovereenkomstig zijn de aan een vaste inrichting toe te rekenen winsten die de vaste inrichting tegen marktconforme voorwaarden zou hebben behaald, met name in haar betrekkingen met andere onderdelen van de onderneming, indien het een afzonderlijke en onafhankelijke onderneming was die dezelfde of soortgelijke activiteiten verricht onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden, rekening houdend met de door de onderneming vervulde functies, gebruikte activa en gedragen risico's via de vaste inrichting en via de andere onderdelen van de onderneming, vastgesteld naar analogie met toepassing van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen. [...]” (vertaling Commissie)].

⁽⁴²⁾ 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 de onderneming en dienovereenkomstig worden belast.” (vertaling Commissie)]

⁽⁴³⁾ 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)]

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⁽⁴⁴⁾. 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.

- (47) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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⁽⁴⁵⁾.
- (48) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoerekening tussen de ondernemingen van dezelfde ondernemingsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Bij de TNMM wordt de nettowinst die een belastingplichtige uit een verbonden transactie behaalt, onderzocht aan de hand van een geschikte grondslag (bijvoorbeeld kosten, omzet, activa). De indicator van de nettowinst van de belastingplichtige uit de desbetreffende verbonden transactie moet worden vastgesteld in vergelijking met dezelfde nettowinstindicator die onafhankelijke ondernemingen zouden hebben behaald in vergelijkbare vrijemarkttransacties⁽⁴⁶⁾.
- (49) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij worden gekozen voor de verbonden transactie waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getest. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een studie op basis van de TNMM de minst complexe is van de beide verbonden partijen die betrokken zijn 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 de gelieerde ondernemingen vervullen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's⁽⁴⁷⁾. Indien een onderneming “routinefuncties”⁽⁴⁸⁾ vervult, niet-unieke activa gebruikt, lage risico's aangaat en daarom geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (50) Wanneer de exploitatiewinst 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) toegerekend worden aan de meest complexe partij (dit is de niet geteste partij)⁽⁴⁹⁾. Van de meest

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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)]

⁽⁴⁶⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in het glossarium bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 gedefinieerd als: “De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende basis (bijvoorbeeld kosten, verkoop, activa).” Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst- en verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en incidentele bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt immers overeen met de exploitatiewinst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de exploitatiewinst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale exploitatiekosten (COGS plus exploitatie-uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang van de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een onderneming, terwijl de exploitatiekosten betrekking hebben op uitgaven welke een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten in verband met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst- en verliesrekening minus COGS stemmen 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.

⁽⁴⁷⁾ In het glossarium 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de te dragen risico's) door gelieerde ondernemingen in concentransacties 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” [“wil de economisch belangrijke activiteiten en verantwoordelijkheden, de gebruikte activa en de gedragen risico's van de partijen bij de transactie vaststellen en vergelijken.” (vertaling van de Commissie)]. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 1995, paragraaf 1.20. Zie ook de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2010, paragraaf 1.42, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen van 2017, paragraaf 1.51. Zie ook glossarium bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴⁸⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt het begrip “routine” niet omschreven. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁹⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

complexe entiteit wordt dus vanwege haar unieke en waardevolle functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de te dragen risico's) aangenomen dat zij recht heeft op het overrendement van de transacties nadat de minst complexe entiteit vergoed is door middel van de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (51) 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.
- (52) 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 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.
- (53) 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.
- (54) 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 probleem van “prijscontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de meest complexe partij wordt toegewezen. Volgens België weerspiegelt deze residuele winst niet noodzakelijk de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (55) Ten slotte betwist België ook de overweging dat rulings inzake “overwinst” de facto een reorganisatie van de groep vereisen en voert het in plaats daarvan aan dat het vereiste bestaat 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?

- (56) 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⁽⁵⁰⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (57) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft Victaulic Europe zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar 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.

⁽⁵⁰⁾ 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.

- (58) 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⁽⁵¹⁾. Dankzij de ruling mocht Victaulic Europe een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar 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 Victaulic Europe. 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

- (59) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Victaulic Europe deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Victaulic Europe is belast met de leiding in de EMEIA-activiteiten van de Groep. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Victaulic Europe het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁵²⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (60) 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⁽⁵³⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Victaulic Europe ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Victaulic Europe bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁵⁴⁾, 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

- (61) 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⁽⁵⁵⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (62) 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⁽⁵⁶⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵⁷⁾. Wat belastingmaatregelen betreft, kan een voordeel

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ 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, Rousse 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.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵⁷⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

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 ⁽⁵⁸⁾.

- (63) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uiteengezet in punt (9), begint de ruling met een omschrijving van de beprijzing van de intragroepstransacties tussen Victaulic Europe en de verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep die belast zijn met de productie. Die verrekenprijsexercitie, op basis van de TNMM, leidt ertoe dat aan die tegenpartijen voor hun beweerde routinefuncties een vergoeding wordt toegekend die gelijk is aan een nettokost plus marge, terwijl de residuele winst uit de voornoemde intragroepstransacties toegekend wordt aan Victaulic Europe. Die residuele winst wordt vervolgens opgenomen in de jaarrekeningen van Victaulic Europe. Zoals uiteengezet in punt (9), valideert de ruling voorts de beprijzing van de intragroepsverrichtingen tussen Victaulic Europe en de buitenlandse distributiekantoren (bijkantoren). Die verrekenprijsexercitie, die ook op de TNMM is gebaseerd, leidt ertoe dat aan die bijkantoren voor hun beweerde routinefuncties een vergoeding wordt toegekend die gelijk is aan een exploitatiemarge. Terwijl de residuele winst uit de bovengenoemde intragroepsverrichtingen bij Victaulic Europe blijft en de basis vormt voor haar NPBT, wordt die winsttoewijzing echter buiten beschouwing gelaten voor de vaststelling van de belastbare grondslag van Victaulic Europe in de Belgische vennootschapsbelasting ⁽⁵⁹⁾.
- (64) Door de omstreden maatregelen mocht Victaulic Europe een deel van haar NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016. Victaulic Europe mocht 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 Victaulic Europe in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (65) 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 Victaulic Europe 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”. ⁽⁶⁰⁾ 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” ⁽⁶¹⁾.
- (66) 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.
- (67) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 Victaulic Europe 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.

⁽⁵⁸⁾ 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.

⁽⁵⁹⁾ Dit besluit heeft geen betrekking op de vaststelling van het gedeelte van de door Victaulic Europe geboekte winsten dat aan haar buitenlandse bijkantoren kan worden toegewezen.

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ Ibid.

4.5.3. *Subsidiaire voorlopige vaststellingen van selectiviteit: De omstreden maatregelen bevoordelen Victaulic Europe ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (68) 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 ⁽⁶²⁾. 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 ⁽⁶³⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (69) 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 Victaulic Europe bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Victaulic Europe daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (70) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Victaulic Europe 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*

- (71) Om een nationale belastingmaatregel als selectief te classificeren, moet de Commissie beginnen met het vaststellen van de gewone of normale belastingregeling die van toepassing is in de betrokken lidstaat (hierna “het referentiestelsel” genoemd) en vervolgens moet zij aantonen dat de specifieke belastingmaatregel een afwijking vormt van dat stelsel, voor zover hij onderscheid maakt tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de doelstelling van dat stelsel, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden ⁽⁶⁴⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst ⁽⁶⁵⁾. 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.
- (72) 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) ⁽⁶⁶⁾.
- (73) Door de omstreden maatregelen mag Victaulic Europe een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.

⁽⁶²⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁶³⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

⁽⁶⁴⁾ 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.

⁽⁶⁵⁾ 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.

⁽⁶⁶⁾ 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.

- (74) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals verder uitgelegd in punt (17), 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. 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 ⁽⁶⁷⁾.
- (75) 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.
- (76) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶⁸⁾.
- (77) Zoals volgt uit punt (19), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Victaulic Europe) 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.
- (78) In de punten (79) tot en met (94) 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 Victaulic Europe is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Victaulic Europe, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (79) In de eerste plaats bevat de ruling geen aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Victaulic Europe wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet duidelijk de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.

⁽⁶⁷⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

⁽⁶⁸⁾ 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.”

- (80) In paragraaf 125 van de ruling 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 Victaulic Europe.
- (81) 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.
- (82) Aangezien de ruling Victaulic Europe toestaat een deel van haar geboekte winst 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 Victaulic Europe om tot haar 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 Victaulic Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (83) 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 Victaulic Europe, 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 Victaulic Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (84) Zoals uitgelegd in overweging (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van de intragroepsverrichtingen tussen Victaulic Europe en de buitenlandse distributiekantoren (bijkantoren), alsmede met de goedkeuring van de beprijzing van de intragroepstransacties tussen Victaulic Europe en de verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep die belast zijn met de productie. Dit gebeurt door verrekenprijsanalyses aan de hand van de TNMM te verrichten, met de andere ondernemingen/bijkantoren van de Groep als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties en verrichtingen. Het resultaat van de analyses — die niet worden behandeld in dit besluit — is dat er een zakelijke “routine”-vergoeding wordt vastgesteld voor die tegenpartijen. Het logische gevolg van de toepassing van de TNMM in die analyses op de andere ondernemingen en bijkantoren van de Groep is dat de residuele winst die uit die verbonden transacties en verrichtingen voortvloeit, nadat die tegenpartijen een zakelijke vergoeding hebben gekregen, aan Victaulic Europe toekomt en in haar jaarrekeningen wordt opgenomen als haar zakelijke winst.
- (85) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de motivering voor de toepassing van de TNMM op zich, economisch gezien is het ook zinvol. De meest complexe entiteit heeft vanwege haar niet-routinematige (d.w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het overrendement uit die transacties maar draagt ook het risico van verlies indien de onderzochte verbonden transacties geen commercieel rendement genereren. Het begrip “residuele winst” is specifiek aan de transactie verbonden en heeft betrekking op de specifieke onderzochte verbonden transactie(s) die de winst genereert (genereren). De residuele winst is de winst uit een reeks verbonden transacties voortvloeit en die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) voor haar routinefuncties is vergoed door toepassing van de TNMM. Aangezien de TNMM is gekozen voor de beprijzing van de intragroepstransacties en -verrichtingen van Victaulic Europe en aangezien de ruling die methode aanvaardt alsmede de aanwijzing van die entiteit als “central entrepreneur”, is de residuele winst uit die transacties en verrichtingen bijgevolg haar zakelijke winst en wordt deze als dusdanig in haar rekeningen opgenomen.
- (86) Toch redeneert de ruling dat Victaulic Europe, vanwege het “central entrepreneur”-model⁽⁶⁹⁾ dat door de Groep is ingevoerd, als “central entrepreneur” overwinsten zal genereren in de vorm van voordelen die zij niet zou hebben genoten indien zij geen onderdeel was van een internationale groep⁽⁷⁰⁾. De ruling stelt als volgt: “In tegenstelling tot artikel 9, paragraaf 2 OESO-modelverdrag voorziet artikel 185, 62 b) WIB 92 een wettelijke basis om af te wijken

⁽⁶⁹⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt het begrip “central entrepreneur” niet omschreven. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat die richtlijnen de term “principaal” verder definiëren. Andere voorbeelden waarin een entiteit “principaal” wordt genoemd binnen een verbonden transactie, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit soort structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁷⁰⁾ Ruling, paragrafen 120, 121 en 135.

van het boekhoudkundig resultaat en dus om het belastbaar resultaat extracomptabel te verminderen zonder dat er sprake moet zijn van een (effectieve of waarschijnlijke) dubbele taxatie. Het is voldoende dat kan worden aangetoond dat de winsten behaald door de Belgische groepsentiteit excessief (niet arm's length) zijn.”⁽⁷¹⁾ Vervolgens wordt beweerd dat “[d]e ‘excessieve winsten’ in de zin van artikel 185 paragraaf 2 b) WIB 92 [...] het best [kunnen] worden gedefinieerd als het verschil tussen het totaal van de winsten die de centrale entrepreneur bekomt op grond van de residuele winstbenadering [...] [beschreven in punt (84)] en de zuivere arm's length benadering.”⁽⁷²⁾ Om deze laatste vast te stellen, wordt in de ruling de TNMM opnieuw toegepast, maar ditmaal met Victaulic Europe als de geteste partij en zonder enige vermelding te maken van een te beprijzen verbonden transactie of een verbonden partij die de meest complexe partij bij die transactie zou zijn. Dat genoemde verschil wordt door de betwiste maatregelen als “overwinst” van belasting vrijgesteld.

- (87) Anders dan door de ruling 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de ruling lijkt 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⁽⁷³⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.
- (88) 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 is beprijsd⁽⁷⁴⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Victaulic Europe te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (89) Volgens de ruling kan de vrijgestelde “overwinst” conceptueel worden voorgesteld als een notionele royalty die door de centrale ondernemer wordt betaald voor het ter beschikking hebben van een “industrial organization intangible”⁽⁷⁵⁾. De ruling definieert echter niet nauwkeurig de inhoud of de vorm van die beweerde “intangible”⁽⁷⁶⁾. De Commissie merkt op dat de correcte manier om winst verkregen uit immateriële activa volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen, bestaat uit i) het identificeren, onderbouwen en juist afbakenen van dergelijke immateriële activa; ii) het uitvoeren van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren

⁽⁷¹⁾ Ruling, paragraaf 64.1.

⁽⁷²⁾ Ruling, paragrafen 64.8, 67 en 68.

⁽⁷³⁾ 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)].

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ Ruling, paragraaf 64.10.

⁽⁷⁶⁾ De Commissie merkt op dat afgezien van de “industrial organization intangible” de beweerde synergieën gedeeltelijk betrekking hebben op elementen die in bepaalde omstandigheden omschreven kunnen worden als immateriële activa (zoals knowhow). De ruling verricht hoe dan ook geen verdere analyse van deze mogelijke immateriële activa dan gedaan wordt voor de beweerde “industrial organization intangible”.

aangaande de betrokken verbonden transacties⁽⁷⁷⁾, en iii) het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transacties, zodat de voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties⁽⁷⁸⁾. Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling identificeert geen concreet immaterieel actief dat door een verbonden groepsvennootschap aan Victaulic Europe wordt overgedragen of beschikbaar wordt gesteld, laat staan de transacties of regelingen waardoor die overdracht mogelijk wordt, of de wijze waarop die transacties of regelingen onder zakelijke voorwaarden zouden moeten worden vergoed. De ruling voert in plaats daarvan aan dat volgens het concept van “notionele royalty” geen echte transacties kunnen worden aangewezen⁽⁷⁹⁾.

- (90) De ruling stelt dat de invoering van het nieuwe “central entrepreneur”-model bijkomende winst voor Victaulic Europe meebrengt “die voortvloeit uit handelsbetrekkingen tussen verbonden partijen”⁽⁸⁰⁾. De correcte manier om een intragroeptransactie volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen is het verrichten van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren aangaande de betrokken verbonden transacties, en naargelang van het geval, het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transactie, zodat de voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties. Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling beschrijft geen concrete transactie, noch partijen bij die transactie of voorwaarden voor die transactie, laat staan onder welke voorwaarden zakelijke transacties zouden worden gesloten.
- (91) Met betrekking tot het argument van de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar 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⁽⁸¹⁾. 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⁽⁸²⁾; 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⁽⁸³⁾.
- (92) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen teweeggebracht zullen worden door de geplande reorganisatie van de onderneming, zonder duidelijk vast te stellen welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Victaulic Europa gegenereerde winst, die oorspronkelijk in haar jaarrekeningen was opgenomen en aan haar was toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en -verrichtingen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (93) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan⁽⁸⁴⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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⁽⁸⁵⁾.
- (94) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (82), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Victaulic Europe om tot haar 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.

⁽⁷⁷⁾ 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.

⁽⁷⁸⁾ 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)].

⁽⁷⁹⁾ Ruling, paragraaf 64.10.

⁽⁸⁰⁾ Ruling, paragraaf 121.

⁽⁸¹⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁸²⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁸³⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁸⁴⁾ Ruling, paragraaf 122.

⁽⁸⁵⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (91)).

(c) *De onjuiste toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 ten gunste van Victaulic Europe leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*

- (95) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (65) 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 ⁽⁸⁶⁾.
- (96) In punt (73) 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 (74), 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.
- (97) De voorlopige conclusie van de punten (79) tot en met (94) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Victaulic Europe, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Victaulic Europe een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (98) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (67) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe 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 winstbedrag dat gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, hetgeen de Commissie in punt (87) heeft betwist.
- (99) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Victaulic Europe toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaafeffecten, die onderneming 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.
- (100) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe 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 ⁽⁸⁷⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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. Dat wordt bevestigd door paragraaf 81 van de ruling, die luidt: “Hoewel de reeds bestaande Belgische activiteiten van Victaulic Europe BVBA ook profiteren van de synergieën als gevolg van de implementatie van de Central Entrepreneur structuur, wordt geen vrijstelling gevraagd op de excessieve winsten gerelateerd aan deze Belgische activiteiten. Op bestaande activiteiten kan namelijk geen toepassing worden gemaakt van de vrijstelling op grond van artikel 185, paragraaf 2, b) WIB 92. [...]”

- (101) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (102) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe 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 Victaulic Europe tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, minus de zakelijke winst die aan haar buitenlandse bijkantoren kan worden toegekend, zoals uitgelegd in punt (85). 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.
- (103) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Victaulic Europe 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 winstbedrag dat gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (104) 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 specifiek referentiestelsel die buiten dat stelsel zijn gelegen, en de voor het bereiken van dergelijke doelstellingen noodzakelijke mechanismen die inherent zijn aan het stelsel zelf⁽⁸⁸⁾. 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⁽⁸⁹⁾.
- (105) 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 Victaulic Europe, waardoor die onderneming 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.
- (106) 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⁽⁹⁰⁾. 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.
- (107) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (79) en met (82), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Victaulic Europe 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

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ 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.

⁽⁹⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.

- (108) 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 (83) tot en met (94), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Victaulic Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (109) 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.
- (110) 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 begunstigden van die steun

- (111) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Victaulic Europe staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (112) 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. Zoals het Hof van Justitie eerder heeft verklaard “[moet] [i]n het kader van het mededingingsrecht onder het begrip onderneming worden verstaan een [...] economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen”⁽⁹¹⁾. Om te bepalen of verscheidene entiteiten een economische eenheid vormen, gaat het Hof van Justitie na of er sprake is van een zeggenschapsdeelneming of van functionele, economische of organieke banden⁽⁹²⁾.
- (113) In casu maakt Victaulic Europe deel uit van de Groep. Bovendien was het de Groep die volgens de ruling besloten heeft een “central entrepreneur”-model op te zetten, met Victaulic Europe als “central entrepreneur”, als gevolg waarvan die onderneming een ruling inzake “overwinst” kon verkrijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van vennootschapsbelasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (114) 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⁽⁹³⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Victaulic-groep, naast Victaulic Europe, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ 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 [...]”.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (115) 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)⁽⁹⁴⁾. 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)⁽⁹⁵⁾. 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.
- (116) 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

- (117) Staatssteun wordt als verenigbaar met de interne markt beschouwd voor zover hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU⁽⁹⁶⁾ genoemde gronden valt en kan als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd indien de Commissie vaststelt dat hij onder een van de in artikel 107, lid 3, VWEU⁽⁹⁷⁾ genoemde gronden valt. De lidstaat die de steun toekent, moet kunnen aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁹⁸⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (118) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Victaulic Europe en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (119) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁹⁹⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Victaulic Europe BVBA is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de Groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van Victaulic Europe BVBA voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Victaulic Europe BVBA over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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.

⁽⁹⁴⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹⁵⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU; Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹⁶⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹⁷⁾ 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.

⁽⁹⁸⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹⁹⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53997 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Astra Sweets****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/34)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2014 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Astra Sweets NV (im Folgenden „Astra Sweets“) für die Steuerjahre 2014 bis 2018 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Astra Sweets für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Astra Sweets einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass die Maßnahme Astra Sweets einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Astra Sweets im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Astra Sweets durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Astra Sweets gegenüber allen anderen körperschaftssteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Astra Sweets bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftssteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahmen und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Astra Sweets akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Astra Sweets NV und der Unternehmensgruppe Astra Sweets darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Astra Sweets NV («Astra Sweets») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont procédé à un ajustement positif de la base imposable d'Astra Sweets.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Astra Sweets, 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) Astra Sweets est basée à Turnhout, en Belgique, et fait partie du groupe Astra Sweets (le «Groupe»), un groupe international produisant et vendant différents types de bonbons de haute qualité. La gamme de bonbons d'Astra Sweets se compose de nombreuses variantes de gommes, Pick & Mix, réglisses, guimauves, ovnis et meringues vendus dans le monde entier.
- (6) En 2013, le Groupe exerçait ses activités en Belgique, en France, au Luxembourg et aux Pays-Bas et enregistrait des recettes consolidées de 85 millions d'EUR environ. En 2013, le Groupe employait 219 salariés à temps plein en Belgique et 153 dans d'autres pays ⁽³⁾.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Astra Sweets sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Astra Sweets.

— Le 23 décembre 2014, Astra Sweets a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2018 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que [70-75] % du bénéfice net avant impôt (en anglais *net profit before taxes* ou «NPBT») d'Astra Sweets généré par les nouvelles activités découlant de la restructuration interne pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie au considérant (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.609 du 23 décembre 2014, adressée à Astra Sweets NV.

2.2.1. *L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée*

- (8) La décision anticipée décrit la décision du Groupe de mettre en place une nouvelle structure opérationnelle centralisée dans laquelle Astra Sweets en Belgique sera l'«entrepreneur central» ou le «donneur d'ordre économique», qui agira en tant qu'entité centrale, responsable de la gestion centrale de différentes unités opérationnelles du Groupe. En cette qualité, Astra Sweets sera responsable de toutes les fonctions stratégiques et assumera la plupart des risques et des responsabilités liées aux achats, à la production, aux ventes, etc. Dans cette «structure d'entrepreneur central», d'autres entités du Groupe exerceront des activités à faible risque (fabrication à façon, distribution à risques limités, et soutien des ventes) pour le compte d'Astra Sweets.

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

- (9) La décision anticipée valide la fixation des prix des transactions intragroupe entre Astra Sweets et d'autres entités du Groupe dans le cadre de la structure d'«entrepreneur central». Plus précisément, la décision anticipée valide:
- le fait que, dans la «structure d'entrepreneur central», Astra Sweets soit responsable des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les autres entités du Groupe n'exécutent que des fonctions de routine (production, ventes, distribution) au profit d'Astra Sweets ⁽⁵⁾;
 - l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») pour la rémunération des transactions d'Astra Sweets avec [une société du Groupe], aux fins de laquelle cette entité est considérée comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération de cette entité est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si cette dernière réalise une marge d'exploitation de [3-3,5] % pour les activités relatives aux ventes de confiserie liquide («gietsnoep») (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à [3-3,5] % des ventes/recettes) et une marge d'exploitation de [4-4,5] % pour ses activités de production et de vente de guimauves («spekken») (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à [4-4,5] % des ventes/recettes) ⁽⁶⁾;
 - l'utilisation de la MTMN pour la rémunération des transactions d'Astra Sweets avec les entités [...] assurant le soutien des ventes, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des entités assurant le soutien des ventes fondée sur un ratio de Berry de [1-1,10] (c'est-à-dire que leur marge brute devrait être égale à [1-1,10] fois leurs dépenses d'exploitation) est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence ⁽⁷⁾.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en place et le maintien de la structure d'«entrepreneur central» garantira la préservation de synergies et d'autres économies d'échelle, qui profiteront à l'ensemble du Groupe ⁽⁸⁾. Elle considère donc que «[t]outes les entités du Groupe, y compris l'entrepreneur central / le donneur d'ordre économique, doivent percevoir une rémunération de pleine concurrence tenant compte de leur profil de fonctions et de risques» ⁽⁹⁾ et, qu'en l'espèce, «attribuer à Astra Sweets NV, en sa qualité d'entrepreneur central / de donneur d'ordre économique, les bénéfices supplémentaires éventuels découlant de ces synergies et économies d'échelle aboutirait à ce que des bénéfices excédentaires soient comptabilisés en son nom» ⁽¹⁰⁾.
- (11) La décision anticipée affirme que les «bénéfices excédentaires» comptabilisés susmentionnés, c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies et aux économies d'échelle, peuvent être calculés comme la différence entre ⁽¹¹⁾:
- i) le bénéfice qu'Astra Sweets va réellement générer et enregistrer dans ses comptes annuels; et
 - ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» pour tenir compte des fonctions d'«entrepreneur central» d'Astra Sweets.

Le montant visé au point i) représente le bénéfice résiduel d'Astra Sweets, c'est-à-dire le chiffre d'affaires total généré par ses nouvelles activités (à la suite de la restructuration interne) duquel sont déduites la rémunération de pleine concurrence pour les autres entités du Groupe ainsi que les dépenses d'exploitation propres d'Astra Sweets liées à ses nouvelles activités. Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une autre analyse des prix de transfert utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant Astra Sweets comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» généré par les nouvelles activités est évalué à une marge bénéficiaire nette de [3,5-4] % (c'est-à-dire que son bénéfice net devrait être égal à [3,5-4] % des ventes/recettes) ⁽¹²⁾.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 57 à 60.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, points 124 et 139.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, point 152.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, point 74.

⁽⁹⁾ Ibidem.

⁽¹⁰⁾ Ibidem.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, points 77.8, 77.9, 80 et 81.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, point 171.

- (12) La décision anticipée affirme ensuite que ce «bénéfice excédentaire» est imputable, d'une part, à une modification de la structure organisationnelle, notamment à la modification correspondante du modèle de fixation des prix de transfert, mais d'autre part surtout à des synergies et à d'autres «actifs incorporels d'une organisation industrielle»⁽¹³⁾. Elle explique aussi que le «régime des bénéfices excédentaires» ne s'applique qu'aux synergies découlant des nouvelles activités⁽¹⁴⁾ et décrit les activités belges existantes ainsi que les résultats associés pour chacune des unités opérationnelles⁽¹⁵⁾.
- (13) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe pour les années 2014 à 2018, et en tenant compte de l'effet de certaines autres incitations fiscales, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels d'Astra Sweets qui peuvent être exonérés d'impôt à [70-75] % de son NPBT généré par ses nouvelles activités pendant ces années.
- (14) La décision anticipée justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010⁽¹⁶⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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⁽¹⁷⁾.
- (15) La décision anticipée déclare qu'Astra Sweets est autorisée à exonérer un montant équivalant à [70-75] % de son NPBT annuel généré par ses nouvelles activités de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans, avec la possibilité d'une nouvelle prolongation de cinq ans⁽¹⁸⁾. Il est prévu que ce pourcentage soit revu et ajusté si nécessaire au bout de trois ans⁽¹⁹⁾.

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*

- (16) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (17) 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 bénéfices. 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».
- (18) 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 1er, 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.
- (19) 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.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, point 186.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, point 65.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, points 176 à 185.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, point 219.

⁽¹⁷⁾ Décision anticipée, points 220, 221 et 222.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, points 227 et 230.

⁽¹⁹⁾ Décision anticipée, point 223.

2.3.1.1. La loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR

- (20) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽²⁰⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (21) 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»).
- (22) 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.
- (23) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (24) 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 ⁽²¹⁾. 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» ⁽²²⁾. 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» ⁽²³⁾. 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 ⁽²⁴⁾. 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.

⁽²⁰⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

⁽²¹⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²²⁾ 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 92. 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.»

⁽²³⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²⁴⁾ Ibidem, pp. 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.»

- (25) 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.
- (26) 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

- (27) 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 ⁽²⁵⁾. 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.
- (28) 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.
- (29) 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) ⁽²⁶⁾ 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»

- (30) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²⁷⁾, 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.
- (31) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽²⁸⁾ 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 demandaient 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.
- (32) 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.

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

⁽²⁶⁾ 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».

⁽²⁷⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁸⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (33) 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⁽²⁹⁾. 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

- (34) 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⁽³⁰⁾.
- (35) 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.»

- (36) 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.
- (37) 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⁽³¹⁾. 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.

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

- (38) 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»)⁽³²⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (39) 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.

⁽²⁹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³⁰⁾ 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.

⁽³¹⁾ Voir la note de bas de page n° 20.

⁽³²⁾ 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»).

- (40) 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⁽³³⁾. 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⁽³⁴⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (41) 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.
- (42) 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⁽³⁵⁾. 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.
- (43) 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.»*
- (44) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³⁶⁾ 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⁽³⁷⁾. 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⁽³⁸⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (45) 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.
- (46) 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.

⁽³³⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁴⁾ 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.

⁽³⁵⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁶⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁸⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

- 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 ⁽³⁹⁾.
- 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 ⁽⁴⁰⁾. 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 ⁽⁴¹⁾. 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.

- (47) 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 ⁽⁴²⁾.
- (48) 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 ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ 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».

⁽⁴⁰⁾ 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.»

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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.»

⁽⁴³⁾ 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.

- (49) 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⁽⁴⁴⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine»⁽⁴⁵⁾, 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.
- (50) 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)⁽⁴⁶⁾. 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

- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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.
- (55) 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.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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.

⁽⁴⁶⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

4. APPRÉCIATION DES MESURES CONTESTÉES

4.1. Existence d'une aide

- (56) 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 ⁽⁴⁷⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (57) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Astra Sweets, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses déclarations annuelles d'impôt sur les sociétés et pour déterminer, sur la base de ces déclarations, le montant de l'impôt sur les sociétés dû ou le montant des pertes pouvant faire l'objet d'un report, 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.
- (58) 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 actuelles ou futures qu'il aurait normalement perçues ⁽⁴⁸⁾. La décision anticipée a permis à Astra Sweets d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 ou le montant des pertes pouvant faire l'objet d'un report, l'État belge a renoncé à des recettes fiscales (futures) qu'il aurait dans le cas contraire été en droit de percevoir auprès de d'Astra Sweets 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

- (59) 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, Astra Sweets fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans plusieurs États membres. Astra Sweets est responsable de la conduite des activités du Groupe au niveau mondial. Les produits et les services 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'Astra Sweets est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁴⁹⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (60) 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 ⁽⁵⁰⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Astra Sweets de l'impôt sur les sociétés actuel et futur qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Astra Sweets d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence ⁽⁵¹⁾; 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

4.5. Avantage sélectif

- (61) 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 ⁽⁵²⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Astra Sweets parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant soit à réduire l'impôt sur les sociétés qu'elle doit acquitter chaque année ou à accroître le montant de ses pertes fiscales reportées en vertu du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique, sans que cette réduction ou cet accroissement n'ait la moindre base juridique ni justification.

4.5.1. Avantage

- (62) 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 ⁽⁵³⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même ⁽⁵⁴⁾. 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 ⁽⁵⁵⁾.
- (63) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Astra Sweets en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre Astra Sweets et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe. Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde sur la MTMN, a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine qui équivaut à une marge d'exploitation ou à un ratio de Berry, tandis que le bénéfice résiduel généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à Astra Sweets. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels d'Astra Sweets et fournit la base de son NPBT.
- (64) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2018, Astra Sweets a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Astra Sweets n'a été autorisée 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'Astra Sweets, 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 Astra Sweets, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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

- (65) 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 Astra Sweets 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités» ⁽⁵⁶⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité» ⁽⁵⁷⁾.
- (66) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵⁴⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ 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; l'affaire C-211/15 P, Orange/Commission, EU:C:2016:798, points 53 et 54; et l'affaire C-270/15 P, Belgique/Commission, EU:C:2016:489, point 49.

⁽⁵⁷⁾ Ibidem.

- (67) 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 1er, 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 Astra Sweets un avantage sous forme de réduction de sa 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'Astra Sweets par rapport à des entreprises comparables

- (68) 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⁽⁵⁸⁾. 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⁽⁵⁹⁾. 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'Astra Sweets par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (69) 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'Astra Sweets par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (70) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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'Astra Sweets 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

- (71) 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⁽⁶⁰⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁶¹⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (72) 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)⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁵⁹⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁶⁰⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶¹⁾ 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.

⁽⁶²⁾ 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.

- (73) Les mesures contestées permettent à Astra Sweets d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (74) 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 (18), 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*»⁽⁶³⁾.
- (75) 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 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).
- (76) 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⁽⁶⁴⁾.
- (77) Ainsi qu'il ressort du considérant (20), 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 Astra Sweets) 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.
- (78) Aux considérants (79) à (95), 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 Astra Sweets 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'Astra Sweets, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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.

⁽⁶³⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

⁽⁶⁴⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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.»

(a) *Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne sont pas inclus dans les bénéfices d'une société associée étrangère*

- (79) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Astra Sweets ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (80) A l'inverse, le point 222 de la décision anticipée s'appuie 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 Astra Sweets.
- (81) 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.
- (82) Étant donné que la décision anticipée autorise Astra Sweets à exonérer de l'impôt une partie de son 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'Astra Sweets pour parvenir à son 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 Astra Sweets et des contreparties associées étrangères*

- (83) 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'Astra Sweets, 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 Astra Sweets et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.
- (84) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider la fixation des prix des transactions intragroupe d'Astra Sweets avec d'autres sociétés du Groupe. Pour ce faire, elle inclut des analyses des prix de transfert s'appuyant sur la MTMN ⁽⁶⁵⁾, les autres sociétés du Groupe étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions. Ces analyses — qui ne relèvent pas de l'objet de la présente décision — permettent de déterminer une rémunération «de routine» de pleine concurrence pour ces sociétés. La conséquence logique de l'application de la MTMN aux autres sociétés du Groupe dans ces analyses est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces sociétés ont obtenu une rémunération de pleine concurrence, revient à Astra Sweets et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (85) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN a été choisie pour fixer le prix des transactions intragroupe d'Astra Sweets et que la décision anticipée accepte cette méthode, de même que la désignation de cette entité comme «entrepreneur central / donneur d'ordre économique», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.

⁽⁶⁵⁾ Le ratio de Berry est utilisé pour déterminer la rémunération des activités de soutien des ventes exercées par les entités [...] au profit d'Astra Sweets. Le ratio de Berry est le ratio entre le bénéfice brut et le total des dépenses d'exploitation. Il représente un retour sur les fonctions à valeur ajoutée d'une société et suppose que ces fonctions sont prises en compte dans ses dépenses d'exploitation. Le dénominateur utilisé dans le ratio de Berry étant les dépenses d'exploitation, l'utilisation de ces dernières dans l'application de la MTMN et l'utilisation du ratio de Berry ne constituent dans les faits rien de plus qu'une différence de présentation.

- (86) Néanmoins, la décision anticipée soutient qu'en raison de «la structure d'entrepreneur central»⁽⁶⁶⁾ mise en place par le Groupe, Astra Sweets, en tant qu'«entrepreneur central», générera des «bénéfices comptables excédentaires» sous la forme de synergies et d'économies d'échelle⁽⁶⁷⁾. La décision anticipée soutient que «[c]ontrairement à l'article 9, paragraphe 2, du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR fournit une base juridique permettant de s'écarter des bénéfices comptables et ainsi de réduire les bénéfices imposables en dehors de la comptabilité sans qu'une double imposition (réelle ou probable) soit nécessaire. Il suffit de démontrer que les bénéfices réalisés par l'entité belge du groupe sont excédentaires (non conformes au principe de pleine concurrence)»⁽⁶⁸⁾. La décision anticipée affirme ensuite que «[c]onformément aux principes de l'OCDE et compte tenu du profil de fonctions et de risques d'Astra Sweets NV, il est raisonnable de déclarer qu'Astra Sweets NV, en qualité d'entrepreneur central / donneur d'ordre économique, devrait percevoir un niveau de rémunération correspondant à la rémunération générée par des entreprises comparables fonctionnant comme Astra Sweets NV dans des situations comparables et exerçant des activités d'entrepreneur central / de donneur d'ordre économique comparables à celles d'Astra Sweets»⁽⁶⁹⁾.
- (87) Selon la décision anticipée, l'ajustement à effectuer pour les bénéfices comptables «excédentaires» doit être déterminé comme la différence entre: i) le NPBT qu'Astra Sweets, en tant qu'«entrepreneur central», devrait générer suivant l'approche fondée sur les bénéfices résiduels décrite au considérant (84); et ii) le NPBT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient⁽⁷⁰⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique à nouveau la MTMN, mais cette fois avec Astra Sweets comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (88) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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⁽⁷¹⁾. 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.
- (89) 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

⁽⁶⁶⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur central». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶⁷⁾ Décision anticipée, point 74.

⁽⁶⁸⁾ Décision anticipée, point 77.1.

⁽⁶⁹⁾ Décision anticipée, point 153.

⁽⁷⁰⁾ Décision anticipée, point 77.9.

⁽⁷¹⁾ 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. [...]».

principe de pleine concurrence tirés d'une transaction contrôlée dont le prix est vraisemblablement mal évalué ⁽⁷²⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable d'Astra Sweets, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.

- (90) La décision anticipée affirme aussi qu'Astra Sweets générera des «bénéfices excédentaires» tirés d'«actifs incorporels d'une organisation industrielle», sans jamais préciser la nature de ces actifs incorporels ni leur provenance. La manière appropriée de traiter les bénéfices 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 ⁽⁷³⁾, et iii) à ajuster les prix de ces transactions contrôlées de telle sorte que leurs conditions correspondent à celles de transactions de pleine concurrence ⁽⁷⁴⁾. Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Cette dernière n'identifie aucun actif incorporel concret transféré par une société associée du Groupe à Astra Sweets, et encore moins les transactions ou modalités permettant un tel transfert, ni n'indique de quelle manière ces transactions devraient être rémunérées pour être conformes au principe de pleine concurrence.
- (91) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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 ⁽⁷⁵⁾. 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 ⁽⁷⁶⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷⁷⁾.
- (92) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe ⁽⁷⁸⁾, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par Astra Sweets, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (93) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée ⁽⁷⁹⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés ⁽⁸⁰⁾.
- (94) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à Astra Sweets. Plus précisément, la décision anticipée explique que *«[l]a structure centralisée suppose une division clairement établie entre les fonctions*

⁽⁷²⁾ 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.

⁽⁷³⁾ 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.

⁽⁷⁴⁾ 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».

⁽⁷⁵⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁷⁶⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁷⁾ 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.

⁽⁷⁸⁾ Par exemple, la décision anticipée n'indique pas quelles dépenses seraient réduites, ni quelles économies de coûts pourraient être générées, pas plus qu'elle n'indique comment les revenus seraient augmentés.

⁽⁷⁹⁾ Décision anticipée, point 219.

⁽⁸⁰⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (91)].

stratégiques, d'une part, et les fonctions opérationnelles et de soutien locales, d'autre part. Dans ce contexte, il est prévu qu'Astra Sweets NV, en tant qu'entrepreneur central / donneur d'ordre économique, sera responsable de la gestion centrale des différentes unités opérationnelles et aura par conséquent aussi droit au bénéfice résiduel.»⁽⁸¹⁾ Cela indique que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions d'Astra Sweets en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.

- (95) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (82), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable d'Astra Sweets pour parvenir à son 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'Astra Sweets entraîne une discrimination entre entreprises comparables.

- (96) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (65) 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⁽⁸²⁾.

- (97) Au considérant (73), 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 (74), 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.

- (98) Aux considérants (79) à (95), 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'Astra Sweets, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Astra Sweets une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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

- (99) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (67) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Astra Sweets 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (88).

- (100) En effet, en permettant à Astra Sweets d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».

⁽⁸¹⁾ Décision anticipée, point 57.

⁽⁸²⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

- (101) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Astra Sweets 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»⁽⁸³⁾. 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.
- (102) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Astra Sweets 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.
- (103) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Astra Sweets 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'Astra Sweets à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (85). 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.
- (104) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Astra Sweets 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (105) 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⁽⁸⁴⁾. 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⁽⁸⁵⁾.
- (106) 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'Astra Sweets, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.

⁽⁸³⁾ 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. Cela est confirmé par le point 65 de la décision anticipée, lequel affirme ce qui suit: «Des synergies résulteront à la fois des activités belges et des activités existantes, ainsi que des activités additionnelles (c'est-à-dire des nouvelles activités transférées en Belgique). Cependant, seules les synergies additionnelles sont prises en considération aux fins de l'application du régime des bénéfices excédentaires.». Cela est à nouveau confirmé au point 178: «Il découle des faits décrits ci-dessus que le Groupe était déjà présent en Belgique avec les résultats associés. En ce qui concerne l'application de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR, ces résultats "existants" ne peuvent pas être inclus aux fins de l'application de l'exonération des "bénéfices excédentaires", étant donné que ces transactions "existaient" déjà et étaient liées à des transactions effectuées directement sur le marché (avec des tiers) par Astra Sweets NV.»

⁽⁸⁴⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁵⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

- (107) 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⁽⁸⁶⁾. 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.
- (108) Premièrement, comme expliqué aux considérants (79) à (82), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable d'Astra Sweets 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (109) 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 (83) à (95), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Astra Sweets et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (110) 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.
- (111) 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

- (112) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Astra Sweets sous la forme d'une exonération fiscale.
- (113) 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»⁽⁸⁷⁾. 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⁽⁸⁸⁾.
- (114) En l'espèce, Astra Sweets fait partie du Groupe. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure d'«entrepreneur central», avec Astra Sweets en tant qu'«entrepreneur central», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable. La décision anticipée décrit en effet les autres options outre la mise en place d'un entrepreneur central envisagée par la direction du Groupe et explique pourquoi ce dernier a choisi de centraliser des activités en Belgique⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 52.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ Décision anticipée, points 34 à 37.

- (115) 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⁽⁹⁰⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe Astra Sweets, en plus d'Astra Sweets, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (116) 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)⁽⁹¹⁾. 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)⁽⁹²⁾. L'article 1er, 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».
- (117) 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

- (118) 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⁽⁹³⁾, 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⁽⁹⁴⁾. 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⁽⁹⁵⁾.
- (119) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Astra Sweets 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.
- (120) La Commission note en particulier que, puisque le traitement fiscal accordé au moyen des mesures contestées semble entraîner une réduction des charges actuelles ou futures normalement supportées par l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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⁽⁹⁶⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Astra Sweets NV par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

⁽⁹⁰⁾ 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 [...]».

⁽⁹¹⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹²⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ 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.

⁽⁹⁵⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

⁽⁹⁶⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

- les comptes annuels d'Astra Sweets NV relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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'Astra Sweets NV pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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 "excessieve winst" ("het besluit van 2016") ⁽¹⁾. 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. Astra Sweets NV ("Astra Sweets") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten de belastbare grondslag van Astra Sweets opwaarts aangepast.
- (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") ⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Astra Sweets is 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) Astra Sweets is gevestigd in Turnhout (België) en maakt deel uit van de Astra Sweets Groep (hierna "de Groep" genoemd), een internationale groep die verschillende soorten snoep van hoge kwaliteit produceert en verkoopt. Het productaanbod van Astra Sweets bestaat uit een grote verscheidenheid aan gietsnoep, Pick & Mix, drop, marshmallows, ufo's en spekken, die wereldwijd worden verkocht.
- (6) In 2013 had de Groep vestigingen in België, Frankrijk, Luxemburg en Nederland en bedroegen de operationele inkomsten ongeveer 85 miljoen EUR. In 2013 had de Groep 219 VTE's in dienst in België en 153 in andere landen ⁽³⁾.

2.2. De omstreden maatregelen

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

— Op 23 december 2014 heeft Astra Sweets een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2018 bestrijkt ("de ruling") ⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat [70-75] % van de nettowinst vóór belastingen (net profit before taxes, "NPBT") die Astra Sweets na de interne herstructurering behaalt uit nieuwe activiteiten, op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting mocht worden vrijgesteld als "overwinst" (ook "excessieve winst" genoemd).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.609 van 23 december 2014, gericht aan Astra Sweets NV.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling beschrijft het besluit van de Groep om een nieuwe gecentraliseerde operationele structuur in te voeren met Astra Sweets in België als de “central entrepreneur” of “economische principaal”, die zal optreden als de centrale entiteit die verantwoordelijk is voor de centrale aansturing van verschillende business units van de Groep. In die hoedanigheid is Astra Sweets verantwoordelijk voor alle strategische functies en draagt het ook de meeste risico's en verantwoordelijkheden in verband met aankopen, productie, verkopen enz. Binnen dit “central entrepreneur model” verrichten andere entiteiten van de Groep namens Astra Sweets activiteiten met een gering risico (contractmanufacturing, limited risk distribution en verkoopondersteuning).

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

- (9) De ruling valideert de beprijzing van intragroepstransacties tussen Astra Sweets en de andere entiteiten van de Groep binnen het “central entrepreneur”-model. De ruling valideert met name het volgende:
- het feit dat in het “central entrepreneur”-model Astra Sweets verantwoordelijk is voor de belangrijkste functies en de meeste risico's draagt, terwijl andere entiteiten van de Groep routinefuncties vervullen (productie, verkopen, distributie) ten behoeve van Astra Sweets; ⁽⁵⁾
 - het gebruik van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) voor de vergoeding van de transacties tussen Astra Sweets en [een Groepsvennootschap], waarbij die entiteit voor de toepassing van de TNMM wordt beschouwd als de “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe partij. De resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verkenprijsstudie die aangeeft dat een vergoeding van deze entiteit zakelijk wordt geacht indien een operationele marge van [3-3,5] % wordt gemaakt voor activiteiten die verband houden met de verkoop van gietsnoep (d.w.z. dat haar operationele winst gelijk zou moeten zijn aan [3-3,5] % van de omzet/inkomsten) en een operationele marge van [4-4,5] % wordt gemaakt voor haar productie- en verkoopactiviteiten in verband met spekken (d.w.z. dat haar operationele winst gelijk zou moeten zijn aan [4-4,5] % van de omzet/inkomsten); ⁽⁶⁾
 - het gebruik van de TNMM voor de vergoeding van de transacties tussen Astra Sweets en de bij verkoopondersteuning betrokken [...] entiteiten, waarbij die entiteiten voor de toepassing van de TNMM worden beschouwd als de “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe partij. De resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verkenprijsstudie die aangeeft dat een vergoeding van de verkoopondersteunende entiteiten op basis van een Berry-ratio van [1-1,10] (d.w.z. dat hun brutomarge is gelijk aan [1-1,10] maal de kosten van hun operationele uitgaven) zakelijk wordt geacht. ⁽⁷⁾
- (10) De ruling stelt dat de invoering en verdere toepassing van het “central entrepreneur”-model “het behoud van synergie- en andere schaalvoordelen [garandeert] voor de Groep als een geheel” ⁽⁸⁾. Op die grond vervolgt de ruling: “Alle groepsvennootschappen, inclusief de Central Entrepreneur / Economische Principaal, moeten een arm's length vergoeding ontvangen, rekening houdend met hun functioneel en risicoprofiel” ⁽⁹⁾. In het onderhavige geval zou, volgens de ruling, “[d]e toewijzing van eventuele additionele winsten voortvloeiend uit de synergie- en schaalvoordelen aan Astra Sweets NV, in haar hoedanigheid van Central Entrepreneur / Economische Principaal, [...] resulteren in excessieve boekhoudkundige winsten in haar hoofde” ⁽¹⁰⁾.
- (11) De ruling stelt dat de bovengenoemde “excessieve boekhoudkundige winsten”, d.w.z. de winst die kan worden toegerekend aan synergie-effecten en schaalvoordelen, kunnen worden vastgesteld als het verschil tussen ⁽¹¹⁾:
- (i) de winst die Astra Sweets daadwerkelijk zal genereren en in haar jaarrekening zal opnemen; en
 - (ii) een zogenaamde “aangepaste” zakelijke winst voor de “central entrepreneur”-functies van Astra Sweets.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de residuele winst van Astra Sweets, d.w.z. de totale omzet behaald uit haar nieuwe activiteiten (na de interne herstructurering), verminderd met de zakelijke vergoeding voor de andere Groepsentiteiten en de eigen operationele uitgaven van Astra Sweets in verband met de nieuwe activiteiten. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een verdere verkenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, maar deze keer met Astra Sweets als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan haar vermeende “aangepaste” zakelijke winst uit de nieuwe activiteiten wordt gebenchmarkt op een nettowinstmarge van [3,5-4] % (d.w.z. dat haar nettowinst zou gelijk moeten zijn aan [3,5-4] % van de omzet/inkomsten) ⁽¹²⁾.

⁽⁵⁾ Ruling, paragrafen 57 tot en met 60.

⁽⁶⁾ Ruling, paragrafen 124 en 139.

⁽⁷⁾ Ruling, paragraaf 152.

⁽⁸⁾ Ruling, paragraaf 74.

⁽⁹⁾ Ibid.

⁽¹⁰⁾ Ibid.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragrafen 77.8, 77.9, 80 en 81.

⁽¹²⁾ Ruling, paragraaf 171.

- (12) Vervolgens stelt de ruling dat deze “meerwinst” is toe te schrijven aan, enerzijds, een wijziging in de organisatiestructuur, inclusief corresponderende wijziging in het verrekenprijsmodel, doch voornamelijk aan de synergieën en andere “industrial organization intangibles”⁽¹³⁾. Ook wordt in de ruling uitgelegd dat het “overwinstregime” enkel betrekking heeft op synergieën die worden gerealiseerd op nieuwe activiteiten⁽¹⁴⁾ en worden voor elk van de business units de bestaande Belgische activiteiten en de bijbehorende resultaten beschreven⁽¹⁵⁾.
- (13) Uitgaande van de gebudgetteerde cijfers van de Groep voor 2014 tot en met 2018 en rekening houdend met een aantal andere fiscale stimuli, wordt in de ruling bepaald dat de jaarlijkse “excessieve winst” die Astra Sweets mag vrijstellen van belasting overeenkomt met [70-75] % van haar NPBT uit haar nieuwe activiteiten in die jaren.
- (14) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van “excessieve winst” door te verwijzen naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010⁽¹⁶⁾. Zij verwijst vervolgens naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 “excessieve winst” in de winst moet worden opgenomen⁽¹⁷⁾.
- (15) De ruling verklaart dat Astra Sweets een bedrag gelijk aan [70-75] % van haar jaarlijkse NPBT voor een periode van vijf jaar in België van vennootschapsbelasting mag vrijstellen, met de mogelijkheid van verlenging⁽¹⁸⁾. Dit percentage dient na een periode van drie jaar te worden geëvalueerd en aangepast⁽¹⁹⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (16) 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).
- (17) 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”.
- (18) 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.
- (19) 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.

⁽¹³⁾ Ruling, paragraaf 186.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragraaf 65.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragrafen 176 tot en met 185.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragraaf 219.

⁽¹⁷⁾ Ruling, paragrafen 220, 221 en 222.

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragrafen 227 en 230.

⁽¹⁹⁾ Ruling, paragraaf 223.

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

- (20) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽²⁰⁾ 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.”

- (21) 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”).
- (22) 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.
- (23) 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

- (24) 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 ⁽²¹⁾. 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” ⁽²²⁾. 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” ⁽²³⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽²⁴⁾. 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

⁽²⁰⁾ 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. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

⁽²¹⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²²⁾ 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.”

⁽²³⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²⁴⁾ 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.”

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.

- (25) 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.
- (26) 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

- (27) 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⁽²⁵⁾. 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.
- (28) 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.
- (29) 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⁽²⁶⁾ 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”

- (30) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²⁷⁾ 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.
- (31) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽²⁸⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.

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

⁽²⁶⁾ 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)]

⁽²⁷⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁸⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (32) 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.
- (33) 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⁽²⁹⁾. 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

- (34) 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⁽³⁰⁾.
- (35) 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.”

- (36) 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.
- (37) 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⁽³¹⁾. 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

- (38) 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⁽³²⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (39) 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.

⁽²⁹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³⁰⁾ 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.

⁽³¹⁾ Zie voetnoot 20.

⁽³²⁾ 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”).

- (40) 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⁽³³⁾. 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⁽³⁴⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (41) 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.
- (42) 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⁽³⁵⁾. 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.
- (43) 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)]
- (44) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017⁽³⁶⁾ 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⁽³⁷⁾. Als er van doelbewuste 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⁽³⁸⁾.

⁽³³⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁴⁾ 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.

⁽³⁵⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁶⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁸⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (45) 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.
- (46) 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 ingezeten 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 ⁽³⁹⁾.
 - 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽⁴⁰⁾. 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 ⁽⁴¹⁾. 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.
- (47) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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 ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ 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)]

⁽⁴⁰⁾ 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, herzielt 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)]

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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)]

- (48) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴³⁾.
- (49) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴⁴⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent ⁽⁴⁵⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (50) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴⁶⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (51) 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.
- (52) 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 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.

⁽⁴³⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴⁴⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽⁴⁵⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁶⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

- (53) 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.
- (54) 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 probleem van “prijsccontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (55) 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?

- (56) 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 ⁽⁴⁷⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (57) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft Astra Sweets zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting en de overeenkomstige bepaling van het bedrag van de verschuldigde vennootschapsbelasting of de mogelijke verliesoverdrachten, 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.
- (58) 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 lopende of toekomstige belastinginkomsten die hij normaliter zou hebben geïnd ⁽⁴⁸⁾. Dankzij de ruling mocht Astra Sweets een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting. Door die aangiften en het bedrag van de op basis daarvan betaalde vennootschapsbelasting of de mogelijke verliesoverdrachten te aanvaarden, heeft de Belgische Staat afgezien van (toekomstige) belastinginkomsten die hij anders, zonder de omstreden maatregelen, had kunnen innen bij Astra Sweets. 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

- (59) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Astra Sweets deel uit van de Groep, een multinationale groep die actief is in verschillende lidstaten. Astra Sweets is verantwoordelijk voor het mondiale leiderschap van de Groep. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Astra Sweets het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden ⁽⁴⁹⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (60) 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⁽⁵⁰⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Astra Sweets ontheffen van de lopende of toekomstige vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Astra Sweets bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁵¹⁾, 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

- (61) 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⁽⁵²⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Astra Sweets een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden uit hoofde van het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting haar jaarlijkse belastbare winst te beperken en dus ofwel de door haar jaarlijks verschuldigde vennootschapsbelasting te verminderen, ofwel haar verliescompensatiepositie te vermeerderen, zonder enige rechtsgrondslag of rechtvaardiging voor die vermindering of vermeerdering.

4.5.1. Voordeel

- (62) 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⁽⁵³⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵⁴⁾. 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⁽⁵⁵⁾.
- (63) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Astra Sweets een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van intragroepstransacties tussen Astra Sweets en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep. Die verrekenprijsexercitie, die is gebaseerd op de TNMM, leidt ertoe dat die tegenpartijen een vergoeding voor hun zogenoemde routinefuncties wordt toegekend die gelijk is aan een operationele marge of een Berry-ratio, terwijl de residuele winst van de bovengenoemde intragroepstransacties aan Astra Sweets wordt toegewezen. Die residuele winst wordt vervolgens in de jaarrekening van Astra Sweets opgenomen en vormt de basis voor haar NPBT.
- (64) Door de omstreden maatregelen mocht Astra Sweets een deel van haar NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2018. Astra Sweets mocht 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 Astra Sweets in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Astra Sweets een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵⁵⁾ 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*

- (65) 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 Astra Sweets 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”⁽⁵⁶⁾. 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”⁽⁵⁷⁾.
- (66) 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.
- (67) 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 Astra Sweets 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 Astra Sweets ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (68) 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⁽⁵⁸⁾. 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⁽⁵⁹⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Astra Sweets bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (69) 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 Astra Sweets bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Astra Sweets daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (70) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Astra Sweets 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*

- (71) 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

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ Ibid.

⁽⁵⁸⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁵⁹⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

situaties bevinden, ongelijk behandelt ⁽⁶⁰⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst ⁽⁶¹⁾. 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.

- (72) 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) ⁽⁶²⁾.
- (73) Door de omstreden maatregelen mag Astra Sweets een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.
- (74) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (18), 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 ⁽⁶³⁾.
- (75) 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.
- (76) 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,

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 28 juni 2018, Andres (liquidatie Heitkamp BauHolding)/Commissie, EU:C:2018:505, C-203/16 P, 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.

⁽⁶²⁾ Zie 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.

⁽⁶³⁾ 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 bénéfices 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 ⁽⁶⁴⁾.

- (77) Zoals volgt uit punt (20), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Astra Sweets) 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.
- (78) In de punten (79) tot en met (95) 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 Astra Sweets is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Astra Sweets, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (79) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Astra Sweets wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (80) In paragraaf 222 van de ruling 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 Astra Sweets.
- (81) 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.
- (82) Aangezien de ruling Astra Sweets toestaat een deel van haar geboekte winst 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 Astra Sweets om tot haar 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 Astra Sweets en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (83) 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 Astra Sweets, 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 Astra Sweets en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.

⁽⁶⁴⁾ 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.”

- (84) Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van intragroepstransacties van Astra Sweets met andere vennootschappen van de Groep. Dit gebeurt door het verrichten van verrekenprijsanalyses waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM⁽⁶⁵⁾, met de andere vennootschappen van de Groep als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties. Het resultaat van die analyses — die niet het voorwerp van dit besluit vormen — is dat voor die vennootschappen een zakelijke “routine”-vergoeding wordt vastgesteld. Het logische gevolg van de toepassing van de TNMM in die analyses op de andere vennootschappen van de groep is dat de residuele winst die overblijft uit die verbonden transacties nadat die vennootschappen een zakelijke vergoeding hebben ontvangen, door Astra Sweets wordt behaald en in haar jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (85) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de achterliggende gedachte van de toepassing van de TNMM op zich, maar ook vanuit economisch perspectief. De meest complexe entiteit heeft op grond van haar niet-routinematige (d. w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het residuele rendement van die transacties, maar draagt ook het risico van een verlies ingeval de onderzochte gecombineerde transacties geen commercieel rendement genereren. Het begrip “residuele winst” is transactiespecifiek en verwijst naar de onderzochte specifieke verbonden transacties die winst genereren. De residuele winst is de winst die voortkomt uit een reeks gecombineerde transacties die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) door de toepassing van de TNMM voor haar routinefuncties is vergoed. Aangezien de TNMM is gekozen om de intragroepstransacties van Astra Sweets te beprijzen en aangezien de ruling die methode aanvaardt en aanvaardt dat die entiteit als “central entrepreneur”/“economische principaal” wordt aangewezen, is bijgevolg de residuele winst uit die transacties haar zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in haar jaarrekening opgenomen.
- (86) Niettemin wordt in de ruling de redenering gevolgd dat vanwege het “central entrepreneur”-model⁽⁶⁶⁾ dat door de Groep wordt ingevoerd, Astra Sweets, als “central entrepreneur”, “excessieve boekhoudkundige winsten” zal genereren in de vorm van synergie-effecten en schaalvoordelen⁽⁶⁷⁾. De ruling stelt: “In tegenstelling tot artikel 9, paragraaf 2 OESO-modelverdrag voorziet artikel 185 paragraaf 2 b) WIB een wettelijke basis om af te wijken van het boekhoudkundig resultaat en dus om het belastbaar resultaat extracomptabel te verminderen zonder dat er sprake moet zijn van een (effectieve of waarschijnlijke) dubbele taxatie. Het is voldoende dat kan worden aangetoond dat de winsten behaald door de Belgische groepsactiviteit excessief (niet arm’s length) zijn”⁽⁶⁸⁾. In de ruling wordt voorts gesteld: “In overeenstemming met de OESO-beginselen en gelet op het functie- en risicoprofiel van Astra Sweets NV, is het redelijk te stellen dat Astra Sweets NV, in haar hoedanigheid van Central Entrepreneur / Economische Principaal, een vergoeding zou moeten ontvangen die overeenstemt met een vergoeding gerealiseerd bij vergelijkbare ondernemingen die onder vergelijkbare voorwaarden en economische omstandigheden opereren zoals Astra Sweets NV, en die gelijkaardige Central Entrepreneur / Economische Principaal activiteiten uitoefenen als deze van Astra Sweets NV”⁽⁶⁹⁾.
- (87) De ruling voert aan dat de vermindering wegens “excessieve” boekhoudkundige winst moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de NPBT die Astra Sweets, als “central entrepreneur”, verwacht te behalen op grond van de residuele winstbenadering, zoals beschreven in punt (84); en ii) de NPBT die zij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel⁽⁷⁰⁾. Om de laatstgenoemde NPBT te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM nog eens toe, maar deze keer met Astra Sweets als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.
- (88) Anders dan in de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de ruling lijkt 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-

⁽⁶⁵⁾ De Berry-ratio wordt gebruikt om de vergoeding te bepalen voor verkoopondersteunende activiteiten die [...] verricht ten behoeve van Astra Sweets. De Berry-ratio is de verhouding van de brutowinst ten opzichte van de totale operationele uitgaven. Deze wordt gebruikt voor de weergave van een rendement op de functies met toegevoegde waarde van een onderneming en gaat ervan uit dat die functies in haar operationele uitgaven worden gevat. Aangezien de in de Berry-ratio gebruikte noemer wordt gevormd door de operationele uitgaven, is het gebruik van de operationele uitgaven bij de toepassing van de TNMM en het gebruik van de Berry-ratio in de praktijk niet meer dan een verschil in presentatie.

⁽⁶⁶⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “central entrepreneur” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁷⁾ Ruling, paragraaf 74.

⁽⁶⁸⁾ Ruling, paragraaf 77.1.

⁽⁶⁹⁾ Ruling, paragraaf 153.

⁽⁷⁰⁾ Ruling, paragraaf 77.9.

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 ⁽⁷¹⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.

- (89) 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 is beprijsd ⁽⁷²⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Astra Sweets te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (90) De ruling voert verder aan dat Astra Sweets “excessieve winst” zal behalen uit “industrial organization intangibles”, zonder ergens te vermelden om welke immateriële activa het gaat of van wie deze werden verkregen. De correcte manier om winst verkregen uit immateriële activa volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen, bestaat uit i) het identificeren, onderbouwen en juist afbakenen van dergelijke immateriële activa; ii) het uitvoeren van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren aangaande de betrokken verbonden transacties ⁽⁷³⁾, en iii) het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transacties, zodat de voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties ⁽⁷⁴⁾. Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling identificeert geen concreet immaterieel actief dat door een verbonden groepsvennootschap aan Astra Sweets wordt overgedragen, laat staan de transacties of regelingen waardoor die overdracht mogelijk wordt, of de wijze waarop die transacties onder zakelijke voorwaarden zouden moeten worden vergoed.
- (91) Met betrekking tot het argument van de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa ⁽⁷⁵⁾. 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 ⁽⁷⁶⁾; 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 ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷¹⁾ 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)].

⁽⁷²⁾ 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.

⁽⁷³⁾ 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.

⁽⁷⁴⁾ 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)].

⁽⁷⁵⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁶⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁷⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

- (92) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten⁽⁷⁸⁾, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Astra Sweets gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan haar is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (93) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan⁽⁷⁹⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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⁽⁸⁰⁾.
- (94) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst aan Astra Sweets zou moeten worden toegerekend. Meer specifiek legt de ruling uit dat “[d]e gecentraliseerde structuur [...] een duidelijke splitsing [zal] veronderstellen tussen, enerzijds, de strategische en, anderzijds, de lokale operationele en ondersteunende functies. In dit verband is het de bedoeling dat Astra Sweets NV, in haar hoedanigheid van Central Entrepreneur / Economische Principaal verantwoordelijk is voor de centrale aansturing van de verschillende business units en derhalve ook recht zal hebben op de residuele resultaten.”⁽⁸¹⁾ Dit wijst erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van Astra Sweets in België en dus terecht in haar jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.
- (95) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (82), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Astra Sweets om tot haar 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 Astra Sweets leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*
- (96) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (65) 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⁽⁸²⁾.
- (97) In punt (73) 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 (74), 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.
- (98) De voorlopige conclusie van de punten (79) tot en met (95) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Astra Sweets, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Astra Sweets een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische

⁽⁷⁸⁾ In de ruling wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke kosten zouden zijn verminderd noch welke kostenbesparingen zouden kunnen zijn verwezenlijkt en evenmin hoe inkomsten zouden zijn verhoogd.

⁽⁷⁹⁾ Ruling, paragraaf 219.

⁽⁸⁰⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (91)).

⁽⁸¹⁾ Ruling, paragraaf 57.

⁽⁸²⁾ 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.

belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (99) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (67) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Astra Sweets 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (88) heeft betwist.
- (100) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Astra Sweets toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.
- (101) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Astra Sweets 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⁽⁸³⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.
- (102) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Astra Sweets selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (103) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Astra Sweets 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 Astra Sweets tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (85). 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.
- (104) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Astra Sweets 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

⁽⁸³⁾ 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. Dit wordt bevestigd door paragraaf 65 van de ruling: “Synergiën worden zowel op de bestaande en Belgische activiteiten als op incrementele activiteiten (d.i. de nieuwe activiteiten die naar België worden gehaald) gerealiseerd. Echter worden enkel de incrementele synergiën in rekening gebracht voor doeleinden van de toepassing van het overwinstregime.” Het wordt nader bevestigd in paragraaf 178: “Zoals duidelijk blijkt uit de bovenstaande feiten, had de groep reeds een Belgische aanwezigheid met bijbehorend resultaat. Verwijzend naar de toepassing van artikel 185 paragraaf 2 b) WIB 92, kunnen deze ‘bestaande’ resultaten niet onder de toepassing van de vrijstelling voor “excessieve winst” vallen, aangezien deze transacties op zich reeds “bestonden” alsook betrekking hebben op transacties rechtstreeks op de markt (naar derden) door Astra Sweets NV.”

4.5.4. Objectieve rechtvaardiging

- (105) 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 ⁽⁸⁴⁾. 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 ⁽⁸⁵⁾.
- (106) 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 Astra Sweets, waardoor die onderneming 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.
- (107) 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 ⁽⁸⁶⁾. 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.
- (108) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (79) en met (82), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Astra Sweets 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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.
- (109) 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 (83) tot en met (95), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Astra Sweets en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (110) 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.
- (111) 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.

⁽⁸⁴⁾ 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.

⁽⁸⁵⁾ 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.

⁽⁸⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

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

- (112) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Astra Sweets staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (113) 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.”⁽⁸⁷⁾ 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⁽⁸⁸⁾.
- (114) In dit geval is Astra Sweets deel van de Groep. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om een “central entrepreneur”-model op te zetten, met Astra Sweets als “central entrepreneur”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat. De ruling beschrijft namelijk de andere opties die het management van de Groep heeft overwogen als alternatief voor de invoering van een “central entrepreneur” en ook waarom het voor centralisering van haar activiteiten in België heeft gekozen⁽⁸⁹⁾.
- (115) 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⁽⁹⁰⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Astra Sweets-groep, naast Astra Sweets, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (116) 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 onrechtmatig of verenigbare staatssteun is (de aanmeldingsverplichting)⁽⁹¹⁾. 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)⁽⁹²⁾. 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.
- (117) 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

- (118) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt⁽⁹³⁾, 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⁽⁹⁴⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁹⁵⁾ verenigbaar is met de interne markt.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ 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.

⁽⁸⁹⁾ Ruling, paragrafen 34 tot en met 37.

⁽⁹⁰⁾ 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 [...]”.

⁽⁹¹⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹²⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹³⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹⁴⁾ 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.

⁽⁹⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

- (119) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Astra Sweets en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (120) De Commissie merkt met name op dat, aangezien de door de omstreden maatregelen toegekende fiscale behandeling lijkt te leiden tot een vermindering van de huidige of toekomstige lasten die normaal gesproken op de betrokken onderneming drukken in het kader van haar 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 ⁽⁹⁶⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Astra Sweets NV is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van Astra Sweets NV voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Astra Sweets NV over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- 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.

⁽⁹⁶⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53998 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Mayekawa Europe****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/35)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2014 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Mayekawa Europe NV (im Folgenden „Mayekawa“) für die Steuerjahre 2013 bis 2017 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Mayekawa für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Mayekawa einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahme Mayekawa einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Mayekawa im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Mayekawa durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Mayekawa gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Mayekawa bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Mayekawa akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Mayekawa Europe NV und der Mayekawa-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Mayekawa Europe NV («Mayekawa Europe») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès de Mayekawa Europe.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Mayekawa Europe, 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) Mayekawa Europe est basée à Zaventem, en Belgique, et fait partie du groupe Mayekawa (le «Groupe»), un leader mondial dans la fabrication de systèmes de refroidissement industriel, de transformation alimentaire, de robotique et d'automatisation. Le Groupe est présent dans plus de 60 pays et enregistrait un chiffre d'affaires mondial annuel d'environ 1 milliard d'EUR au moment de l'octroi de la décision anticipée. Mayekawa Intertech AG («MIAG»), qui est établie en Suisse, est le siège européen du Groupe, et emploie 13 salariés à temps plein.
- (6) En Belgique, Mayekawa Europe compte 86 salariés à temps plein. Elle est spécialisée dans la production, l'assemblage et la vente d'unités de groupes compresseurs de refroidissement industriel. En outre, Mayekawa Europe fait également office d'entité locale de vente et de distribution pour le marché du Benelux, ce qui inclut également les services après-vente ⁽³⁾.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Mayekawa Europe sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Mayekawa Europe.

— Le 1^{er} avril 2014, Mayekawa Europe a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2017 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que Mayekawa Europe pouvait exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique [60-80] % de son bénéfice net avant impôt (en anglais *net profit before taxes* ou «NPBT») découlant de sa fonction d'«entrepreneur central», 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»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie au considérant (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.091 du 1^{er} avril 2014, adressée à Mayekawa Europe.

2.2.1. L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée

- (8) La décision anticipée décrit le projet du Groupe de réorganiser ses activités en Europe en établissant Mayekawa Europe en Belgique en tant qu'«entrepreneur central» et en transférant les fonctions du siège européen de MIAG à la Belgique. En conséquence, Mayekawa Europe fera office d'entité centrale, responsable de la gestion centrale du Groupe en Europe. Mayekawa Europe exercera les fonctions stratégiques avec une grande participation aux trois principaux vecteurs de valeur des opérations européennes du Groupe: (i) la recherche et le développement («R&D»), (ii) la production et l'ingénierie, et (iii) la distribution. En ce qui concerne la R&D, alors que les principales fonctions de R&D et la création des actifs de propriété industrielles («PI») seront du ressort de la société mère ultime Mayekawa Japan, Mayekawa Europe sera chargée de la sélection des projets régionaux de R&D, des décisions et de la coordination connexes, du suivi, de l'évaluation des services de R&D et de l'exercice d'activités régionales spécifiques de R&D. Mayekawa Europe utilisera la PI détenue par Mayekawa Japan à cet égard pour confectionner les produits destinés au marché européen et les y adapter. Pour cet usage, Mayekawa Europe versera une redevance de licence de [1-1,5] %. En ce qui concerne la production et l'ingénierie, Mayekawa Europe sera la seule entité de production pour le marché européen et doublera sa capacité de production actuelle. En ce qui concerne la distribution, Mayekawa Europe fera office de distributeur principal chargé de superviser les ventes et les activités de distribution paneuropéennes du Groupe. Mayekawa Europe sera également chargée des activités de distribution dans les pays où aucune filiale n'est présente. Mayekawa Europe définira la stratégie européenne en matière de vente, de marketing et de distribution, tout en soutenant et en suivant la mise en œuvre de la stratégie locale de vente et de distribution ⁽⁵⁾.

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) La décision anticipée décrit la fixation des prix des transactions intragroupe entre Mayekawa Europe et les entités de distribution du Groupe dans le cadre de la structure d'«entrepreneur central», ainsi que la fixation du prix de la PI concédée sous licence par Mayekawa Japan à Mayekawa Europe ⁽⁶⁾. Plus précisément, la décision anticipée décrit:
- le fait que, dans la structure d'«entrepreneur central», Mayekawa Europe est responsable des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques, tandis que les entités de distribution du Groupe n'exécutent que des fonctions de routine au profit de Mayekawa Europe;
 - l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») pour la rémunération des transactions de Mayekawa Europe avec les entités de distribution, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des entités de distribution est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si ces entités réalisent une marge d'exploitation de [1,5-2] % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal à [1,5-2] % des ventes/recettes) pour les entités de distribution;
 - le fait que Mayekawa Europe versera, pour l'utilisation de la PI détenue par Mayekawa Japan en vue de produire les marchandises, une redevance de [1-1,5] % du total des coûts des marchandises vendues majoré des dépenses d'exploitation supportées. La décision anticipée indique que ce taux de [1-1,5] % a été fixé par les autorités fiscales japonaises et contrôlé par Mayekawa Europe au moyen d'une vérification de cohérence en appliquant la méthode du prix comparable sur le marché libre (en anglais *comparable uncontrolled price* ou «CUP») ⁽⁷⁾.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en place de la structure d'«entrepreneur central» permettra d'obtenir des gains d'efficacité organisationnelle qui devraient accroître la marge d'exploitation des activités européennes du Groupe, la faisant passer de [5-10] % à [10-15] % ⁽⁸⁾. En outre, la décision anticipée soutient que la centralisation des fonctions créera des synergies au niveau de Mayekawa Europe, notamment des synergies existant déjà au sein de MIAG et transférées à Mayekawa Europe, des synergies supplémentaires avec la transformation des distributeurs en distributeurs à faible risque et des synergies liées à la limitation des manques d'efficacité ⁽⁹⁾. Elle fait valoir ensuite que «[t]outes les entités du Groupe, y compris l'entrepreneur, doivent percevoir une rémunération de pleine concurrence tenant compte de leur profil de fonctions et de risques» ⁽¹⁰⁾. Elle poursuit en affirmant qu'en l'espèce, «attribuer à l'entrepreneur belge [Mayekawa Europe] les quelconques avantages supplémentaires découlant de ces synergies et économies d'échelle aboutirait à ce que des bénéfices excédentaires soient comptabilisés en son nom» ⁽¹¹⁾.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 58 à 64.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, points 84 à 97.

⁽⁷⁾ La décision anticipée précise qu'en l'absence d'accords internes comparables, l'étude des prix de transfert recourt à des accords externes comparables pour vérifier le taux. Au moyen de la base de données RoyaltyStat, le Groupe a démontré qu'un taux de redevance de [1-1,5] % pouvait être considéré comme de pleine concurrence.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, points 46 et 48.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, point 65.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, point 125.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

- (11) La décision anticipée affirme que les «*bénéfices excédentaires*» comptabilisés susmentionnés, c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies et aux économies d'échelle, peuvent être calculés comme cette part des bénéfices incrémentaux de Mayekawa Europe ⁽¹²⁾, à savoir comme la différence entre ⁽¹³⁾:
- (i) les bénéfices incrémentaux totaux que Mayekawa Europe générera et enregistrera dans ses comptes annuels sur la base de ses ventes incrémentales en tant qu'«entrepreneur central»; et
 - (ii) un bénéfice de pleine concurrence «pur» supposé pour tenir compte des fonctions d'entrepreneur central de Mayekawa Europe liées à ces ventes incrémentales.
- Le montant visé au point (i) représente le bénéfice résiduel de Mayekawa Europe provenant des ventes incrémentales, c'est-à-dire le chiffre d'affaires total tiré des ventes de pleine concurrence effectuées aux distributeurs liés, duquel sont déduits ses coûts de production et la redevance due à Mayekawa Japan. Le montant visé au point (ii) est déterminé en effectuant une deuxième analyse des prix de transfert en utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant Mayekawa Europe comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» qui est tiré des ventes incrémentales est évalué à une marge bénéficiaire nette avant impôt de [2-2,5] % ⁽¹⁴⁾.
- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe pour les années 2013 à 2017, la décision anticipée convient que les «*bénéfices excédentaires*» annuels tirés des activités incrémentales qui peuvent être exonérés s'élèvent à [60-80] % du NPBT réel de Mayekawa Europe attribuable aux activités incrémentales exercées en tant qu'entrepreneur central pendant ces années ⁽¹⁵⁾.
- (13) La décision anticipée justifie l'exonération des «*bénéfices excédentaires*» pour les activités incrémentales en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ⁽¹⁶⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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 ⁽¹⁷⁾.
- (14) La décision anticipée déclare que Mayekawa Europe est autorisée à exonérer un montant équivalant à [60-80] % de son NPBT annuel attribuable aux activités incrémentales en tant qu'entrepreneur central de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans à compter de l'exercice comptable clôturé le 31 décembre 2013, avec la possibilité d'une nouvelle prolongation de cinq ans. Ce pourcentage sera révisé en 2015 sur la base des données réelles et des nouveaux budgets ⁽¹⁸⁾.

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

- (15) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (16) 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 bénéfices. 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*.

⁽¹²⁾ Les bénéfices incrémentaux (provenant des ventes incrémentales) se définissent comme les bénéfices comptables totaux (prévisionnels) de Mayekawa Europe en tant qu'entrepreneur central, dont sont déduits les bénéfices totaux (prévisionnels) découlant de ses ventes directes minorés d'une rémunération de routine en tant que fabricant sous-traitant sur les ventes incrémentales. Les deux premiers se fondent sur des estimations/budgets. Pour déterminer la rémunération de routine en tant que fabricant sous-traitant, la décision anticipée applique la méthode du coût majoré, en vertu de laquelle une marge de [4-4,5] % est considérée comme de pleine concurrence. Voir décision anticipée, points 104 et 106 à 108.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, points 123, 126 et 127.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, points 127 et 110 à 113.

⁽¹⁵⁾ Aux fins du calcul du bénéfice de Mayekawa Europe attribuable aux activités en tant qu'«entrepreneur central», le bénéfice de pleine concurrence attribuable aux activités de production de Mayekawa Europe, fixé à l'aide de la méthode du coût majoré [voir le considérant (9)], semble déduit de son bénéfice global.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, point 131.

⁽¹⁷⁾ Décision anticipée, points 132, 133 et 134.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, points 139, 148 et 149.

- (17) 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^{er}, 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.
- (18) 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

- (19) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽¹⁹⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (20) 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»).
- (21) 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.
- (22) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2^o, 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.

⁽¹⁹⁾ 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. 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

- (23) 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⁽²⁰⁾. 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»⁽²¹⁾. 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»⁽²²⁾. 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⁽²³⁾. 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.
- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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⁽²⁴⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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)⁽²⁵⁾ 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»

- (29) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005⁽²⁶⁾, 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.

⁽²⁰⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²¹⁾ 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.»

⁽²²⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²³⁾ 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.»

⁽²⁴⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽²⁵⁾ 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.»

⁽²⁶⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

- (30) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale⁽²⁷⁾ 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.
- (31) 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.
- (32) 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⁽²⁸⁾. 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

- (33) 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⁽²⁹⁾.
- (34) 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.»

- (35) 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.
- (36) 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⁽³⁰⁾. 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.

⁽²⁷⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mercredi 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽²⁸⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mardi 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁹⁾ 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.

⁽³⁰⁾ Voir la note de bas de page n° 19.

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

- (37) 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») ⁽³¹⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (38) 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.
- (39) 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 ⁽³²⁾. 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 ⁽³³⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (40) 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.
- (41) 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 ⁽³⁴⁾. 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.
- (42) 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.»

⁽³¹⁾ 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»).

⁽³²⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³³⁾ 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.

⁽³⁴⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (43) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 ⁽³⁵⁾ 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 ⁽³⁶⁾. 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 ⁽³⁷⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (44) 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.
- (45) 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 résident 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 ⁽³⁸⁾.
 - 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 ⁽³⁹⁾. 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 ⁽⁴⁰⁾. 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.
- (46) 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 ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁵⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁶⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁸⁾ 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».

⁽³⁹⁾ 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.»

⁽⁴⁰⁾ 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.

⁽⁴¹⁾ 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.»

- (47) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert décrivent la méthode du prix comparable sur le marché libre comme une méthode «directe» de fixation des prix de transfert ⁽⁴²⁾. Cette méthode compare le prix et les autres conditions convenues pour le transfert de biens ou de services dans le cadre d'une transaction intragroupe au prix et aux autres conditions convenues pour le transfert de biens ou de services dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre (c'est-à-dire des transactions entre entreprises non liées), effectuées dans des circonstances comparables ⁽⁴³⁾.
- (48) 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 ⁽⁴⁴⁾.
- (49) 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 ⁽⁴⁵⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴⁶⁾, 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.
- (50) 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) ⁽⁴⁷⁾. 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.

⁽⁴²⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphe 2.7: «Lorsqu'il est possible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, la méthode du prix comparable sur le marché libre constitue le moyen le plus direct et le plus fiable pour appliquer le principe de pleine concurrence. En conséquence, cette méthode doit être, dans ce cas, préférée à toute autre.» Voir également les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010, paragraphe 2.14, et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 2.15.

⁽⁴³⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphe 2.7: «Conformément aux principes exposés au chapitre I, une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée (c'est-à-dire c'est une transaction comparable sur le marché libre) pour l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre si l'une des deux conditions suivantes est remplie a) aucune différence (s'il en existe) entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix du marché libre; ou b) des ajustements suffisamment fiables peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences.» Voir également les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010, paragraphe 2.14, et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 2.15.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

3. POSITION DE LA BELGIQUE

- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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.
- (55) 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

- (56) 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 ⁽⁴⁸⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (57) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Mayekawa Europe, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses 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.
- (58) 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 ⁽⁴⁹⁾. La décision anticipée a permis à Mayekawa Europe d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 de Mayekawa Europe 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

4.3. Affectation des échanges entre États membres

- (59) 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, Mayekawa Europe fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. En Europe, Mayekawa Europe est chargée de la R&D, de la production et de l'ingénierie, des ventes et de la distribution. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de Mayekawa Europe est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union⁽⁵⁰⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (60) 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⁽⁵¹⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Mayekawa Europe de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Mayekawa Europe d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence⁽⁵²⁾; 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

- (61) 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⁽⁵³⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Mayekawa Europe parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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

- (62) 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⁽⁵⁴⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁵⁵⁾. 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⁽⁵⁶⁾.
- (63) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Mayekawa Europe en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par décrire la fixation des prix des transactions intragroupe correspondant aux activités incrémentales conclues entre Mayekawa Europe et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe. Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde sur la MTMN en ce qui concerne les entités de distribution liées, a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine qui équivaut à une marge d'exploitation, tandis que le bénéfice résiduel généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à Mayekawa Europe. Le bénéfice résiduel, duquel une redevance de licence versée à Mayekawa Japan est déduite, est ensuite enregistré dans les comptes annuels de Mayekawa Europe et fournit la base du calcul de son NPBT pour les activités incrémentales.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵⁵⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵⁶⁾ 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, Ministero de Defensa et Navantia, EU:C:2014:2262, points 21 à 31.

- (64) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2017, Mayekawa Europe a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT tiré des activités incrémentales de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Mayekawa Europe n'a été autorisée 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 de Mayekawa Europe, 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 Mayekawa Europe, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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*

- (65) 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 Mayekawa Europe 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁵⁷⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁵⁸⁾.
- (66) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (67) 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^{er}, 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 Mayekawa Europe un avantage sous forme de réduction de sa 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 de Mayekawa Europe par rapport à des entreprises comparables*

- (68) 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⁽⁵⁹⁾. 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⁽⁶⁰⁾. 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 de Mayekawa Europe par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (69) 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 de Mayekawa Europe par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (70) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de Mayekawa Europe 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».

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁹⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁶⁰⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

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*

- (71) 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⁽⁶¹⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁶²⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (72) 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)⁽⁶³⁾.
- (73) Les mesures contestées permettent à Mayekawa Europe d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (74) 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 (17), 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»*⁽⁶⁴⁾.
- (75) 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).

⁽⁶¹⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶²⁾ 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.

⁽⁶³⁾ Voir l'affaire C-374/17, A Braueri, 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.

⁽⁶⁴⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

- (76) 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 ⁽⁶⁵⁾.
- (77) Ainsi qu'il ressort du considérant (19), 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 Mayekawa Europe) 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.
- (78) Aux considérants (79) à (94), 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 Mayekawa Europe 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 de Mayekawa Europe, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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*
- (79) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Mayekawa Europe ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (80) A l'inverse, le point 134 de la décision anticipée s'appuie 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 Mayekawa Europe.
- (81) 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.
- (82) Étant donné que la décision anticipée autorise Mayekawa Europe à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de Mayekawa Europe pour parvenir à son 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 Mayekawa Europe et des contreparties associées étrangères*
- (83) 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 de Mayekawa Europe, 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 Mayekawa Europe et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.

⁽⁶⁵⁾ 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. [...] A 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.»

- (84) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par décrire et valider implicitement le caractère de pleine concurrence de la fixation des prix des transactions intragroupe de Mayekawa Europe avec d'autres sociétés du Groupe. Pour ce faire, elle inclut une analyse des prix de transfert s'appuyant sur la MTMN, les autres sociétés du Groupe étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions. Cette analyse — qui ne relève pas de l'objet de la présente décision — permet de déterminer une rémunération «de routine» de pleine concurrence pour ces sociétés. La conséquence logique de l'application de la MTMN aux autres sociétés du Groupe dans cette analyse est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, c'est-à-dire le bénéfice incrémental, revient à Mayekawa Europe et, après déduction de la redevance de licence versée à Mayekawa Japan, est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (85) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN a été choisie pour fixer le prix des transactions intragroupe de Mayekawa Europe et que la décision anticipée accepte cette méthode, de même que la désignation de cette entité comme «entrepreneur central», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.
- (86) Néanmoins, la décision anticipée soutient qu'en raison de «la structure d'entrepreneur central»⁽⁶⁶⁾ mise en place par le Groupe, Mayekawa Europe, en tant qu'«entrepreneur central», générera des «bénéfices comptables excédentaires» sous la forme de synergies et d'économies d'échelle⁽⁶⁷⁾. Selon la décision anticipée, l'article 185, paragraphe 2, du CIR «habilite l'administration fiscale belge à ajuster de façon unilatérale, à la hausse ou à la baisse, les bénéfices d'une société ou d'un établissement belge sur la base du principe de pleine concurrence.»⁽⁶⁸⁾ La décision anticipée soutient également que l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR «fournit une base juridique pour l'octroi d'une correction fiscale unilatérale du bénéfice qu'une entreprise belge n'aurait pas généré si elle n'avait pas participé aux relations commerciales d'entreprises associées. Cette disposition fiscale permet effectivement à l'administration fiscale belge d'accorder une décision anticipée autorisant des entreprises belges à exonérer de leur revenu imposable le bénéfice qu'une entreprise (ou un établissement stable) belge n'aurait pas obtenu si elle avait été une entreprise indépendante ne faisant pas partie d'un groupe international.»⁽⁶⁹⁾ La décision anticipée indique ensuite ce qui suit: «La disposition fiscale est motivée par le fait que si l'entreprise belge était une entreprise indépendante, sa structure de coûts serait en principe différente et son bénéfice aurait pu être moins élevé. Il est également possible que l'entreprise belge, en tant que membre d'un groupe multinational, ait tiré un avantage direct ou indirect d'actifs incorporels qui n'aurait pas existé dans une situation mettant en présence une entreprise indépendante. Les «bénéfices excédentaires» peuvent s'obtenir grâce au recours à des synergies de groupe. [...]»⁽⁷⁰⁾ Enfin, la décision anticipée soutient que «[s]ur la base du principe de pleine concurrence reconnu à l'échelle internationale, une différence de bénéfice par rapport à une entreprise indépendante ne peut pas être attribuée à une entreprise belge.»⁽⁷¹⁾
- (87) Selon la décision anticipée, les «bénéfices excédentaires» doivent être déterminés comme la différence entre: i) le NPBT réel que Mayekawa Europe, en tant qu'«entrepreneur central», devrait générer suivant l'approche fondée sur les bénéfices résiduels décrite au considérant (84); et ii) le NPBT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient⁽⁷²⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN une deuxième fois, mais cette fois avec Mayekawa Europe comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (88) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision

⁽⁶⁶⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur central». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶⁷⁾ Décision anticipée, point 125.

⁽⁶⁸⁾ Décision anticipée, point 117.

⁽⁶⁹⁾ Décision anticipée, point 120.

⁽⁷⁰⁾ Décision anticipée, point 121.

⁽⁷¹⁾ Décision anticipée, point 122.

⁽⁷²⁾ Décision anticipée, point 123.

anticipée semble 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 ⁽⁷³⁾. 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.

- (89) 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 ⁽⁷⁴⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de Mayekawa Europe, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (90) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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 ⁽⁷⁵⁾. 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 ⁽⁷⁶⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices tirés de 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷⁷⁾.
- (91) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe ⁽⁷⁸⁾, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par Mayekawa Europe, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (92) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée ⁽⁷⁹⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande en aucun cas que le bénéfice de pleine concurrence d'une entité d'un groupe multinational exclue de la

⁽⁷³⁾ 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. [...]».

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁷⁶⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁷⁾ 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.

⁽⁷⁸⁾ Par exemple, la décision anticipée n'indique pas quelles dépenses seraient réduites, ni quelles économies de coûts pourraient être générées, pas plus qu'elle n'indique comment les revenus seraient augmentés.

⁽⁷⁹⁾ Décision anticipée, point 131.

base imposable d'une société du groupe les bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés⁽⁸⁰⁾.

(93) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à Mayekawa Europe. Plus spécifiquement, la décision anticipée précise que la réorganisation est censée centraliser toutes les fonctions stratégiques liées aux activités européennes du Groupe au sein de Mayekawa Europe, qui donnera une impulsion forte et déterminante à la gestion de ces fonctions⁽⁸¹⁾. Cela indique que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions de Mayekawa Europe en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.

(94) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (82), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de Mayekawa Europe pour parvenir à son 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 de Mayekawa Europe entraîne une discrimination entre entreprises comparables.

(95) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (65) 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⁽⁸²⁾.

(96) Au considérant (73), 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 (74), 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.

(97) Aux considérants (79) à (94), 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 de Mayekawa Europe, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Mayekawa Europe une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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

(98) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (67) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Mayekawa Europe 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (88).

(99) En effet, en permettant à Mayekawa Europe d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».

⁽⁸⁰⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (90)].

⁽⁸¹⁾ Décision anticipée, point 47.

⁽⁸²⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

- (100) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Mayekawa Europe 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»⁽⁸³⁾. 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.
- (101) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Mayekawa Europe 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.
- (102) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Mayekawa Europe 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 de Mayekawa Europe à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (85). 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.
- (103) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Mayekawa Europe 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (104) 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⁽⁸⁴⁾. 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⁽⁸⁵⁾.
- (105) 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 de Mayekawa Europe, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁵⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

- (106) 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⁽⁸⁶⁾. 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.
- (107) Premièrement, comme expliqué aux considérants (79) à (82), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de Mayekawa Europe 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (108) 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 (83) à (94), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Mayekawa Europe et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (109) 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.
- (110) 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

- (111) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Mayekawa Europe sous la forme d'une exonération fiscale.
- (112) 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»⁽⁸⁷⁾. 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⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

- (113) En l'espèce, Mayekawa Europe fait partie du Groupe. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure d'«entrepreneur central», avec Mayekawa Europe en tant qu'«entrepreneur central», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (114) 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⁽⁸⁹⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe Mayekawa, en plus de Mayekawa Europe, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (115) 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)⁽⁹⁰⁾. 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)⁽⁹¹⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (116) 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

- (117) 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⁽⁹²⁾, 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⁽⁹³⁾. 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⁽⁹⁴⁾.
- (118) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Mayekawa Europe 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.
- (119) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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⁽⁹⁵⁾.

⁽⁸⁹⁾ 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 [...]».

⁽⁹⁰⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹¹⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

⁽⁹⁵⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Mayekawa Europe NV par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de Mayekawa Europe NV relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de Mayekawa Europe NV pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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") ⁽¹⁾. 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. Mayekawa Europe NV ("Mayekawa Europe") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigten in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Mayekawa Europe 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") ⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Mayekawa Europe is 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. Begunstigten van de omstreden maatregelen

- (5) Mayekawa Europe is gevestigd in Zaventem, België, en maakt deel uit van de Mayekawa Group ("de Groep"), een internationale leider in de vervaardiging van industriële koeling, voedselverwerking, robotica en automatiseringssystemen. De Groep is actief in meer dan zestig landen en realiseerde ten tijde van de ruling een wereldwijde jaaromzet van ongeveer 1 miljard EUR. Mayekawa Intertech AG ("MIAG") is het in Zwitserland gevestigde Europese hoofdkantoor van de Groep en heeft 13 voltijdse werknemers in dienst.
- (6) In België telt Mayekawa Europe 86 voltijdse werknemers. De kernactiviteit is de productie, assemblage en verkoop van industriële koelcompressoren. Daarnaast is Mayekawa Europe ook actief als lokale verkoop- en distributie-entiteit voor de Benelux-markt, met inbegrip van de dienst na verkoop ⁽³⁾.

2.2. De omstreden maatregelen

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

— Op 1 april 2014 heeft Mayekawa Europe een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die een periode van vijf jaar (van 1 januari 2013 tot en met 31 december 2017) bestrijkt ("de ruling") ⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat Mayekawa Europe [60-80] % van haar nettowinst vóór belastingen (Net Profit Before Taxes, afgekort NPBT) uit hoofde van haar functie als "central entrepreneur" kon vrijstellen van vennootschapsbelasting in België als "overwinst" op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92").

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2014.091 van 1 april 2014, gericht aan Mayekawa Europe.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) In de ruling wordt het plan van de Groep beschreven om haar activiteiten in Europa te reorganiseren door in België Mayekawa Europe op te richten als “central entrepreneur” en door de functies van het Europese hoofdkantoor over te hevelen van MIAG naar België. Mayekawa Europe zal dan ook optreden als centrale entiteit die verantwoordelijk is voor het centrale beheer van de Groep in Europa. Mayekawa Europe zal een strategische functie uitoefenen met een grote betrokkenheid in de drie belangrijkste “value drivers” van de Europese activiteiten van de Groep: i) onderzoek en ontwikkeling (“O&O”); ii) productie en engineering, en iii) distributie. Wat O&O betreft, worden de belangrijkste O&O-functies en het creëren van intellectuele eigendom weliswaar verricht door de uiteindelijke moederonderneming Mayekawa Japan, maar zal Mayekawa Europe verantwoordelijk zijn voor de selectie van regionale O&O-projecten, de daarmee verband houdende beslissingen en de coördinatie, de monitoring en de evaluatie van O&O-diensten alsook voor de uitvoering van regiospecifieke O&O-activiteiten. Mayekawa Europe zal in dit verband gebruik maken van de intellectuele eigendom van Mayekawa Japan om voor de Europese markt producten samen te stellen en op maat te maken. Voor dit gebruik zal Mayekawa Europe een licentievergoeding van [1-1,5] % betalen. Wat productie en engineering betreft, zal Mayekawa Europe de enige productie-entiteit voor de Europese markt zijn en zal zij haar huidige productiecapaciteit verdubbelen. Wat distributie betreft, zal Mayekawa Europe optreden als een “master distributor”, die verantwoordelijk zal zijn voor het toezicht op de pan-Europese verkoop- en distributieactiviteiten van de Groep. Mayekawa Europe zal ook verantwoordelijk zijn voor de distributieactiviteiten in landen waar er geen dochterondernemingen actief zijn. Mayekawa Europe zal de Europese verkoop-, marketing- en distributiestrategie bepalen en zal ook de uitvoering van de lokale verkoop- en distributiestrategie ondersteunen en monitoren ⁽⁵⁾.

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

- (9) De ruling beschrijft de beprijzing van intragroepstransacties tussen Mayekawa Europe en de distributie-entiteiten van de Groep in het “central entrepreneur”-model, alsook de beprijzing van de intellectuele eigendom die door Mayekawa Japan in licentie wordt gegeven aan Mayekawa Europe ⁽⁶⁾. In de ruling wordt met name het volgende beschreven:
- het feit dat Mayekawa Europe in het “central entrepreneur”-model de belangrijkste functies op zich neemt en de meeste risico's draagt, terwijl de distributie-entiteiten van de Groep routinefuncties uitoefenen ten behoeve van Mayekawa Europe;
 - het gebruik van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) voor de vergoeding van de transacties tussen Mayekawa Europe en de distributie-entiteiten, waarbij die entiteiten voor de toepassing van de TNMM worden beschouwd als de “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe partij. De resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie waarin wordt aangegeven dat een vergoeding van de distributie-entiteiten zakelijk wordt geacht indien een operationele marge van [1,5-2] % wordt gemaakt door de distributie-entiteiten (d.w.z. hun operationele winst zou gelijk moeten zijn aan [1,5-2] % van de omzet/inkomsten);
 - het feit dat Mayekawa Europe een royalty van [1-1,5] % zal betalen op het totaal van de kosten van de verkochte goederen plus de operationele uitgaven voor het gebruik van de aan Mayekawa Japan toebehorende intellectuele eigendom voor de productie van de goederen. In de ruling wordt opgemerkt dat het tarief van [1-1,5] % door de Japanse belastingautoriteiten werd opgelegd en door Mayekawa Europe werd gecontroleerd aan de hand van een sanity check waarbij de comparable uncontrolled price-methode (“CUP”) werd toegepast ⁽⁷⁾.
- (10) In de ruling wordt gesteld dat de invoering van het “central entrepreneur”-model zal leiden tot een meer efficiënte organisatiestructuur, waardoor de operationele marge voor de Europese activiteiten van de Groep naar verwachting zal stijgen van [5-10] % naar [10-15] % ⁽⁸⁾. Daarnaast wordt in de ruling gesteld dat de centralisatie van functies zal leiden tot synergieën op het niveau van Mayekawa Europe, met name synergieën die reeds bestaan in MIAG en worden overgeheveld naar Mayekawa Europe, bijkomende synergieën door de omzetting van distributeurs in distributeurs met een beperkt risico en synergieën door het beperken van inefficiënties ⁽⁹⁾. Vervolgens wordt het volgende aangevoerd: “[a]lle groepsvennootschappen, inclusief de entrepreneur, moeten een arm's length vergoeding ontvangen conform hun functie en risicoprofiel.” ⁽¹⁰⁾ De ruling vervolgt dat in deze zaak “[d]e toewijzing van eventuele additionele winsten voortvloeiend uit de synergie- en schaalvoordelen aan de Belgische entrepreneur, Mayekawa Europe NV, zal resulteren in excessieve boekhoudkundige winsten in haar hoofde” ⁽¹¹⁾.

⁽⁵⁾ Ruling, paragrafen 58 tot en met 64.

⁽⁶⁾ Ruling, paragrafen 84 tot en met 97.

⁽⁷⁾ In de ruling wordt verduidelijkt dat, bij gebrek aan vergelijkbare interne overeenkomsten, in de verrekenprijsstudie vergelijkbare externe overeenkomsten worden gebruikt om het tarief te controleren. Met behulp van de RoyaltyStat database heeft de Groep aangetoond dat een royaltytarief van [1-1,5] % zakelijk wordt geacht.

⁽⁸⁾ Ruling, paragrafen 46 en 48.

⁽⁹⁾ Ruling, paragraaf 65.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragraaf 125.

⁽¹¹⁾ Ibid.

- (11) In de ruling wordt vervolgens gesteld dat de bovengenoemde “excessieve boekhoudkundige winsten”, d.w.z. de winsten die kunnen worden toegerekend aan synergie-effecten en schaalvoordelen, kunnen worden vastgesteld als het deel van de incrementele winst ⁽¹²⁾ van Mayekawa Europe, dat gelijk is aan het verschil tussen ⁽¹³⁾:

- (i) de totale incrementele winst die Mayekawa Europe zal genereren en in haar jaarrekening zal opnemen op basis van de incrementele verkopen als “central entrepreneur”, en
- (ii) een zogenaamde “zuivere” zakelijke winst voor de “central entrepreneur”-functies van Mayekawa Europe met betrekking tot die incrementele verkopen.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de residuele winst van Mayekawa Europe uit de incrementele verkopen, d.w.z. de totale omzet uit zakelijke verkopen aan verbonden distributeurs, waarvan de productiekosten en de aan Mayekawa Japan verschuldigde royalty worden afgetrokken. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een tweede verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, maar deze keer met Mayekawa Europe als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan haar vermeende “aangepaste” zakelijke winst uit incrementele verkopen wordt gebenchmarkt op een NPBT-marge van [2-2,5] % ⁽¹⁴⁾.

- (12) Op basis van de gebudgetteerde cijfers voor de Groep voor de jaren 2013 tot en met 2017 wordt er in de ruling mee ingestemd dat de jaarlijkse “overwinst” uit de incrementele activiteiten die kan worden vrijgesteld [60-80] % bedraagt van de werkelijke NPBT van Mayekawa Europe die kan worden toegerekend aan de incrementele activiteiten als central entrepreneur in die jaren ⁽¹⁵⁾.
- (13) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van “overwinst” uit de incrementele activiteiten door te verwijzen naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 ⁽¹⁶⁾. In de ruling wordt vervolgens verwezen naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 “excessieve winst” in de winst moet worden opgenomen ⁽¹⁷⁾.
- (14) In de ruling wordt verklaard dat Mayekawa Europe een bedrag gelijk aan [60-80] % van haar jaarlijkse NPBT die kan worden toegerekend aan de incrementele activiteiten als central entrepreneur vanaf het boekjaar dat afsluit op 31 december 2013 voor een periode van vijf jaar in België mag vrijstellen van vennootschapsbelasting, met de mogelijkheid van verlenging voor een additionele periode van vijf jaar. Het percentage zal in 2015 worden geëvalueerd op basis van de werkelijke cijfers en nieuwe budgetten ⁽¹⁸⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (15) 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).
- (16) 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”.
- (17) 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.

⁽¹²⁾ Incrementele winst (uit incrementele verkopen) wordt gedefinieerd als de (gebudgetteerde) totale boekhoudkundige winst van Mayekawa Europe als central entrepreneur, minus de (gebudgetteerde) totale winst uit de directe verkoop minus een routinevergoeding als contract manufacturer op de incrementele verkopen. De eerste twee bedragen zijn gebaseerd op ramingen/budgetten. Voor de vaststelling van de routinevergoeding als contract manufacturer wordt in de ruling de cost plus-methode toegepast, waarbij een winstonslag van [4-4,5] % zakelijk wordt geacht. Zie ruling, paragrafen 104, 106, 107 en 108.

⁽¹³⁾ Ruling, paragrafen 123, 126 en 127.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragrafen 127 en 110 tot en met 113.

⁽¹⁵⁾ Voor de vaststelling van de winst van Mayekawa Europe die kan worden toegerekend aan de “activiteiten als central entrepreneur”, lijkt het dat de zakelijke winst die kan worden toegerekend aan de productieactiviteiten van Mayekawa Europe en die is vastgesteld met gebruikmaking van de cost plus-methode (zie punt (9)), in mindering is gebracht op haar totale winst.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragraaf 131.

⁽¹⁷⁾ Ruling, paragrafen 132, 133 en 134.

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragrafen 139, 148 en 149.

- (18) 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*

- (19) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽¹⁹⁾ 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.”

- (20) 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”).
- (21) 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.
- (22) 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-ingezeten vennootschappen.

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

- (23) 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 ⁽²⁰⁾. 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” ⁽²¹⁾. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat “[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[s]luit bij de internationaal aanvaarde norm” ⁽²²⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving,

⁽¹⁹⁾ 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

⁽²⁰⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²¹⁾ 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.”

⁽²²⁾ 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 ⁽²³⁾. 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.

- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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 ⁽²⁴⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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 ⁽²⁵⁾ 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”

- (29) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005 ⁽²⁶⁾ 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.
- (30) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking ⁽²⁷⁾ 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) verrekenprijs-

⁽²³⁾ 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.”

⁽²⁴⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽²⁵⁾ 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)]

⁽²⁶⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁷⁾ 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.

- (31) 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.
- (32) 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⁽²⁸⁾. 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

- (33) 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⁽²⁹⁾.
- (34) 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.”

- (35) 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.
- (36) 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⁽³⁰⁾. 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

- (37) 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⁽³¹⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.

⁽²⁸⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁹⁾ 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.

⁽³⁰⁾ Zie voetnoot 19.

⁽³¹⁾ 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”).

- (38) 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.
- (39) 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⁽³²⁾. 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⁽³³⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁴⁾. 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.
- (42) 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)]

⁽³²⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³³⁾ 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.

⁽³⁴⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

- (43) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽³⁵⁾ 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 ⁽³⁶⁾. Als er van doelbewuste 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 ⁽³⁷⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (44) 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.
- (45) 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 ingezeten 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 ⁽³⁸⁾.
 - 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽³⁹⁾. 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 ⁽⁴⁰⁾. 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.

⁽³⁵⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁶⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁸⁾ 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)]

⁽³⁹⁾ 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)]

⁽⁴⁰⁾ 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.

- (46) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen: i) de CUP-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 traditionele transactie-methoden (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 ⁽⁴¹⁾.
- (47) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen wijzen de CUP-methode aan als een “directe” verrekenprijsmethode ⁽⁴²⁾. Bij die methode wordt een vergelijking gemaakt van de prijs en de andere voorwaarden die voor de overdracht van goederen of diensten in een intragroeptransactie zijn overeengekomen, met de prijs en de andere voorwaarden die voor de overdracht van goederen of diensten zijn overeengekomen in vergelijkbare vrijemarkttransacties (d.w.z. transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen) die onder vergelijkbare omstandigheden zijn uitgevoerd ⁽⁴³⁾.
- (48) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴⁴⁾.
- (49) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn bij de onderzochte verbonden transactie. De keuze van de minst complexe entiteit wordt bepaald op basis van een “functionele analyse”,

⁽⁴¹⁾ 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)]

⁽⁴²⁾ OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragraaf 2.7: “Where it is possible to locate comparable uncontrolled transactions, the CUP Method is the most direct and reliable way to apply the arm's length principle. Consequently, in such cases the CUP Method is preferable over all other methods.” [“Wanneer het mogelijk is vergelijkbare vrijemarkttransacties te lokaliseren, is de CUP-methode de meest directe en betrouwbare wijze om het zakelijkheidsbeginsel toe te passen. In dergelijke gevallen geniet de CUP-methode bijgevolg de voorkeur boven alle andere methoden.” (vertaling Commissie)] Zie ook de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.14, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 2.15.

⁽⁴³⁾ OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragraaf 2.7: “Following the principles in Chapter I, an uncontrolled transaction is comparable to a controlled transaction (i.e. it is a comparable uncontrolled transaction) for purposes of the CUP method if one of two conditions is met: a) none of the differences (if any) between the transactions being compared or between the enterprises undertaking those transactions could materially affect the price in the open market; or, b) reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences.” [“Volgens de beginselen in hoofdstuk I is een vrijemarkttransactie met het oog op de CUP-methode vergelijkbaar met een verbonden transactie (d.w.z. het is een vergelijkbare vrijemarkttransactie) als aan een van de twee volgende voorwaarden is voldaan: a) geen van de verschillen (als die er al zijn) tussen de vergeleken transacties of tussen de ondernemingen die deze transacties verrichten, kan de prijs in de open markt wezenlijk beïnvloeden; of b) er kunnen redelijk precieze correcties worden verricht om de wezenlijke effecten van die verschillen te elimineren.” (vertaling Commissie)] Zie ook de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.14, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 2.15.

⁽⁴⁴⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

d.w.z. een analyse van de functies die de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's⁽⁴⁵⁾. Indien een vennootschap "routinefuncties" uitoefent⁽⁴⁶⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.

- (50) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij)⁽⁴⁷⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (51) 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.
- (52) 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 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.
- (53) 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.
- (54) België voert voorts aan dat artikel 185, paragraaf 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 probleem van "prijsccontinuüm" inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de "zuivere zakelijke winst" van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (55) 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?

- (56) 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

⁽⁴⁵⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: "An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties." (vertaling Commissie)] Die analyse "seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions" ["is erop gericht 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.

⁽⁴⁶⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term "routine" niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk "voor benchmarking in aanmerking komende" functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁷⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

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 ⁽⁴⁸⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (57) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft Mayekawa Europe zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar 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.
- (58) 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 ⁽⁴⁹⁾. Dankzij de ruling mocht Mayekawa Europe een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar 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 Mayekawa Europe. 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

- (59) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Mayekawa Europe deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Binnen Europa is Mayekawa Europe verantwoordelijk voor O&O, productie & engineering en verkoop & distributie. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Mayekawa Europe het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden ⁽⁵⁰⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (60) 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 ⁽⁵¹⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Mayekawa Europe ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Mayekawa Europe bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst ⁽⁵²⁾, 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ 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, Rousse 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.

4.5. Selectief voordeel

- (61) 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⁽⁵³⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (62) 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⁽⁵⁴⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵⁵⁾. 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⁽⁵⁶⁾.
- (63) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het beschrijven van de beprijzing van intragroepstransacties voor de incrementele activiteiten tussen Mayekawa Europe en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep. Die verrekenprijsexercitie, die voor de gelieerde distributie-entiteiten is gebaseerd op de TNMM, leidt ertoe dat die tegenpartijen een vergoeding voor hun zogenoemde routinefuncties wordt toegekend die gelijk is aan een operationele marge, terwijl de residuele winst van de bovengenoemde intragroepstransacties aan Mayekawa Europe wordt toegewezen. Die residuele winst, waarop een aan Mayekawa Japan betaalde licentievergoeding in mindering wordt gebracht, wordt vervolgens opgenomen in de jaarrekening van Mayekawa Europe en vormt de basis voor de vaststelling van haar NPBT voor de incrementele activiteiten.
- (64) Door de omstreden maatregelen mocht Mayekawa Europe een deel van haar NPBT uit incrementele activiteiten als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2013 tot en met 31 december 2017. Mayekawa Europe mocht 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 Mayekawa Europe in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (65) 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 Mayekawa Europe 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”⁽⁵⁷⁾. 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”⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ Ibid.

- (66) 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.
- (67) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 Mayekawa Europe 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. *Subsidiare voorlopige vaststellingen van selectiviteit: de omstreden maatregelen bevoordelen Mayekawa Europe ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (68) 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⁽⁵⁹⁾. 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⁽⁶⁰⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (69) 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 Mayekawa Europe bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Mayekawa Europe daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (70) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Mayekawa Europe 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*

- (71) 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 situaties bevinden, ongelijk behandelt⁽⁶¹⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst⁽⁶²⁾. 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.

⁽⁵⁹⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁶⁰⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

⁽⁶¹⁾ 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.

⁽⁶²⁾ 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.

- (72) 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) ⁽⁶³⁾.
- (73) Door de omstreden maatregelen mag Mayekawa Europe een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.
- (74) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (17), 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 ⁽⁶⁴⁾.
- (75) 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.
- (76) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶⁵⁾.
- (77) Zoals volgt uit punt (19), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Mayekawa Europe) en een buitenlandse verbonden tegenpartij, alleen kan worden aangepast indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan:

⁽⁶³⁾ 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.

⁽⁶⁴⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

⁽⁶⁵⁾ 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.”

- (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.
- (78) In de punten (79) tot en met (94) 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 Mayekawa Europe is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Mayekawa Europe, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (79) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Mayekawa Europe wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (80) In paragraaf 134 van de ruling 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 Mayekawa Europe.
- (81) 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.
- (82) Aangezien de ruling Mayekawa toestaat een deel van haar geboekte winst 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 Mayekawa Europe om tot haar 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 Mayekawa Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (83) 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 Mayekawa Europe, 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 Mayekawa Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (84) Zoals uitgelegd in punt (9) begint de ruling met het beschrijven en impliciet valideren van de zakelijke aard van de beprijzing van intragroepstransacties van Mayekawa Europe met andere vennootschappen van de Groep. Dit gebeurt door het verrichten van een verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, met de andere vennootschappen van de Groep als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties. Het resultaat van die analyse — die niet het voorwerp van dit besluit vormt — is dat voor die vennootschappen een zakelijke “routine”-vergoeding wordt vastgesteld. Het logische gevolg van de toepassing van de TNMM in die analyse op de andere vennootschappen van de groep is, dat de residuele winst die overblijft uit die verbonden transacties, d.w.z. de incrementele winst, door Mayekawa Europe wordt behaald en, na aftrek van de aan Mayekawa Japan betaalde licentievergoeding, in haar jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (85) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de achterliggende gedachte van de toepassing van de TNMM op zich, maar ook vanuit economisch perspectief. De meest complexe entiteit heeft op grond van haar niet-routinematige (d. w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het residuele rendement van die transacties, maar draagt ook het risico van een verlies ingeval de onderzochte gecombineerde transacties geen commercieel rendement genereren. Het

begrip “residuele winst” is transactiespecifiek en verwijst naar de onderzochte specifieke verbonden transacties die winst genereren. De residuele winst is de winst die voortkomt uit een reeks gecombineerde transacties die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) door de toepassing van de TNMM voor haar routinefuncties is vergoed. Aangezien de TNMM is gekozen om de intragroepstransacties van Mayekawa Europe te beprijzen en aangezien de ruling die methode aanvaardt en aanvaardt dat die entiteit als “central entrepreneur” wordt aangewezen, is bijgevolg de residuele winst uit die transacties haar zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in haar jaarrekening opgenomen.

- (86) Niettemin wordt in de ruling de redenering gevolgd dat vanwege het “central entrepreneur”-model⁽⁶⁶⁾ dat door de Groep wordt ingevoerd, Mayekawa Europe, als “central entrepreneur”, “excessieve boekhoudkundige winsten” zal genereren in de vorm van synergie-effecten en schaalvoordelen⁽⁶⁷⁾. In de ruling wordt aangevoerd dat artikel 185, paragraaf 2, WIB 92 “de Belgische belastingadministratie [machtigt] om de winsten van een Belgische vennootschap of inrichting op grond van het arm’s length principe eenzijdig opwaarts of neerwaarts aan te passen.”⁽⁶⁸⁾ In de ruling wordt voorts aangevoerd dat artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 “een rechtsgrond [levert] voor de toekenning van een eenzijdige fiscale correctie voor winsten die een Belgische vennootschap niet behaald zou kunnen hebben, had ze geen deel uitgemaakt van een multinationale onderneming. Ingevolge deze fiscale bepaling kan de Belgische belastingadministratie bijgevolg eenzijdig een voorafgaande beslissing toekennen zodat Belgische vennootschappen uit hun belastbare inkomsten de winsten mogen uitsluiten die niet door de Belgische vennootschap (of Belgische vestiging) behaald zouden zijn indien ze een onafhankelijke onderneming, en dus geen onderdeel van een internationale groep, geweest was.”⁽⁶⁹⁾ In de ruling wordt voorts het volgende gesteld: “[d]e redenering achter deze fiscale bepaling is dat, indien de Belgische vennootschap een onafhankelijke onderneming geweest was, haar kostenstructuur in principe verschillend geweest zou zijn en haar winst bijgevolg mogelijk lager geweest zou kunnen zijn. Bovendien is het mogelijk dat de Belgische vennootschap als onderdeel van een internationale groep rechtstreeks of onrechtstreeks voordeel haalt uit immateriële activa die in een situatie met een onafhankelijke onderneming niet beschikbaar zouden geweest zijn. ‘Excess profit’ of ‘overwinst’ kan worden behaald door gebruik te maken van groepssynergieën.”⁽⁷⁰⁾ In de ruling wordt tot slot gesteld dat “[o]p grond van het internationaal aanvaarde arm’s length-principe [...] een mogelijk winstverschil in vergelijking met een onafhankelijke onderneming niet toegerekend [mag] worden aan een Belgische entiteit.”⁽⁷¹⁾
- (87) In de ruling wordt aangevoerd dat de “overwinst” moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de werkelijke NPBT die Mayekawa Europe, als “central entrepreneur”, verwacht te behalen op grond van de residuele winstbenadering, zoals beschreven in punt (84); en ii) de NPBT die zij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel⁽⁷²⁾. Om de laatstgenoemde NPBT te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM een tweede keer toe, maar deze keer met Mayekawa Europe als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.
- (88) Anders dan in de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat in de ruling lijkt te worden aangevoerd, 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 intragroepstransacties (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

⁽⁶⁶⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “central entrepreneur” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁷⁾ Ruling, paragraaf 125.

⁽⁶⁸⁾ Ruling, paragraaf 117.

⁽⁶⁹⁾ Ruling, paragraaf 120.

⁽⁷⁰⁾ Ruling, paragraaf 121.

⁽⁷¹⁾ Ruling, paragraaf 122.

⁽⁷²⁾ Ruling, paragraaf 123.

onderwerp van, en hun aanwezigheid is een voorwaarde voor, de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel⁽⁷³⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.

- (89) 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 is beprijsd⁽⁷⁴⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Mayekawa Europe te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (90) Met betrekking tot het in de ruling aangevoerde argument dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa⁽⁷⁵⁾. 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⁽⁷⁶⁾; 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⁽⁷⁷⁾.
- (91) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten⁽⁷⁸⁾, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Mayekawa Europe gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan haar is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (92) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan⁽⁷⁹⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar

⁽⁷³⁾ 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)].

⁽⁷⁴⁾ 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.

⁽⁷⁵⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁶⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁷⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷⁸⁾ In de ruling wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke kosten zouden zijn verminderd noch welke kostenbesparingen zouden kunnen zijn verwezenlijkt en evenmin hoe inkomsten zouden zijn verhoogd.

⁽⁷⁹⁾ Ruling, paragraaf 131.

zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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 ⁽⁸⁰⁾.

- (93) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (*quod non*), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst aan Mayekawa Europe zou moeten worden toegerekend. Meer in het bijzonder wordt in de ruling verduidelijkt dat de reorganisatie tot doel heeft alle strategische functies die verband houden met de Europese activiteiten van de Groep te centraliseren in Mayekawa Europe, die sterk en actief de leiding zal nemen bij het beheer van die functies ⁽⁸¹⁾. Dit wijst erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van Mayekawa Europe in België en dus terecht in haar jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.
- (94) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (82), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Mayekawa Europe om tot haar 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 Mayekawa Europe leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen

- (95) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (65) 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 ⁽⁸²⁾.
- (96) In punt (73) 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 (74), 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.
- (97) De voorlopige conclusie van de punten (79) tot en met (94) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Mayekawa Europe, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Mayekawa Europe een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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

- (98) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (67) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (88) heeft betwist.
- (99) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Mayekawa Europe toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.

⁽⁸⁰⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (90)).

⁽⁸¹⁾ Ruling, paragraaf 47.

⁽⁸²⁾ 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.

- (100) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe 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⁽⁸³⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.
- (101) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (102) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe 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 Mayekawa Europe tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (85). 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.
- (103) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Mayekawa Europe 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (104) 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⁽⁸⁴⁾. 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⁽⁸⁵⁾.
- (105) 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 Mayekawa Europe, waardoor die onderneming 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.

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ 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.

⁽⁸⁵⁾ 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.

- (106) 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 ⁽⁸⁶⁾. 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.
- (107) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten (79) tot en met (82), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Mayekawa Europe 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 de verbonden buitenlandse entiteit. De ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.
- (108) 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 (83) tot en met (94), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Mayekawa Europe en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (109) 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.
- (110) 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 begunstigden van die steun

- (111) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Mayekawa Europe staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (112) 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.” ⁽⁸⁷⁾ 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 ⁽⁸⁸⁾.
- (113) In dit geval is Mayekawa Europe deel van de Groep. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om een “central entrepreneur”-model op te zetten, met Mayekawa Europe als “central entrepreneur”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.

⁽⁸⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ 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.

- (114) 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⁽⁸⁹⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Mayekawa-groep, naast Mayekawa Europe, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (115) 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)⁽⁹⁰⁾. 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)⁽⁹¹⁾. 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.
- (116) 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

- (117) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt⁽⁹²⁾, 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⁽⁹³⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁹⁴⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (118) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Mayekawa Europe en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (119) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁹⁵⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Mayekawa Europe NV is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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:

⁽⁸⁹⁾ 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 [...]”.

⁽⁹⁰⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹¹⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹²⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹³⁾ 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.

⁽⁹⁴⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

- de jaarrekeningen van Mayekawa Europe NV voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Mayekawa Europe NV over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- 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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.53999 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Tekelec****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/36)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2008 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Tekelec International S.P.R.L. (im Folgenden „Tekelec International“) für die Steuerjahre 2008 bis 2013 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Tekelec International für den Teil des Gewinns vor Zinsen und Steuern („EBIT“), den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge als „Gewinnüberschuss“ aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Tekelec International einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzlage des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass die Maßnahme Tekelec International einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Tekelec International im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Tekelec International durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Tekelec International gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Tekelec International bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahme erstellten jährlichen Steuererklärungen von Tekelec International akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Tekelec International S.P.R.L. und der Tekelec-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Tekelec International S.P.R.L. («Tekelec International») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès de Tekelec International.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Tekelec International, 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) Tekelec International fait partie du groupe Tekelec (le «Groupe»), fournisseur international de systèmes pour réseaux et d'applications logicielles.
- (6) Ses services et produits incluent des applications de «signalling» (contrôle des messages de signalisation et gestion de sessions multimédia), comme le point de transfert sémaphore, qui permettent l'échange des informations nécessaires pour fournir et maintenir des services de télécommunication ainsi que des applications de «monitoring», qui permettent aux opérateurs de télécommunications de surveiller la performance, le trafic et la qualité des services.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Tekelec International sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Tekelec International.

— Le 1^{er} juillet 2008, Tekelec International a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} juin 2008 au 31 mai 2013 (la «décision anticipée») ⁽³⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que Tekelec International pouvait exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique 71,7 % de son bénéfice d'exploitation (en anglais «*earnings before interest and taxes*» ou «EBIT») réel 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»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Décision anticipée 800.122 du 1^{er} juillet 2008, adressée à Deloitte Conseils Fiscaux au nom de Tekelec International.

2.2.1. *L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée*

- (8) La décision anticipée décrit le projet du Groupe de désigner Tekelec International en Belgique comme l'«entrepreneur central» ou «donneur d'ordre» (le «principal» dans la décision anticipée) pour les régions autres que l'Amérique du Nord et appelées les régions du reste du monde («RDM»). Tekelec International exercera pour les régions du RDM toutes les fonctions stratégiques et assumera les risques qui y sont associés. Elle centralisera les activités d'achat et de vente, la distribution et le support après-vente. Elle versera à Tekelec US et à Tekelec France ⁽⁴⁾ une redevance pour l'utilisation de la propriété intellectuelle qu'elles ont développée. Tekelec International assumera pour les régions du RDM les fonctions et les risques les plus importants en termes de stratégie, d'opérations, de finances et de ressources juridiques et humaines ⁽⁵⁾.

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

- (9) La décision anticipée valide la fixation des prix des transactions intragroupe entre Tekelec International et les entités de distribution du Groupe et avec Tekelec US et Tekelec France. Plus précisément, la décision anticipée valide:
- l'utilisation de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN») pour la rémunération des transactions de Tekelec International avec les entités de distribution, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la «partie testée», c'est-à-dire la partie la moins complexe. Les résultats de cette MTMN sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération des entités de distribution est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence si celles-ci réalisent une marge nette sur coûts de 10 % (c'est-à-dire que leur bénéfice d'exploitation devrait être égal 10 % de leurs dépenses d'exploitation) ⁽⁶⁾;
 - l'utilisation de la méthode dite du «prix comparable externe sur le marché libre», ou méthode «CUP externe», pour la rémunération des transactions de Tekelec International avec Tekelec US et Tekelec France pour l'exploitation des actifs incorporels liés à la technologie. Les résultats de la méthode CUP externe sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant qu'une rémunération de Tekelec US et de Tekelec France égale à 15 % des ventes réalisées par l'entrepreneur central est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence ⁽⁷⁾;
 - l'utilisation de la méthode du partage des bénéfices résiduels pour la rémunération de la transaction de Tekelec International avec Tekelec US et Tekelec France concernant le rachat («buy-in») de clients/contrats existants. Les résultats du partage des bénéfices sont fondés sur une étude des prix de transfert indiquant que le bénéfice résiduel des contrats existants — soit après déduction de la rémunération des services de distribution et des frais liés à l'utilisation de la propriété intellectuelle — est partagé entre Tekelec International d'une part et Tekelec US et Tekelec France d'autre part. La décision anticipée considère qu'un partage du bénéfice résiduel selon lequel, sur une période de cinq ans après le paiement d'entrée, la part de Tekelec US et de Tekelec France dans le bénéfice résiduel est égale à 6 % des revenus annuels de Tekelec International, est conforme au principe de pleine concurrence et tient compte du fait que la valeur des contrats existants est dépréciée de manière linéaire sur cinq ans ⁽⁸⁾.
- (10) La décision anticipée affirme que l'introduction de la structure d'«entrepreneur central» entraînera des bénéfices excédentaires en raison des synergies et des économies d'échelle induites par l'appartenance à un groupe bénéficiant d'une expertise organisationnelle et technique dans son domaine d'activité ⁽⁹⁾.
- (11) La décision anticipée affirme que les «bénéfices excédentaires», c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies et aux économies d'échelle et les avantages liés à l'expertise organisationnelle et technique, peuvent être calculés comme la différence entre:
- (i) le bénéfice de l'entrepreneur central sur la base de la théorie des profits résiduels; et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» de l'entrepreneur central ⁽¹⁰⁾.

Le montant visé au point i) représente le bénéfice résiduel de Tekelec International, c'est-à-dire le chiffre d'affaires total duquel sont déduites la rémunération de pleine concurrence pour les entités du Groupe ainsi que les dépenses d'exploitation propres de Tekelec International. Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une analyse des prix de transfert en utilisant la MTMN, mais cette fois en prenant Tekelec International comme partie testée la moins complexe. Par conséquent, son bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge d'exploitation de 5,5 % (c'est-à-dire que son bénéfice d'exploitation devrait être égal à 5,5 % des ventes/recettes) ⁽¹¹⁾.

- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels que Tekelec International peut exonérer d'impôt à 71,7 % de son EBIT pendant ces années ⁽¹²⁾.

⁽⁴⁾ La décision anticipée ne mentionne pas les dénominations légales des entités du Groupe concernées.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 40 et 41.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, points 96 à 99.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, points 102 à 104.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, points 100 et 101.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, point 115.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, points 87 et 88.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, point 105.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, points 107 et 113.

- (13) La décision anticipée justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et à une prétendue faille dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, qui ne traiteraient pas correctement le problème de «price-continuum» lié à la fixation des prix de transfert⁽¹³⁾. La décision anticipée déclare que Tekelec International est autorisée à exonérer un montant équivalant à 71,7 % de son EBIT annuel de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans à compter du 1^{er} juin 2008, avec la possibilité d'une prolongation de cinq ans⁽¹⁴⁾.

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

- (14) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (15) 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 bénéfices. 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».
- (16) 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^{er}, 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.
- (17) 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

- (18) Par la loi du 21 juin 2004⁽¹⁵⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

⁽¹³⁾ Décision anticipée, points 71 à 78.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, points 113 et 126.

⁽¹⁵⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

- (19) 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»).
- (20) 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.
- (21) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (22) 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 ⁽¹⁶⁾. 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» ⁽¹⁷⁾. 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» ⁽¹⁸⁾. 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 ⁽¹⁹⁾. 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.
- (23) 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.
- (24) 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

- (25) 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 ⁽²⁰⁾. 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.
- (26) 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.

⁽¹⁶⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽¹⁷⁾ 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.»

⁽¹⁸⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽¹⁹⁾ 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.»

⁽²⁰⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

- (27) 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) ⁽²¹⁾ 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»*

- (28) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²²⁾, 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.
- (29) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽²³⁾ 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 demandaient 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.
- (30) 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.
- (31) 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 ⁽²⁴⁾. 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*

- (32) 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 ⁽²⁵⁾.
- (33) 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.»

⁽²¹⁾ 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».

⁽²²⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²³⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽²⁴⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mardi 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁵⁾ 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.

- (34) 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.
- (35) 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 ⁽²⁶⁾. 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.

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*

- (36) 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») ⁽²⁷⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (37) 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.
- (38) 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 ⁽²⁸⁾. 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 ⁽²⁹⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (39) 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.

⁽²⁶⁾ Voir la note de bas de page n° 15.

⁽²⁷⁾ 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»).

⁽²⁸⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽²⁹⁾ 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.

- (40) 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⁽³⁰⁾. La méthode de l'entité distincte a été choisie comme principe d'imposition internationale 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.
- (41) 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.»

- (42) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³¹⁾ 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⁽³²⁾. 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⁽³³⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (43) 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.
- (44) 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⁽³⁴⁾.
 - 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⁽³⁵⁾. 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

⁽³⁰⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³¹⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³²⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³³⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁴⁾ 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».

⁽³⁵⁾ 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.»

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⁽³⁶⁾. 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.

- (45) 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⁽³⁷⁾.
- (46) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert désignent la méthode CUP comme une méthode «directe» de fixation des prix de transfert⁽³⁸⁾. Cette méthode compare le prix et les autres conditions convenus pour le transfert de biens ou de services dans le cadre d'une transaction intragroupe au prix et aux autres conditions convenus pour le transfert de biens ou de services dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre (à savoir des transactions entre entreprises non liées) effectuées dans des circonstances comparables⁽³⁹⁾.
- (47) 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⁽⁴⁰⁾.
- (48) 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

⁽³⁶⁾ 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.

⁽³⁷⁾ 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.»

⁽³⁸⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphe 2.7. «Lorsqu'il est possible d'identifier des transactions comparables sur le marché libre, la méthode du prix comparable sur le marché libre constitue le moyen le plus direct et le plus fiable pour mettre en œuvre le principe de pleine concurrence. En conséquence, cette méthode doit être dans ce cas préférée à toute autre.» Voir aussi les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010, paragraphe 2.14, et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 2.15.

⁽³⁹⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphe 2.7: «Conformément aux principes exposés au chapitre I, une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée (c'est-à-dire c'est une transaction comparable sur le marché libre) pour l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre si l'une des deux conditions suivantes est remplie: a) aucune différence entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix du marché libre; ou b) des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences». Voir aussi les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010, paragraphe 2.14, et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 2.15.

⁽⁴⁰⁾ 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.

d'une analyse des fonctions exercées par les entreprises associées, tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés ⁽⁴¹⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴²⁾, 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.

- (49) 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) ⁽⁴³⁾. 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.
- (50) La méthode du partage des bénéfices détermine les bénéfices combinés (ou les pertes combinées) à partager entre les parties associées participant à la transaction intragroupe dont le prix est établi et partage ensuite ces bénéfices entre elles en fonction d'une base économiquement valable qui se rapproche du partage des bénéfices qui aurait été anticipé et reflété dans un accord entre entreprises indépendantes sur le marché ⁽⁴⁴⁾. La méthode du partage des bénéfices est généralement considérée comme une méthode appropriée lorsque les deux parties à la transaction apportent des contributions uniques et de valeur à cette transaction, parce que des parties indépendantes pourraient alors souhaiter partager les bénéfices de la transaction proportionnellement à leurs contributions respectives ⁽⁴⁵⁾.

3. POSITION DE LA BELGIQUE

- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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)

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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.

⁽⁴³⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽⁴⁴⁾ Voir le paragraphe 2.108 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽⁴⁵⁾ Les principes de l'OCDE décrivent deux approches pour répartir les bénéfices combinés entre les entreprises associées: l'analyse des contributions et l'analyse résiduelle. L'analyse des contributions (voir le paragraphe 2.119 des principes de l'OCDE de 2010) répartit les bénéfices combinés sur la base de la valeur relative des fonctions exercées (compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés) par chacune des entreprises associées participant aux transactions intragroupe dont le prix est fixé. L'analyse résiduelle (voir le paragraphe 2.121 des principes de l'OCDE de 2010) recourt à une approche en deux étapes pour répartir les bénéfices. Dans une première étape, chaque entreprise se voit attribuer un bénéfice de base (ou standard) approprié pour les fonctions de routine qu'elle exerce, les actifs qu'elle utilise et les risques qu'elle assume sur la base d'une comparaison des rendements du marché obtenus pour des transactions similaires par des entreprises indépendantes. Dans une seconde étape, le bénéfice résiduel restant à l'issue de la première étape est réparti entre les parties d'une manière qui se rapproche de celle dont des parties indépendantes auraient réparti ce bénéfice dans des conditions de pleine concurrence.

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.

- (55) 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

- (56) 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 ⁽⁴⁶⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (57) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Tekelec International, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses 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.
- (58) 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 ⁽⁴⁷⁾. La décision anticipée a permis à Tekelec International d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 de Tekelec International 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

- (59) 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, Tekelec International fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Tekelec International est responsable de la conduite des activités du Groupe dans la région du RDM. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de Tekelec International est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁴⁸⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (60) 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 ⁽⁴⁹⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Tekelec International de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Tekelec International d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence⁽⁵⁰⁾; 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

- (61) 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⁽⁵¹⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Tekelec International parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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

- (62) 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⁽⁵²⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁵³⁾. 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⁽⁵⁴⁾.
- (63) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Tekelec International en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre Tekelec International et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe. Cette fixation des prix de transfert a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions de routine ou spécifiques, tandis que le bénéfice résiduel ou restant généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à Tekelec International. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels de Tekelec International et fournit la base de son EBIT.
- (64) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} juin 2008 au 31 mai 2013, Tekelec International a été autorisée à exonérer une partie de son EBIT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Tekelec International n'a été autorisée 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 de Tekelec International, 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 Tekelec International, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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

- (65) 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 Tekelec International 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁵⁵⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁰⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵³⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ Affaire C-15/14 P, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60. Voir également les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 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.

⁽⁵⁶⁾ Ibidem.

- (66) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (67) 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^{er}, 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 Tekelec International un avantage sous forme de réduction de sa 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 de Tekelec International par rapport à des entreprises comparables

- (68) 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⁽⁵⁷⁾. 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⁽⁵⁸⁾. 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 de Tekelec International par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (69) 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 de Tekelec International par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (70) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de Tekelec International 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

- (71) 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⁽⁵⁹⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁶⁰⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (72) 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

⁽⁵⁷⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁵⁸⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁵⁹⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶⁰⁾ 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.

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'assujéti) et la façon dont l'impôt est calculé (la base imposable et les taux d'imposition) ⁽⁶¹⁾.

- (73) Les mesures contestées permettent à Tekelec International d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (74) 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 (16), 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*» ⁽⁶²⁾.
- (75) 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).
- (76) 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 ⁽⁶³⁾.
- (77) Ainsi qu'il ressort du considérant (18), 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 Tekelec International) 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.

⁽⁶¹⁾ 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.

⁽⁶²⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

⁽⁶³⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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. [...] A 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.»

- (78) Aux considérants (79) à (93), 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 Tekelec International 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 de Tekelec International, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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

- (79) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Tekelec International ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.

- (80) À cet égard, la réponse donnée en 2005 par le ministre belge des finances à une question parlementaire affirme qu'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 Tekelec International. 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.

- (81) Étant donné que la décision anticipée autorise Tekelec International à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de Tekelec International pour parvenir à son 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 Tekelec International et des contreparties associées étrangères

- (82) 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 de Tekelec International, 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 Tekelec International et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.

- (83) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider la fixation des prix des transactions intragroupe de Tekelec International avec d'autres sociétés du Groupe. Pour ce faire, elle inclut des analyses des prix de transfert. En ce qui concerne les transactions avec les entités de distribution, cette analyse est fondée sur la MTMN, aux fins de laquelle ces entités sont considérées comme la partie la moins complexe et partant comme la partie testée à ces transactions enregistrant une marge nette sur coûts de 10 %. En ce qui concerne les transactions avec Tekelec US et Tekelec France pour l'exploitation des actifs incorporels liés à la technologie, cette analyse est fondée sur la méthode CUP, aux fins de laquelle ces entités reçoivent une rémunération égale à 15 % des ventes. En ce qui concerne les transactions avec Tekelec US et Tekelec France pour le rachat des clients/contrats existants, cette analyse est fondée sur la méthode de partage des bénéfices résiduels, aux fins de laquelle le bénéfice résiduel — le bénéfice restant après déduction de la rémunération des services de distribution et des frais liés à l'utilisation de la propriété intellectuelle — est partagé entre ces parties selon une méthode acceptée comme étant économiquement valable par la décision anticipée. Chacune de ces analyses — qui ne relèvent pas de l'objet de la présente décision — permet de déterminer une rémunération de pleine concurrence pour ces sociétés. La conséquence logique est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces sociétés ont obtenu une rémunération de pleine concurrence, revient à Tekelec International et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.

- (84) Cette conséquence est non seulement logique mais elle se justifie également d'un point de vue économique. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que les parties liées ont obtenu une rémunération de pleine concurrence. Par conséquent,

étant donné que la décision anticipée accepte les méthodes utilisées pour fixer le prix des transactions intragroupe et accepte la désignation de cette entité comme «entrepreneur central», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.

- (85) Néanmoins, la décision anticipée soutient que Tekelec International, en tant qu'«entrepreneur central»⁽⁶⁴⁾, générera des «bénéfices excédentaires» sous la forme de synergies et d'économies d'échelle⁽⁶⁵⁾. Elle affirme en outre que «[c]ontrairement à l'article 9, § 2 du modèle de convention OCDE, l'article 185, § 2 (b) CIR 92 constitue une base juridique qui permet de s'écarter du résultat comptable d'une société et par conséquent de diminuer sa base imposable sans qu'il ne soit nécessairement question de double imposition (effective ou probable). Il suffit en effet de démontrer que le bénéfice retiré par l'entité belge du groupe est excédentaire (c'est-à-dire contraire au principe de pleine concurrence) pour qu'un ajustement de la base imposable soit permis.» Selon la décision anticipée, cet ajustement doit être déterminé comme la différence entre: i) l'EBIT que Tekelec International, en tant qu'«entrepreneur central», devrait générer suivant l'approche fondée sur les bénéfices résiduels décrite au considérant (83); et ii) l'EBIT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient⁽⁶⁶⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN avec Tekelec International comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (86) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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⁽⁶⁷⁾. 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.
- (87) 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⁽⁶⁸⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de Tekelec International, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.

⁽⁶⁴⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur central». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶⁵⁾ Décision anticipée, point 115.

⁽⁶⁶⁾ Décision anticipée, point 80.

⁽⁶⁷⁾ 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. [...]».

⁽⁶⁸⁾ 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.

- (88) La décision anticipée affirme par ailleurs que les «bénéfices excédentaires» qu'elle exonère de l'impôt peuvent être considérés, d'un point de vue théorique, comme une redevance notionnelle versée par l'entrepreneur central au titre de la mise à disposition d'un «actif incorporel d'une organisation industrielle»⁽⁶⁹⁾. La décision anticipée ne définit toutefois pas précisément le contenu ni la forme de cet actif incorporel allégué⁽⁷⁰⁾. La Commission fait observer que la manière appropriée de traiter les bénéfices 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⁽⁷¹⁾, et iii) à ajuster les prix de ces transactions contrôlées de telle sorte que leurs conditions correspondent à celles de transactions de pleine concurrence⁽⁷²⁾. Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Cette dernière n'identifie aucun actif incorporel concret transféré par une société associée du Groupe à Tekelec International ou mis à sa disposition, et encore moins les transactions ou modalités permettant un tel transfert, ni n'indique de quelle manière ces transactions ou modalités devraient être rémunérées pour être conformes au principe de pleine concurrence. La décision anticipée fait valoir au contraire qu'en vertu du concept de «redevance notionnelle», aucune transaction réelle ne peut être identifiée⁽⁷³⁾.
- (89) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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⁽⁷⁴⁾. 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⁽⁷⁵⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux⁽⁷⁶⁾.
- (90) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe⁽⁷⁷⁾, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par Tekelec International, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (91) Enfin, la Commission fait observer que le paragraphe 1.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995 ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés⁽⁷⁸⁾.

⁽⁶⁹⁾ Décision anticipée, point 81.

⁽⁷⁰⁾ La Commission note que, sans lien avec l'«actif incorporel d'une organisation industrielle», les synergies présumées font en partie référence à des éléments qui, dans certaines circonstances, peuvent être qualifiés d'actifs incorporels (comme le savoir-faire). En tout état de cause, la décision anticipée n'effectue pas plus d'analyses de ces possibles actifs incorporels qu'elle n'en effectue pour l'«actif incorporel d'une organisation industrielle» allégué.

⁽⁷¹⁾ 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.

⁽⁷²⁾ Voir les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, paragraphe 6.1, 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».

⁽⁷³⁾ Décision anticipée, point 82.

⁽⁷⁴⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁷⁵⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁶⁾ 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.

⁽⁷⁷⁾ Par exemple, la décision anticipée n'indique pas quelles dépenses seraient réduites, ni quelles économies de coûts pourraient être générées, pas plus qu'elle n'indique comment les revenus seraient augmentés.

⁽⁷⁸⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (89)].

- (92) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à Tekelec International. Plus spécifiquement, la décision anticipée fait explicitement référence aux «bénéfices excédentaires réalisés en Belgique suite à l'adoption du modèle d'entrepreneur central»⁽⁷⁹⁾. Cela semble indiquer que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions de Tekelec International en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (93) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (81), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de Tekelec International pour parvenir à son 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 de Tekelec International entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (94) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (65) 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⁽⁸⁰⁾.
- (95) Au considérant (73), 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 (74), 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.
- (96) Aux considérants (79) à (93), 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 de Tekelec International, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Tekelec International une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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*

- (97) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (67) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Tekelec International 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (86).
- (98) En effet, en permettant à Tekelec International d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».

⁽⁷⁹⁾ Décision anticipée, point 122.

⁽⁸⁰⁾ 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.

- (99) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Tekelec International 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»⁽⁸¹⁾. 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.
- (100) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Tekelec International 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.
- (101) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Tekelec International 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 de Tekelec International à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (84). 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.
- (102) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Tekelec International 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (103) 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⁽⁸²⁾. 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⁽⁸³⁾.
- (104) 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 de Tekelec International, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (105) 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⁽⁸⁴⁾. 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.

⁽⁸¹⁾ 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.

⁽⁸²⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸³⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁸⁴⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (106) Premièrement, comme expliqué aux considérants (79) à (81), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de Tekelec International 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (107) 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 (82) à (93), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Tekelec International et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (108) 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.
- (109) 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

- (110) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Tekelec International sous la forme d'une exonération fiscale.
- (111) 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»⁽⁸⁵⁾. 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⁽⁸⁶⁾.
- (112) En l'espèce, Tekelec International fait partie du Groupe. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure d'«entrepreneur central», avec Tekelec International en tant qu'«entrepreneur central», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (113) 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⁽⁸⁷⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe, en plus de Tekelec International, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

⁽⁸⁵⁾ 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.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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

- (114) 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)⁽⁸⁸⁾. 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)⁽⁸⁹⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (115) 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

- (116) 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⁽⁹⁰⁾, 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⁽⁹¹⁾. 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⁽⁹²⁾.
- (117) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Tekelec International 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.
- (118) 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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⁽⁹³⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Tekelec International S.P.R.L. par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de Tekelec International S.P.R.L. relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de Tekelec International S.P.R.L. pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée ou présentés en lien avec celles-ci;

⁽⁸⁸⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁸⁹⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹⁰⁾ 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.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

⁽⁹³⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

— 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.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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")⁽¹⁾. 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. Tekelec International S.P.R.L. ("Tekelec International") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van Tekelec International 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")⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Tekelec International is 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) Tekelec International maakt deel uit van de Tekelec-groep ("de Groep"), een internationale leverancier van hardware en software voor netwerken.
- (6) Haar diensten en producten omvatten "signalling"-toepassingen, zoals een signal transfer point (STP), waardoor de nodige informatie voor het leveren en onderhouden van telecommunicatiediensten kan worden uitgewisseld, alsook "monitoring"-toepassingen, waardoor telecomoperatoren de uitvoering, het verkeer en de kwaliteit van diensten kunnen monitoren.

2.2. De omstreden maatregelen

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

— Op 1 juli 2008 heeft Tekelec International een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 juni 2008 tot en met 31 mei 2013 bestrijkt ("de ruling")⁽³⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat Tekelec International 71,7 % van haar werkelijke winst vóór rente en belastingen (Earnings Before Interest and Taxes, afgekort EBIT) op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting mocht vrijstellen als "overwinst" (in de ruling "bénéfices excédentaires" genoemd).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Décision anticipée 800.122 van 1 juli 2008, gericht aan Deloitte Conseils Fiscaux namens Tekelec International.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling beschrijft het plan van de Groep om Tekelec International in België aan te wijzen als de “entrepreneur central” of “principal” voor de regio's buiten Noord-Amerika, die de rest van de wereld (“reste du monde”, afgekort RDM) worden genoemd. Tekelec International zal voor de RDM-regio's alle strategische functies uitoefenen en de daaraan verbonden risico's dragen. Tekelec International zal de aankoop- en verkoopactiviteiten, de distributie en de naverkoopdiensten centraliseren. Tekelec International zal Tekelec US en Tekelec France⁽⁴⁾ een vergoeding betalen voor het gebruik van de intellectuele eigendom die zij hebben ontwikkeld. Tekelec International zal voor de RDM-regio's de belangrijkste functies uitoefenen en de belangrijkste risico's dragen in termen van strategie, activiteiten, financiën en menselijke en juridische middelen⁽⁵⁾.

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

- (9) De ruling valideert de beprijzing van intragroepstransacties tussen Tekelec International en de distributie-entiteiten van de Groep, en van intragroepstransacties met Tekelec US en Tekelec France. De ruling valideert met name het volgende:
- Het gebruik van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) voor de vergoeding van de transacties tussen Tekelec International en de distributie-entiteiten, waarbij die entiteiten voor de toepassing van de TNMM worden beschouwd als de “geteste” partij, d.w.z. de minst complexe entiteiten. De resultaten van die TNMM zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie die aangeeft dat een vergoeding van de distributie-entiteiten zakelijk wordt geacht als zij een Net Cost Plus Margin van 10 % behalen (d.w.z. hun operationele winst zou gelijk moeten zijn aan 10 % van hun operationele uitgaven)⁽⁶⁾.
 - Het gebruik van de externe Comparable Uncontrolled Price Method (“CUP-methode”) voor de vergoeding van de transacties van Tekelec International met Tekelec US en Tekelec France voor de exploitatie van technologiegerelateerde immateriële activa. De resultaten van de externe CUP-methode zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie die aangeeft dat een vergoeding van Tekelec US en Tekelec France gelijk aan 15 % van de door de “entrepreneur central” gerealiseerde omzet zakelijk wordt geacht⁽⁷⁾.
 - Het gebruik van de Residual Profit Split Method voor de vergoeding van de transactie van Tekelec International met Tekelec US en Tekelec France met betrekking tot de “buy-in” van bestaande klanten/contracten. De resultaten van de verdeling van de residuele winst zijn gebaseerd op een verrekenprijsstudie die aangeeft dat de residuele winst van de bestaande contracten — d.w.z. na aftrek van de vergoeding voor de distributiediensten en de vergoedingen in verband met het gebruik van de intellectuele eigendom — wordt verdeeld tussen Tekelec International enerzijds en Tekelec US en Tekelec France anderzijds. De ruling stelt dat een verdeling van de residuele winst waarbij, voor een periode van vijf jaar na de “buy-in”, het aandeel van Tekelec US en Tekelec France in de residuele winst 6 % van de jaarlijkse inkomsten van Tekelec International bedraagt, zakelijk is en rekening houdt met een lineaire vermindering van de waarde van de bestaande contracten over vijf jaar⁽⁸⁾.
- (10) De ruling verklaart dat de invoering van het “entrepreneur central”-model zal leiden tot “overwinst” uit synergie-effecten en schaalvoordelen ten gevolge van het behoren tot een groep die op zijn activiteitendomein over organisatorische en technische deskundigheid beschikt⁽⁹⁾.
- (11) De ruling stelt vervolgens dat de bovengenoemde “overwinst”, d.w.z. de winst die kan worden toegerekend aan synergie-effecten, schaalvoordelen en voordelen in verband met organisatorische en technische deskundigheid, kan worden vastgesteld als het verschil tussen:
- (i) de winst van de “entrepreneur central” op basis van de theorie van de residuele winst; en
 - (ii) een zogenaamde “aangepaste” zakelijke winst van de “entrepreneur central”⁽¹⁰⁾.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de totale omzet van Tekelec International waarop de zakelijke vergoeding voor de entiteiten van de Groep alsook de eigen operationele uitgaven van Tekelec International in mindering zijn gebracht. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, deze keer met Tekelec International als de minst complexe, geteste partij. Daardoor wordt haar zogenaamde “aangepaste” zakelijke winst gebenchmarkt op een operationele marge van 5,5 % (d.w.z. haar operationele marge zou gelijk moeten zijn aan 5,5 % van de omzet/inkomsten)⁽¹¹⁾.

- (12) Op basis van de gebudgetteerde cijfers voor de Groep wordt in de ruling bepaald dat de jaarlijkse “overwinst” die Tekelec International van belasting mag vrijstellen, 71,7 % bedraagt van haar EBIT in die jaren⁽¹²⁾.

⁽⁴⁾ De ruling vermeldt niet de wettelijke namen van de betrokken entiteiten van de Groep.

⁽⁵⁾ Ruling, paragrafen 40 en 41.

⁽⁶⁾ Ruling, paragrafen 96 tot en met 99.

⁽⁷⁾ Ruling, paragrafen 102 tot en met 104.

⁽⁸⁾ Ruling, paragrafen 100 en 101.

⁽⁹⁾ Ruling, paragraaf 115.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragrafen 87 en 88.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragraaf 105.

⁽¹²⁾ Ruling, paragrafen 107 en 113.

- (13) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van “overwinst” door te verwijzen naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en een zogenaamde tekortkoming in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen waardoor in het kader van verrekenprijzen geen rekening wordt gehouden met het probleem van het “price continuum” ⁽¹³⁾. De ruling verklaart dat Tekelec International een bedrag gelijk aan 71,7 % van haar jaarlijkse EBIT voor een periode van vijf jaar die op 1 juni 2008 begint, in België van vennootschapsbelasting mag vrijstellen, met de mogelijkheid van verlenging voor vijf jaar ⁽¹⁴⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (14) 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).
- (15) 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”.
- (16) 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.
- (17) 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-afrekbare 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

- (18) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽¹⁵⁾ 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.

⁽¹³⁾ Ruling, paragrafen 71 tot en met 78.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragrafen 113 en 126.

⁽¹⁵⁾ 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

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

- (19) 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”).
- (20) 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.
- (21) 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 verrekenprijsregels ook gelden voor Belgische vaste inrichtingen van niet-ingezetenen vennootschappen.

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

- (22) 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 ⁽¹⁶⁾. 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” ⁽¹⁷⁾. Voorts wordt in de memorie van toelichting verklaard dat “[m]et de voorgestelde bepaling de Belgische wetgeving nauw aan[s]luit bij de internationaal aanvaarde norm” ⁽¹⁸⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽¹⁹⁾. 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.
- (23) 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.
- (24) 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

- (25) 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 ⁽²⁰⁾. 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.

⁽¹⁶⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽¹⁷⁾ 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.”

⁽¹⁸⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽¹⁹⁾ 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.”

⁽²⁰⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

- (26) 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.
- (27) 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⁽²¹⁾ 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”*

- (28) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²²⁾ 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.
- (29) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽²³⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.
- (30) 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.
- (31) 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⁽²⁴⁾. 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*

- (32) 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⁽²⁵⁾.
- (33) 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:

⁽²¹⁾ 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)]

⁽²²⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²³⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

⁽²⁴⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽²⁵⁾ 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.

“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.”

- (34) 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.
- (35) 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 ⁽²⁶⁾. 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

- (36) 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 ⁽²⁷⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (37) 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.
- (38) 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 ⁽²⁸⁾. 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 ⁽²⁹⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.

⁽²⁶⁾ Zie voetnoot 15.

⁽²⁷⁾ 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”).

⁽²⁸⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽²⁹⁾ 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.

- (39) 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.
- (40) 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 ⁽³⁰⁾. 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.
- (41) 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)]

- (42) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽³¹⁾ 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 ⁽³²⁾. Als er van doelbewuste 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 ⁽³³⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (43) 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.
- (44) 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 ingezeten 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)

⁽³⁰⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³¹⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³²⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³³⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

aanpassing” genoemd en leidt ertoe dat de belastingdienst de door een belastingplichtige aangegeven belastbare winst verhoogt ⁽³⁴⁾.

- 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 ingezet is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽³⁵⁾. 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 ⁽³⁶⁾. 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.
- (45) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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 ⁽³⁷⁾.
- (46) Volgens de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen is de CUP-methode een “directe” verrekenprijsmethode ⁽³⁸⁾. Met deze methode wordt een vergelijking gemaakt van de prijs en de andere voorwaarden die zijn overeengekomen voor de overdracht van goederen of diensten in een intragroepstransactie, met de prijs en de andere voorwaarden die zijn
-
- ⁽³⁴⁾ 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)]
- ⁽³⁵⁾ 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)]
- ⁽³⁶⁾ 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.
- ⁽³⁷⁾ 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)]
- ⁽³⁸⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragraaf 2.7. “Where it is possible to locate comparable uncontrolled transactions, the CUP Method is the most direct and reliable way to apply the arm’s length principle. Consequently, in such cases the CUP Method is preferable over all other methods.” “[Wanneer het mogelijk is vergelijkbare vrijemarkttransacties te lokaliseren, is de CUP-methode de meest directe en betrouwbare wijze om het zakelijkheidsbeginsel toe te passen. In dergelijke gevallen geniet de CUP-methode bijgevolg de voorkeur boven alle andere methoden.” (vertaling Commissie)]. Zie ook de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.14, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 2.15.

overeengekomen voor de overdracht van goederen of diensten in vergelijkbare vrijemarkttransacties (dat wil zeggen transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen) die onder vergelijkbare omstandigheden zijn uitgevoerd ⁽³⁹⁾.

- (47) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴⁰⁾.
- (48) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴¹⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent ⁽⁴²⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (49) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴³⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.
- (50) De profit split methode neemt als uitgangspunt de gecombineerde winst (of het gecombineerde verlies) van de verbonden ondernemingen die partij zijn bij de intragroeptransactie die wordt beprijst, en splitst die vervolgens tussen deze partijen uit op een economisch geldige basis die de verdeling van de winst zoals die in een overeenkomst tussen onafhankelijke ondernemingen in de markt zou zijn verwacht en weergegeven, zoveel mogelijk benadert ⁽⁴⁴⁾. De profit split methode wordt doorgaans als een geschikte methode beschouwd wanneer beide partijen bij de

⁽³⁹⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragraaf 2.7: “Following the principles in Chapter I, an uncontrolled transaction is comparable to a controlled transaction (i.e. it is a comparable uncontrolled transaction) for purposes of the CUP method if one of two conditions is met: a) none of the differences (if any) between the transactions being compared or between the enterprises undertaking those transactions could materially affect the price in the open market; or, b) reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences.” [“Volgens de beginselen in hoofdstuk I is een vrijemarkttransactie met het oog op de CUP-methode vergelijkbaar met een concerntransactie (d.w.z. het is een vergelijkbare vrijemarkttransactie) als aan een van de twee volgende voorwaarden is voldaan: a) geen van de verschillen (als die er al zijn) tussen de vergeleken transacties of tussen de ondernemingen die deze transacties verrichten, kan de prijs in de open markt wezenlijk beïnvloeden; of b) er kunnen redelijk precieze correcties worden verricht om de wezenlijke effecten van die verschillen te elimineren.” (vertaling Commissie)] Zie ook de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.14, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 2.15.

⁽⁴⁰⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴¹⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽⁴²⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴³⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

⁽⁴⁴⁾ Zie paragraaf 2.108 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

intragroepstransactie unieke en waardevolle bijdragen leveren aan die transactie, omdat in dat geval van onafhankelijke partijen zou worden verwacht dat zij zouden delen in de winst van de transactie naar rato van hun respectieve bijdrage ⁽⁴⁵⁾.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (51) 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.
- (52) 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 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.
- (53) 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.
- (54) 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 probleem van “prijscontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (55) 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?

- (56) 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 ⁽⁴⁶⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (57) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft Tekelec International zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting en de bepaling van het bedrag van de op basis daarvan verschuldigde vennootschapsbelasting, die door de Belgische belastingdienst

⁽⁴⁵⁾ De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen beschrijven twee benaderingen om de gecombineerde winst over de verbonden ondernemingen te verdelen: de contributieanalyse en de restwinstanalyse. Bij de contributieanalyse (zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.119) wordt de gecombineerde winst uitgesplitst op basis van de relatieve waarde van de functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) die worden uitgeoefend door elk van de partijen die betrokken zijn bij de intragroepstransacties die worden beprijsd. De restwinstanalyse (zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragraaf 2.121) is een benadering waarbij de winst in twee stappen wordt uitgesplitst. In een eerste stap krijgt elke vennootschap een basis- (of routinematige) winst die past bij de routinefuncties die zij uitoefent, de activa die zij gebruikt en de risico's die zij draagt, op basis van een vergelijking met de marktrendementen die bij vergelijkbare transacties door onafhankelijke ondernemingen worden behaald. In een tweede stap wordt de restwinst die overblijft nadat de eerste stap is afgerond, aan de partijen toegerekend op een wijze die benadert hoe onafhankelijke partijen die winst zakelijk zouden hebben verdeeld.

⁽⁴⁶⁾ 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.

werden aanvaard. De Commissie concludeert daarom voorlopig dat er sprake is van een maatregel die aan België kan worden toegerekend.

- (58) 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⁽⁴⁷⁾. Dankzij de ruling mocht Tekelec International een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar 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 Tekelec International. 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

- (59) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Tekelec International deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Tekelec International is verantwoordelijk voor het leiderschap van de Groep in de RDM-regio's. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van Tekelec International het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁴⁸⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (60) 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⁽⁴⁹⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Tekelec International ontheffen van de vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Tekelec International bevrijden van een last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁵⁰⁾, 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

- (61) 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⁽⁵¹⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Tekelec International een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar jaarlijks verschuldigde vennootschapsbelasting uit hoofde van het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting te verminderen, zonder enige rechtsgrondslag of rechtvaardiging voor die vermindering.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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, Rousse 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

4.5.1. Voordeel

- (62) 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⁽⁵²⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵³⁾. 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⁽⁵⁴⁾.
- (63) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Tekelec International een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van intragroepstransacties tussen Tekelec International en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep. Die verrekenprijsexercitie leidt ertoe dat die tegenpartijen een vergoeding voor routinefuncties of niet-routinefuncties wordt toegekend, terwijl de residuele of overblijvende winst uit de bovengenoemde intragroepstransacties aan Tekelec International wordt toegekend. Die residuele winst wordt vervolgens in de jaarrekening van Tekelec International opgenomen en vormt de basis voor haar EBIT.
- (64) Door de omstreden maatregelen mocht Tekelec International een deel van haar EBIT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 juni 2008 tot en met 31 mei 2013. Tekelec International mocht 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 Tekelec International in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Tekelec International een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (65) 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 Tekelec International 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”⁽⁵⁵⁾. 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”⁽⁵⁶⁾.
- (66) 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.
- (67) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 Tekelec International 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.

⁽⁵²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ Ibid.

4.5.3. *Subsidiaire voorlopige vaststellingen van selectiviteit: de omstreden maatregelen bevoordelen Tekelec International ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (68) 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⁽⁵⁷⁾. 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⁽⁵⁸⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Tekelec International bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (69) 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 Tekelec International bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Tekelec International daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (70) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Tekelec International 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*

- (71) 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 situaties bevinden, ongelijk behandelt⁽⁵⁹⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst⁽⁶⁰⁾. 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.
- (72) 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)⁽⁶¹⁾.
- (73) Door de omstreden maatregelen mag Tekelec International een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.

⁽⁵⁷⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁵⁸⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

⁽⁵⁹⁾ 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.

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ 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.

- (74) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (16), 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 ⁽⁶²⁾.
- (75) 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.
- (76) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶³⁾.
- (77) Zoals volgt uit punt (18), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Tekelec International) 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.
- (78) In de punten (79) tot en met (93) 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 Tekelec International is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Tekelec International, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (79) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Tekelec International wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.

⁽⁶²⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

⁽⁶³⁾ 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.”

- (80) In dat verband wordt in het antwoord van 2005 van de Belgische minister van Financiën op een parlementaire vraag verklaard 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 Tekelec International. 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.
- (81) Aangezien de ruling Tekelec International toestaat een deel van haar geboekte winst 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 Tekelec International om tot haar 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 Tekelec International en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (82) 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 Tekelec International, 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 Tekelec International en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (83) Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van intragroepstransacties van Tekelec International met andere vennootschappen van de Groep. Dit gebeurt door het verrichten van verrekenprijsanalyses. Met betrekking tot transacties met de distributie-entiteiten is die analyse gebaseerd op de TNMM, waarbij die entiteiten de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties zijn, en een Net Cost Plus Margin van 10 % behalen. Met betrekking tot transacties met Tekelec US en Tekelec France voor de exploitatie van technologiegerelateerde immateriële activa is die analyse gebaseerd op de CUP-methode, waarbij die entiteiten een vergoeding gelijk aan 15 % van de omzet ontvangen. Met betrekking tot transacties met Tekelec US en Tekelec France voor de “buy-in” van bestaande klanten/contracten is die analyse gebaseerd op de Residual Profit Split Method, waarbij de residuele winst — d.w.z. de winst die overblijft na aftrek van de vergoeding voor de distributiediensten en de vergoedingen voor het gebruik van de intellectuele eigendom — tussen die partijen wordt verdeeld volgens een methodologie die door de ruling als economisch zinvol wordt aanvaard. Het resultaat van elk van die analyses — die niet het voorwerp van dit besluit vormen — is dat voor die vennootschappen een zakelijke vergoeding wordt vastgesteld. Het logische gevolg is dat de residuele winst die overblijft uit die verbonden transacties nadat die vennootschappen een zakelijke vergoeding hebben ontvangen, door Tekelec International wordt behaald en in haar jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (84) Dat gevolg is niet alleen logisch, maar is ook zinvol vanuit economisch perspectief. Het begrip “residuele winst” is transactiespecifiek en verwijst naar de onderzochte specifieke verbonden transacties die winst genereren. De residuele winst is de winst die voortkomt uit een reeks gecombineerde transacties die overblijft nadat de verbonden partijen onder zakelijke voorwaarden zijn vergoed. Aangezien de ruling de voor de beprijzing van de intragroepstransacties gebruikte methoden aanvaardt en aanvaardt dat die entiteit als “entrepreneur central” wordt aangewezen, is bijgevolg de residuele winst uit die transacties haar zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in haar jaarrekening opgenomen.
- (85) Niettemin wordt in de ruling de redenering gevolgd dat Tekelec International, als “entrepreneur central”⁽⁶⁴⁾, “overwinst” zal genereren in de vorm van synergie-effecten en schaalvoordelen⁽⁶⁵⁾. De ruling stelt voorts dat anders dan artikel 9, paragraaf 2, van het OESO-modelbelastingverdrag, artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 een rechtsgrondslag biedt om van de boekhoudkundige winst van een vennootschap af te wijken en bijgevolg haar belastbare grondslag te verlagen, zonder dat er noodzakelijkerwijs sprake is van (werkelijke of mogelijke) dubbele belasting, en dat het voor een aanpassing van de belastbare grondslag volstaat aan te tonen dat de door de Belgische

⁽⁶⁴⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “central entrepreneur” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁵⁾ Ruling, paragraaf 115.

entiteit van de groep behaalde winst “excédentaire” is (d.w.z. tegen het zakelijkheidsbeginsel indruist). De ruling voert aan dat die vermindering moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de EBIT die Tekelec International, als “entrepreneur central”, verwacht te behalen op grond van de residuele winstbenadering zoals beschreven in punt (83); en ii) de EBIT die zij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel ⁽⁶⁶⁾. Om de laatstgenoemde EBIT te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM toe met Tekelec International als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.

- (86) Anders dan in de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan de ruling lijkt 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 ⁽⁶⁷⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.
- (87) 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 is beprijsd ⁽⁶⁸⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Tekelec International te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (88) De ruling stelt voorts dat de vrijgestelde “overwinst” kan worden geconceptualiseerd als een notionele royalty die door de “entrepreneur central” wordt betaald voor de terbeschikkingstelling van immateriële activa van een industriële organisatie (“actifs incorporels d’une organisation industrielle”) ⁽⁶⁹⁾. De ruling definieert echter niet precies de inhoud of vorm van dat zogenaamde immateriële actief ⁽⁷⁰⁾. De Commissie merkt op dat de correcte manier om uit immateriële activa verkregen winst volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen, bestaat uit i) het identificeren, onderbouwen en juist afbakenen van dergelijke immateriële activa; ii) het uitvoeren van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren aangaande de betrokken verbonden transacties waarmee dergelijke immateriële activa gemoeid zijn ⁽⁷¹⁾, en iii) het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transacties, zodat de

⁽⁶⁶⁾ Ruling, paragraaf 80.

⁽⁶⁷⁾ 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)].

⁽⁶⁸⁾ 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.

⁽⁶⁹⁾ Ruling, paragraaf 81.

⁽⁷⁰⁾ De Commissie merkt op dat, los van de immateriële activa van een industriële organisatie, de zogenaamde synergie-effecten ten dele verwijzen naar elementen die, onder bepaalde omstandigheden, als immateriële activa (zoals knowhow) kwalificeren. De ruling verricht voor deze mogelijke immateriële activa hoe dan ook geen verdere analyse dan dat voor de zogenaamde immateriële activa van een industriële organisatie een analyse wordt verricht.

⁽⁷¹⁾ 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.

voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties⁽⁷²⁾. Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling identificeert geen concreet immaterieel actief dat door een verbonden groepsvennootschap aan Tekelec International wordt overgedragen of ter beschikking wordt gesteld, laat staan de transacties of regelingen waarmee een dergelijk immaterieel actief gemoeid is, of de wijze waarop die transacties of regelingen onder zakelijke voorwaarden zouden moeten worden vergoed. De ruling voert in plaats daarvan aan dat er in het concept van een notionele royalty geen werkelijke transacties kunnen worden vastgesteld⁽⁷³⁾.

- (89) Met betrekking tot het argument in de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa⁽⁷⁴⁾. 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⁽⁷⁵⁾; 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⁽⁷⁶⁾.
- (90) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten⁽⁷⁷⁾, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Tekelec International gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan haar is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (91) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 zeker niet aanbeveelt dat de zakelijke winst van een entiteit van een multinationale groep de winst uit synergie-effecten en schaalvoordelen van de belastbare grondslag van een vennootschap van de groep moet uitsluiten, zonder die laatstgenoemde winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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⁽⁷⁸⁾.
- (92) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst aan Tekelec International zou moeten worden toegerekend. Meer specifiek verwijst de ruling uitdrukkelijk naar “overwinst” die in België wordt gemaakt ten gevolge van de invoering van het “entrepreneur central”-model⁽⁷⁹⁾. Dit lijkt erop te wijzen dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van Tekelec International in België en dus terecht in haar jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.
- (93) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (81), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Tekelec International om tot haar 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.

⁽⁷²⁾ 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)].

⁽⁷³⁾ Ruling, paragraaf 82.

⁽⁷⁴⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁵⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁶⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷⁷⁾ In de ruling wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke kosten zouden zijn verminderd noch welke kostenbesparingen zouden kunnen zijn verwezenlijkt en evenmin hoe inkomsten zouden zijn verhoogd.

⁽⁷⁸⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (89)).

⁽⁷⁹⁾ Ruling, paragraaf 122.

(c) *De onjuiste toepassing van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 ten gunste van Tekelec International leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*

- (94) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (65) 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⁽⁸⁰⁾.
- (95) In punt (73) 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 (74), 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.
- (96) De voorlopige conclusie van de punten (79) tot en met (93) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Tekelec International, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Tekelec International een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (97) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (67) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Tekelec International 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (86) heeft betwist.
- (98) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Tekelec International toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.
- (99) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Tekelec International 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⁽⁸¹⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.

⁽⁸⁰⁾ 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.

⁽⁸¹⁾ 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.

- (100) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Tekelec International selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (101) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Tekelec International 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 Tekelec International tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (84). 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.
- (102) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Tekelec International 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (103) 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⁽⁸²⁾. 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⁽⁸³⁾.
- (104) 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 Tekelec International, waardoor die onderneming 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.
- (105) 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⁽⁸⁴⁾. 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.
- (106) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (79) en met (81), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Tekelec International 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

⁽⁸²⁾ 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.

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.

- (107) 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 (82) tot en met (93), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Tekelec International en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (108) 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.
- (109) 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 begunstigden van die steun

- (110) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Tekelec International staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (111) 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.”⁽⁸⁵⁾ 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⁽⁸⁶⁾.
- (112) In dit geval is Tekelec International deel van de Groep. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om een “entrepreneur central”-model op te zetten, met Tekelec International als “entrepreneur central”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (113) 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⁽⁸⁷⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Tekelec-groep, naast Tekelec International, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

⁽⁸⁵⁾ 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.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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 verstreekte 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 [...]”.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (114) 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)⁽⁸⁸⁾. 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)⁽⁸⁹⁾. 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.
- (115) 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

- (116) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt⁽⁹⁰⁾, 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⁽⁹¹⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁹²⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (117) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Tekelec International en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (118) 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 onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁹³⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Tekelec International S.P.R.L. is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van Tekelec International S.P.R.L. voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Tekelec International S.P.R.L. over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- een geactualiseerd organigram dat de huidige eigendomsstructuur van de Groep beschrijft.

⁽⁸⁸⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁸⁹⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹⁰⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹³⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.54000 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Bridgestone Europe****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/37)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2009 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Bridgestone Europe NV (im Folgenden „BSEU“) für die Steuerjahre 2006 bis 2010 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde BSEU für den Teil seines steuerpflichtigen Gewinns, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme BSEU einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahme BSEU einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie BSEU im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von BSEU durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird BSEU gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von BSEU bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von BSEU akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Bridgestone Europe NV und der Bridgestone-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Bridgestone Europe NV («BSEU») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont procédé à un redressement positif de la base imposable de BSEU.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à BSEU, 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) BSEU est basée à Zaventem, en Belgique, et fait partie du groupe Bridgestone (le «Groupe»), le plus gros producteur mondial de pneumatiques et d'autres produits en caoutchouc. Le Groupe est également actif dans d'autres domaines, tels que la vente de pièces automobiles et de matières premières pour pneumatiques, et l'entretien et la réparation de véhicules.
- (6) Le Groupe est contrôlé par Bridgestone Corporation, qui a son siège au Japon. En 2009, il était présent dans plus de 150 pays et employait plus de 126 000 personnes à travers le monde ⁽³⁾. BSEU fait fonction de siège européen du Groupe.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par BSEU sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à BSEU.

— Le 13 janvier 2009, BSEU a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2010 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a décidé qu'une marge d'exploitation de 2,2 % était acceptée comme rémunération maximale de pleine concurrence pour les activités de BSEU dans le segment «Remplacement» et que tous les bénéfices dépassant cette marge réalisés par BSEU pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie au considérant (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 800.445 du 13 janvier 2009, adressée à Bridgestone.

2.2.1. *L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée*

- (8) La décision anticipée décrit la réorganisation, par le Groupe, du segment «Remplacement» en Europe, dans le cadre de laquelle BSEU a été désignée en Belgique comme le «coordinateur européen» de la nouvelle structure de chaîne d'approvisionnement européenne pour ce segment d'activité. BSEU agit en cette qualité en tant qu'entité centrale, responsable de la gestion centralisée du segment «Remplacement» en Europe. À ce titre, BSEU exercera toutes les fonctions stratégiques européennes concernant ce segment, réalisera les ventes, sera chargée des opérations de planification, de facturation, de fourniture et de logistique du produit, tandis que les autres entreprises du Groupe agiront soit en tant que distributeurs à risque limité, soit en tant que fabricants sous-traitants opérant pour le compte de BSEU. Il est attendu que la réorganisation génère des économies de coûts, des synergies et des gains d'efficacité opérationnelle, et permette de mieux répondre aux besoins en fonds propres, etc. ⁽⁵⁾

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

- (9) La décision anticipée décrit les transactions intragroupe entre BSEU en tant qu'entité centrale et les distributeurs à risque limité et fabricants sous-traitants liés. Elle indique que la rémunération des distributeurs à risque limité liés et des fabricants sous-traitants liés a été déterminée selon le principe de pleine concurrence, sur la base d'une étude des prix de transfert, sans fournir le moindre détail sur les prix fixés ni sur la méthode utilisée ⁽⁶⁾.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en place de la nouvelle structure d'entreprise entraînera des économies de coûts, des synergies, des gains d'efficacité opérationnelle et d'autres économies d'échelle. Elle indique à cet égard que la réorganisation et la désignation de BSEU comme coordinateur européen «engendreront des bénéfices supplémentaires pour BSEU par rapport à ce que serait la situation sans cette réorganisation.» ⁽⁷⁾
- (11) La décision anticipée affirme ensuite que les «bénéfices supplémentaires» susmentionnés, c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies, aux économies d'échelle et aux économies de coûts (collectivement désignés comme des «actifs incorporels résultant du réseau») ⁽⁸⁾ peuvent être calculés comme la différence entre:
- (i) le bénéfice dans le segment «Remplacement» que BSEU va générer et enregistrer dans ses comptes annuels à la suite de la réorganisation; et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» pour tenir compte des fonctions exercées et les risques assumés par BSEU en rapport avec le segment «Remplacement».

Le montant visé au point i) représente le bénéfice résiduel de BSEU, c'est-à-dire le chiffre d'affaires total (y compris les ventes aux distributeurs liés réalisées conformément au principe de pleine concurrence) duquel sont déduites la rémunération de pleine concurrence pour les entités de production, ainsi que les dépenses d'exploitation propres de BSEU. Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une nouvelle analyse des prix de transfert selon la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN»), en prenant BSEU comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge d'exploitation de 2,2 % (c'est-à-dire que, pour son rôle d'entité centrale, son bénéfice d'exploitation pour le segment «Remplacement» devrait être égal à 2,2 % des ventes/recettes) ⁽⁹⁾. La décision anticipée précise encore que si la différence entre les montants susmentionnés est négative, autrement dit si l'EBIT annuel généré par BSEU est inférieur à la marge d'exploitation réputée de pleine concurrence de 2,2 %, aucun ajustement ne sera opéré et seul le montant inférieur généré sera imposé ⁽¹⁰⁾.

- (12) La décision anticipée justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.09 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995 ⁽¹¹⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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 ⁽¹²⁾.
- (13) La décision anticipée déclare que BSEU est autorisée à exonérer un montant de bénéfices réellement comptabilisés pour le segment «Remplacement» qui dépasse une marge d'exploitation de 2,2 % de l'impôt sur les sociétés en Belgique pendant une période de cinq ans, avec la possibilité d'une nouvelle prolongation de cinq ans ⁽¹³⁾.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 11 à 16.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, points 17.10 et 17.12.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, points 11 à 16.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, point 36.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, point 33.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, point 42.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, point 46.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, points 47 et 48.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, points 56 et 64.

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

- (14) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (15) 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 bénéfices. 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».
- (16) 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^{er}, 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.
- (17) 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

- (18) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽¹⁴⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (19) 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»).

⁽¹⁴⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

- (20) 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.
- (21) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (22) 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⁽¹⁵⁾. 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»⁽¹⁶⁾. 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»⁽¹⁷⁾. 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⁽¹⁸⁾. 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.
- (23) 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.
- (24) 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

- (25) 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⁽¹⁹⁾. 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.
- (26) 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.
- (27) 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)⁽²⁰⁾ 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.

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

⁽¹⁶⁾ 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.»

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

⁽¹⁸⁾ 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.»

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

⁽²⁰⁾ 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.»

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

- (28) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²¹⁾, 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.
- (29) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽²²⁾ 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.
- (30) 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.
- (31) 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 ⁽²³⁾. 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*

- (32) 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 ⁽²⁴⁾.
- (33) 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.»

- (34) 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.
- (35) 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 ⁽²⁵⁾. 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.

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

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

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

⁽²⁴⁾ 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.

⁽²⁵⁾ 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*

- (36) 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») ⁽²⁶⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (37) 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.
- (38) 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 ⁽²⁷⁾. 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 ⁽²⁸⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (39) 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.
- (40) 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 ⁽²⁹⁾. 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.
- (41) 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.»

⁽²⁶⁾ 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»).

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

⁽²⁸⁾ 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.

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

- (42) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 ⁽³⁰⁾ 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 ⁽³¹⁾. 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 ⁽³²⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (43) 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.
- (44) 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 résident 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 ⁽³³⁾.
 - 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 ⁽³⁴⁾. 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 ⁽³⁵⁾. 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.
- (45) 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 ⁽³⁶⁾.

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

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

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

⁽³³⁾ 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».

⁽³⁴⁾ 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.»

⁽³⁵⁾ 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.

⁽³⁶⁾ 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.»

- (46) 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⁽³⁷⁾.
- (47) 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⁽³⁸⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine»⁽³⁹⁾, 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.
- (48) 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)⁽⁴⁰⁾. 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

- (49) 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.
- (50) 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.
- (51) 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.

⁽³⁷⁾ 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.

⁽³⁸⁾ 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.

⁽³⁹⁾ 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.

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

- (52) 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.
- (53) 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

- (54) 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 ⁽⁴¹⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (55) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. BSEU, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses déclarations annuelles d'impôt sur les sociétés et pour déterminer, sur la base de ces déclarations, le montant de l'impôt sur les sociétés dû ou le montant des pertes reportables, déclarations qui 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.
- (56) 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 ⁽⁴²⁾. La décision anticipée a permis à BSEU d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses déclarations annuelles pour l'impôt sur les sociétés. En acceptant ces déclarations et le montant de l'impôt sur les sociétés payé ou des pertes reportées sur la base de ces déclarations, l'État belge a renoncé à des recettes fiscales (éventuellement à venir) qu'il aurait dans le cas contraire été en droit de percevoir auprès de BSEU 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

- (57) 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, BSEU fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. BSEU est responsable de la conduite des activités du Groupe au niveau européen. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de BSEU est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁴³⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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.

⁽⁴³⁾ 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

- (58) 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⁽⁴⁴⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent BSEU de l'impôt sur les sociétés actuel ou futur qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère BSEU d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence⁽⁴⁵⁾; 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

- (59) 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⁽⁴⁶⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à BSEU parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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

- (60) 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⁽⁴⁷⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁴⁸⁾. 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⁽⁴⁹⁾.
- (61) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à BSEU en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre BSEU et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe. Cette fixation des prix de transfert, qui semble fondée sur la MTMN, attribue à ces contreparties une rémunération pour leurs fonctions prétendument de routine⁽⁵⁰⁾, ce qui signifie que le bénéfice résiduel généré par les transactions intragroupe susmentionnées est attribué à BSEU. Ce bénéfice résiduel est ensuite enregistré dans les comptes annuels de BSEU et fournit la base de son EBIT.
- (62) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2010, BSEU a été autorisée à exonérer une partie de son EBIT tiré du segment «Remplacement» de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». BSEU n'a été autorisée 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 de BSEU, 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 BSEU, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, sous la forme d'une réduction de sa base imposable.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

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

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

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ La rémunération des distributeurs à risque limité est généralement fondée sur une marge d'exploitation, tandis que celle des sous-traitants l'est généralement sur une marge nette sur coûts, mais la décision anticipée ne le précise pas.

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

- (63) 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 BSEU 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁵¹⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁵²⁾.
- (64) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (65) 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^{er}, 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 BSEU un avantage sous forme de réduction de sa 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 de BSEU par rapport à des entreprises comparables*

- (66) 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⁽⁵³⁾. 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⁽⁵⁴⁾. 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 de BSEU par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (67) 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 de BSEU par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (68) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de BSEU 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*

- (69) 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

⁽⁵¹⁾ 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; l'affaire C-211/15 P, Orange/Commission, EU:C:2016:798, points 53 et 54; et l'affaire C-270/15 P, Belgique/Commission, EU:C:2016:489, point 49.

⁽⁵²⁾ Ibidem.

⁽⁵³⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁵⁴⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

commun, dans des situations factuelles et juridiques comparables ⁽⁵⁵⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée ⁽⁵⁶⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.

- (70) 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) ⁽⁵⁷⁾.
- (71) Les mesures contestées permettent à BSEU d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (72) 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 (16), 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*» ⁽⁵⁸⁾.
- (73) 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*).
- (74) 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

⁽⁵⁵⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ Voir l'affaire C-374/17, A Braueri, 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.

⁽⁵⁸⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

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 ⁽⁵⁹⁾.

- (75) Ainsi qu'il ressort du considérant (18), 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 BSEU) 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.
- (76) Aux considérants (77) à (93), 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 BSEU 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 de BSEU, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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*
- (77) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par BSEU ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (78) A l'inverse, les points 48 et 61 de la décision anticipée 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 BSEU.
- (79) 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.
- (80) Étant donné que la décision anticipée autorise BSEU à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de BSEU pour parvenir à son 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 BSEU et des contreparties associées étrangères*
- (81) 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 de BSEU, 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 BSEU et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.

⁽⁵⁹⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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. [...] A 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.»

- (82) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par valider le fait que les prix des transactions intragroupe de BSEU avec d'autres sociétés du Groupe sont établis selon le principe de pleine concurrence. À cet égard, elle renvoie à des analyses des prix de transfert s'appuyant très probablement sur la MTMN, les autres sociétés du Groupe étant considérées comme la partie la moins complexe, et partant comme la partie testée à ces transactions. Ces analyses — qui ne sont pas décrites dans la décision anticipée et qui ne relèvent pas de l'objet de la présente décision — semblent déterminer une rémunération «de routine» de pleine concurrence pour ces sociétés. La conséquence logique de ces analyses pour les autres sociétés du Groupe est que tout bénéfice résiduel provenant de ces transactions contrôlées, une fois que ces sociétés ont obtenu une rémunération de pleine concurrence, revient à BSEU et est enregistré dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (83) Cette conséquence est non seulement logique, eu égard aux motifs sous-tendant l'application même de la MTMN, mais elle se justifie également d'un point de vue économique. L'entité la plus complexe du fait de ses contributions non courantes (c'est-à-dire uniques et de valeur) bénéficie du rendement excédentaire de ces transactions, mais supporte également le risque d'une perte dans le cas où l'ensemble des transactions considérées ne génère pas de rendement commercial. La notion de «bénéfice résiduel» est spécifique aux transactions et se réfère à la ou aux transactions contrôlées spécifiques considérées qui génèrent ce bénéfice. Le bénéfice résiduel est le bénéfice provenant d'un ensemble de transactions cumulées qui reste après que la partie la moins complexe (en tant que partie testée) a été rémunérée pour ses fonctions de routine par l'application de la MTMN. Par conséquent, étant donné que la MTMN semble avoir été appliquée pour fixer le prix des transactions intragroupe de BSEU et que la décision anticipée l'accepte et accepte la désignation de cette entité comme «entreprise centrale», le bénéfice résiduel tiré de ces transactions constitue son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.
- (84) Néanmoins, la décision anticipée soutient qu'en raison de son rôle d'«entité centrale» dans le segment «Remplacement» européen du Groupe, une partie des bénéfices que BSEU générera à la suite de la réorganisation constitue des «bénéfices comptables supplémentaires» tirés de synergies et d'économies d'échelle⁽⁶⁰⁾. Elle soutient en outre que BSEU n'aurait pas pu générer ces bénéfices si elle n'avait pas fait partie d'un groupe multinational⁽⁶¹⁾. La décision anticipée affirme que «[l']interprétation donnée par la Belgique au principe de pleine concurrence, décrite à l'article 185, paragraphe 2, point b) [du CIR], se réfère à l'établissement d'une rémunération acceptable pour une entité belge, comme s'il s'agissait d'une entreprise individuelle et indépendante («autonome»)⁽⁶²⁾. La décision anticipée soutient également que «[...] s'il s'avère que le résultat d'une entreprise belge n'est pas conforme au principe de pleine concurrence, l'administration belge a la possibilité, sous certaines conditions, de corriger ce résultat à la hausse ou à la baisse. En outre, comme indiqué pendant les travaux préparatoires et tel qu'explicitement confirmé par le ministre des finances lors des présentations au monde de l'entreprise, l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR prévoit la possibilité d'apporter, d'une manière unilatérale, une correction fiscale aux bénéfices supplémentaires enregistrés dans les comptes d'une entité belge afin de les mettre en conformité avec l'interprétation belge du principe de pleine concurrence»⁽⁶³⁾. La décision anticipée affirme également que «[l]es bénéfices qui dépassent les bénéfices de pleine concurrence et qui sont inclus dans les bénéfices comptables de l'entreprise (ci-après les «bénéfices comptables supplémentaires») devraient par conséquent être exclus de la base imposable de cette entreprise, car ils n'auraient pas été générés si l'entité belge avait été une entreprise indépendante»⁽⁶⁴⁾. Enfin, la décision anticipée soutient que «[c]es bénéfices comptables supplémentaires sont tirés de synergies et d'économies de coûts résultant de la réorganisation, par Bridgestone, de la structure d'entreprise européenne du groupe BSEU, ce qui n'aurait pas été possible sur une base autonome».
- (85) Selon la décision anticipée, les «bénéfices comptables supplémentaires» doivent être déterminés comme la différence positive entre: i) l'EBIT que BSEU générera à la suite de l'opération décrite au considérant (82); et ii) la marge d'exploitation qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient⁽⁶⁵⁾. Pour déterminer cette dernière, la décision anticipée applique la MTMN avec BSEU comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (86) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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 autonomes 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

⁽⁶⁰⁾ Décision anticipée, point 35.

⁽⁶¹⁾ Décision anticipée, point 36.

⁽⁶²⁾ Décision anticipée, point 20.

⁽⁶³⁾ Décision anticipée, point 21.

⁽⁶⁴⁾ Décision anticipée, point 22.

⁽⁶⁵⁾ Décision anticipée, point 35.

contrôlées font donc l'objet de l'application du principe de pleine concurrence et leur existence est une condition d'une telle application ⁽⁶⁶⁾. 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.

- (87) 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 ⁽⁶⁷⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de BSEU, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (88) La décision anticipée soutient aussi que les «bénéfices excédentaires» ont leur origine dans des «actifs incorporels indéterminables qui résultent du réseau» ⁽⁶⁸⁾. La décision anticipée ne définit cependant pas le contenu ni la forme de ces actifs incorporels allégués. La manière appropriée de traiter les bénéfices 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 concernant ces actifs incorporels ⁽⁶⁹⁾, et iii) à ajuster les prix de ces transactions contrôlées de telle sorte que leurs conditions correspondent à celles de transactions de pleine concurrence ⁽⁷⁰⁾. Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Cette dernière n'identifie aucun actif incorporel concret transféré à ou mis à la disposition de BSEU par une société associée du groupe, et encore moins les transactions ou modalités concernant de tels biens incorporels, ni n'indique de quelle manière ces transactions ou modalités devraient être rémunérées pour être conformes au principe de pleine concurrence. La Commission observe à cet égard que la décision anticipée fait clairement la distinction entre les «actifs incorporels indéterminables qui résultent du réseau» allégués et les autres éléments de propriété intellectuelle détenus par BSEU à la suite de l'octroi d'une licence par Bridgestone Corporation, la société mère du Groupe ⁽⁷¹⁾.
- (89) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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 (également dénommés «actifs incorporels résultant du réseau» dans la décision anticipée), la Commission fait tout d'abord observer que les synergies et les économies d'échelle ne sont ni des transactions ni des actifs incorporels ⁽⁷²⁾. 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 ⁽⁷³⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁶⁶⁾ 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. [...]».

⁽⁶⁷⁾ 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.

⁽⁶⁸⁾ Décision anticipée, point 37.

⁽⁶⁹⁾ 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.

⁽⁷⁰⁾ 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».

⁽⁷¹⁾ Décision anticipée, point 40.

⁽⁷²⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁷³⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁴⁾ 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.

- (90) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe ⁽⁷⁵⁾, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par BSEU, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (91) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée ⁽⁷⁶⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés ⁽⁷⁷⁾.
- (92) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être (ré)attribués à BSEU. La décision anticipée précise que BSEU «en tant qu'entité centrale de cette structure sera responsable, sur les plans opérationnel et fonctionnel, des résultats européens des activités [du segment "Remplacement"]» ⁽⁷⁸⁾. Elle mentionne également que BSEU est «chargée des décisions stratégiques et des activités en rapport avec la production, la logistique, la gestion des stocks et les ventes au niveau européen» ⁽⁷⁹⁾ et conclut qu'«il en résultera des économies de coûts, des synergies, des gains d'efficacité opérationnelle [...] découlant de la fonction de coordination européenne assumée par BSEU» ⁽⁸⁰⁾. Cela indique que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions de BSEU en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (93) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (80), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de BSEU pour parvenir à son 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 de BSEU entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (94) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (63) 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 ⁽⁸¹⁾.
- (95) Au considérant (71), 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 (72), 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.
- (96) Aux considérants (77) à (93), 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 de BSEU, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 BSEU une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures

⁽⁷⁵⁾ Par exemple, la décision anticipée n'indique pas quelles dépenses seraient réduites, ni quelles économies de coûts pourraient être générées, pas plus qu'elle n'indique comment les revenus seraient augmentés.

⁽⁷⁶⁾ Décision anticipée, point 46.

⁽⁷⁷⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (89)].

⁽⁷⁸⁾ Décision anticipée, point 13.

⁽⁷⁹⁾ Ibidem.

⁽⁸⁰⁾ Décision anticipée, point 15.

⁽⁸¹⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

contestées favorisent cette entreprise 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*

- (97) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (65) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent BSEU 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (86).
- (98) En effet, en permettant à BSEU d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (99) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent BSEU 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»⁽⁸²⁾. 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.
- (100) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent BSEU 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.
- (101) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent BSEU 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 de BSEU à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels. 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.
- (102) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent BSEU 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

⁽⁸²⁾ 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. L'importance de cette condition est confirmée au point 39 de la décision anticipée, qui confirme que «[L]es effets de synergie et les actifs incorporels indéterminables résultant du réseau n'ont pas leur origine dans des activités belges qui existaient avant la réorganisation.»

4.5.4. *Justification objective*

- (103) 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⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾.
- (104) 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 de BSEU, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (105) 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⁽⁸⁵⁾. 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.
- (106) Premièrement, comme expliqué aux considérants (77) à (80), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de BSEU 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.
- (107) 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 (81) à (93), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre BSEU et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (108) 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.
- (109) 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**

- (110) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à BSEU sous la forme d'une exonération fiscale.

⁽⁸³⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁴⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁸⁵⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (111) 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»⁽⁸⁶⁾. 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⁽⁸⁷⁾.
- (112) En l'espèce, BSEU fait partie du Groupe. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une nouvelle structure, avec BSEU en tant qu'entreprise centrale en Europe, en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (113) 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⁽⁸⁸⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe Bridgestone, en plus de BSEU, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (114) 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)⁽⁸⁹⁾. 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)⁽⁹⁰⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (115) 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

- (116) 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⁽⁹¹⁾, 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⁽⁹²⁾. 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⁽⁹³⁾.
- (117) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à BSEU 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.
- (118) La Commission note en particulier que, puisque le traitement fiscal accordé au moyen des mesures contestées semble entraîner une réduction des charges actuelles ou futures normalement supportées par l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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⁽⁹⁴⁾.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell Produzione SpA/Commission, EU:C:2010:787, points 47 à 55 et affaire C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., EU:C:2006:8, point 112.

⁽⁸⁸⁾ 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 [...]».

⁽⁸⁹⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹⁰⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporoi Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

⁽⁹⁴⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Bridgestone Europe NV par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de Bridgestone Europe NV relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de Bridgestone Europe NV pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NEDERLÄNDISCH

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")⁽¹⁾. 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. Bridgestone Europe NV ("BSEU") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigen in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten de belastbare grondslag van BSEU opwaarts aangepast.
- (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")⁽²⁾.
- (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 ruling die aan BSEU is 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. Begunstigen van de omstreden maatregelen

- (5) BSEU is gevestigd in Zaventem, België, en maakt deel uit van de Bridgestone Groep ("de Groep"), 's werelds grootste producent van banden en andere rubberproducten. De Groep is ook werkzaam in andere domeinen, zoals de verkoop van auto-onderdelen en grondstoffen voor banden alsook het onderhoud en herstellen van voertuigen.
- (6) BSEU staat onder zeggenschap van Bridgestone Corporation, gevestigd in Japan. De Groep had in 2009 activiteiten in meer dan 150 landen en wereldwijd meer dan 126 000 werknemers⁽³⁾. BSEU fungeert als Europees hoofdkwartier van de Groep.

2.2. De omstreden maatregelen

- (7) De "omstreden maatregelen" in dit besluit bestaan uit de hieronder genoemde ruling en de aanvaarding door de Belgische belastingautoriteiten van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van BSEU die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan BSEU een vrijstelling van "overwinst" hebben toegekend.
 - Op 13 januari 2009 heeft BSEU een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2010 bestrijkt ("de ruling")⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat een operationele marge van 2,2 % wordt geaccepteerd als maximale zakelijke vergoeding voor de activiteiten van BSEU in het "Replacement"-segment en dat elke winst van BSEU bovenop deze marge op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van vennootschapsbelasting mocht worden vrijgesteld als "overwinst" (ook "excessieve winst" genoemd).

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling beschrijft de reorganisatie van de Groep voor het "Replacement"-segment in Europa, in het kader waarvan BSEU in België wordt aangewezen als "Europese coördinator" in de nieuwe Europese supply-chain structuur voor dit marktsegment. BSEU handelt in die hoedanigheid als centrale entiteit die verantwoordelijk is voor het centrale beheer van het "Replacement"-segment in Europa. BSEU zal als zodanig alle Europese strategische functies met betrekking tot dit segment uitvoeren, en belast zijn met de productplanning, facturatie, levering en logistieke operaties, terwijl andere ondernemingen van de Groep zullen optreden als distributeurs met een beperkt risico of als contract manufacturers die namens BSEU werkzaam zijn. Het is verwacht dat deze reorganisatie zal resulteren in kostenbesparingen, synergieën, verhoogde operationele efficiënties, een verbetering van kapitaalsbehoeften enz.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 800.445 van 13 januari 2009, gericht aan Bridgestone.

⁽⁵⁾ Ruling, paragrafen 11 tot en met 16.

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

- (9) De ruling beschrijft de intragroepstransacties tussen BSEU als de centrale entiteit en de aangesloten distributeurs met een beperkt risico en contract manufacturers. De ruling verklaart dat de vergoeding voor de aangesloten distributeurs met een beperkt risico en contract manufacturers op zakelijke basis is vastgesteld op grond van een verrekenprijsstudie, zonder echter de prijsbepaling of de gebruikte methode gedetailleerd te beschrijven ⁽⁶⁾.
- (10) De ruling stelt dat de invoering van het nieuwe business model zal resulteren in kostenbesparingen, synergieën, verhoogde operationele efficiënties, en andere schaalvoordelen. In dat verband verklaart de ruling dat de reorganisatie en de aanwijzing van BSEU als Europese coördinator “tot bijkomende winsten zal leiden in hoofde van BSEU in vergelijking met de situatie zonder reorganisatie” ⁽⁷⁾.
- (11) De ruling stelt vervolgens dat voornoemde “additionele winsten”, d.w.z. de winsten die kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten, schaalvoordelen en kostenbesparingen (samen “network intangibles” genoemd) ⁽⁸⁾, kunnen worden vastgesteld als het verschil tussen:
- (i) de winst uit het “Replacement”-segment die BSEU daadwerkelijk zal genereren en na de reorganisatie in zijn jaarrekening zal opnemen; en
 - (ii) de vermeende “aangepaste” zakelijke winst voor de functies die zijn uitgeoefend en de risico's die zijn genomen door BSEU met betrekking tot het “Replacement”-segment.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de residuele winst van BSEU, d.w.z. de totale omzet (met inbegrip van de zakelijke verkopen aan verbonden distributeurs) waarop de zakelijke vergoeding voor de productie-entiteiten en de eigen operationele kosten van BSEU in mindering zijn gebracht. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een volgende verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de TNMM, maar deze keer met BSEU als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan zijn vermeende “aangepaste” zakelijke winst wordt gebenchmarkt op een operationele marge van 2,2 % (d.w.z. vanwege zijn rol als “centrale entiteit” zou zijn operationele winst uit het “Replacement”-segment gelijk moeten zijn aan 2,2 % van de omzet/inkomsten) ⁽⁹⁾. De ruling verklaart voorts dat indien er een negatief verschil is tussen de voornoemde bedragen, d.w.z. indien de jaarlijkse door BSEU gegenereerde EBIT kleiner is dan de vermeende operationele marge van 2,2 %, er geen aanpassing wordt gedaan en alleen het lagere gegenereerde bedrag wordt belast ⁽¹⁰⁾.

- (12) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van “overwinst” door te verwijzen naar paragraaf 1.09 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 ⁽¹¹⁾. Vervolgens wordt verwezen naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 “excessieve winst” in de winst moet worden opgenomen ⁽¹²⁾.
- (13) De ruling verklaart dat BSEU een bedrag van daadwerkelijk geboekte winst in het “Replacement”-segment bovenop een operationele marge van 2,2 % voor een periode van vijf jaar in België van vennootschapsbelasting mag vrijstellen, met de mogelijkheid van verlenging voor een additionele periode van vijf jaar ⁽¹³⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (14) 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).
- (15) 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”.

⁽⁶⁾ Ruling, paragrafen 17.10 en 17.12.

⁽⁷⁾ Ruling, paragrafen 11 tot en met 16.

⁽⁸⁾ Ruling, paragraaf 36.

⁽⁹⁾ Ruling, paragraaf 33.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragraaf 42.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragraaf 46.

⁽¹²⁾ Ruling, paragrafen 47 en 48.

⁽¹³⁾ Ruling, paragrafen 56 tot en met 64.

- (16) 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.
- (17) 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-afrekbare 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*

- (18) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽¹⁴⁾ 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.”

- (19) 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”).
- (20) 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.
- (21) 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-ingezeten vennootschappen.

⁽¹⁴⁾ 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?language=fr&caller=summary&pub_date=04-07-09&numac=2004003278. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

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

- (22) 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 ⁽¹⁵⁾. 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” ⁽¹⁶⁾. 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” ⁽¹⁷⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽¹⁸⁾. 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.
- (23) 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.
- (24) 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

- (25) 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 ⁽¹⁹⁾. 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.
- (26) 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.
- (27) 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 ⁽²⁰⁾ 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.

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

⁽¹⁶⁾ 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.”

⁽¹⁷⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽¹⁸⁾ 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.”

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

⁽²⁰⁾ 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)].

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

- (28) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005 ⁽²¹⁾ 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.
- (29) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking ⁽²²⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.
- (30) 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.
- (31) 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 ⁽²³⁾. 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*

- (32) 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 ⁽²⁴⁾.
- (33) 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.”

- (34) 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.
- (35) 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 ⁽²⁵⁾. 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.

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

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

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

⁽²⁴⁾ 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.

⁽²⁵⁾ Zie voetnoot 14.

2.3.2. OESO-richtsnoeren inzake verrekenprijzen

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

- (36) 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 ⁽²⁶⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (37) 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 zij 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.
- (38) 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 ⁽²⁷⁾. 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 zij overeengekomen tussen onafhankelijke vennootschappen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen ⁽²⁸⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (39) 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.
- (40) 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 ⁽²⁹⁾. 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.
- (41) 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:

⁽²⁶⁾ 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”).

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

⁽²⁸⁾ 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.

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

“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)]

- (42) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 ⁽³⁰⁾ 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 ⁽³¹⁾. Als er van doelbewuste gezamenlijke groepsacties geen sprake is, mogen die synergie-effecten niet afzonderlijk worden vergoed of specifiek worden toegerekend aan groepsleden, maar moeten zij worden beschouwd als incidenteel aan het behoren tot een groep ⁽³²⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (43) 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.
- (44) 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 ingezeten 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 ⁽³³⁾.
 - 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽³⁴⁾. 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

⁽³⁰⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³¹⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³²⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³³⁾ 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)].

⁽³⁴⁾ 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, herzielt 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)].

gerechtvaardigd is, wat betreft het principe of het bedrag, kan die Staat en zal hij doorgaans afzien van een neerwaartse aanpassing⁽³⁵⁾. 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.

- (45) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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⁽³⁶⁾.
- (46) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties⁽³⁷⁾.
- (47) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's⁽³⁸⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent⁽³⁹⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (48) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij)⁽⁴⁰⁾. Van de meest

⁽³⁵⁾ 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.

⁽³⁶⁾ 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)].

⁽³⁷⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)]. Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽³⁸⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)]. Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽³⁹⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁰⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (49) 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.
- (50) 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 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.
- (51) 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.
- (52) 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 probleem van “prijscontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (53) 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?

- (54) 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 ⁽⁴¹⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (55) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op zijn beurt heeft BSEU zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van zijn jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting en de bepaling van het bedrag van de op basis daarvan verschuldigde vennootschapsbelasting, of van de verliezen die in aanmerking komen voor voorwaartse verrekening, 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.

⁽⁴¹⁾ 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.

- (56) 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⁽⁴²⁾. Dankzij de ruling mocht BSEU een deel van zijn anders belastbare winst vrijstellen van belasting in zijn jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting. Door die aangiften en het bedrag van de op basis daarvan betaalde vennootschapsbelasting of de op basis daarvan voorwaartse verrekening van verliezen te aanvaarden, heeft de Belgische Staat afgezien van belastinginkomsten die hij anders, zonder de omstreden maatregelen, had kunnen innen bij BSEU. 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

- (57) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt BSEU deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. BSEU is verantwoordelijk voor het Europese leiderschap van de Groep. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van BSEU het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁴³⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (58) 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⁽⁴⁴⁾. Voor zover de omstreden maatregelen BSEU ontheffen van bestaande of toekomstige vennootschapsbelasting die het anders, zonder die maatregelen, zou moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen BSEU bevrijden van een last die het normaal gesproken had moeten dragen in zijn gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁴⁵⁾, 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

- (59) 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⁽⁴⁶⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen BSEU een selectief voordeel verlenen, omdat zij die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (60) 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⁽⁴⁷⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁴⁸⁾. Wat belastingmaatregelen betreft, kan een voordeel

⁽⁴²⁾ 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.

⁽⁴³⁾ 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.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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, Rousse 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

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

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

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 ⁽⁴⁹⁾.

- (61) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen BSEU een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van de beprijzing van intragroepstransacties tussen BSEU en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep. Die verrekenprijs-exercitie, die gebaseerd lijkt op de TNMM, kent die tegenpartijen een vergoeding voor hun zogenoemde routinefuncties toe ⁽⁵⁰⁾, hetgeen betekent dat de residuele winst van de bovengenoemde intragroepstransacties aan BSEU wordt toegewezen. Die residuele winst wordt vervolgens in de jaarrekening van BSEU opgenomen en vormt de basis voor zijn EBIT.
- (62) Door de omstreden maatregelen mocht BSEU een deel van zijn EBIT uit het “Replacement”-segment als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2010. BSEU mocht 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 BSEU in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen BSEU een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (63) 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 BSEU 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” ⁽⁵¹⁾. 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” ⁽⁵²⁾.
- (64) 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.
- (65) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 BSEU 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 zij ook prima facie selectief zijn.

4.5.3. *Subsidiaire voorlopige vaststellingen van selectiviteit: de omstreden maatregelen bevoordelen BSEU ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (66) 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 ⁽⁵³⁾. 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

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ Voor distributeurs met een beperkt risico wordt de vergoeding in de regel gebaseerd op een operationele marge, terwijl contract manufacturers in de regel worden vergoed op basis van een netto cost-plus marge, maar de ruling geeft hierover geen verdere details.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ Ibid.

⁽⁵³⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

kunnen genieten⁽⁵⁴⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen BSEU bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

- (67) 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 BSEU bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat BSEU daardoor zijn belastbare grondslag mag 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.
- (68) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 BSEU 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*

- (69) 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 situaties bevinden, ongelijk behandelt⁽⁵⁵⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst⁽⁵⁶⁾. 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.
- (70) 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)⁽⁵⁷⁾.
- (71) Door de omstreden maatregelen mag BSEU een deel van de door de onderneming gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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 zij moeten worden getoetst om een selectief voordeel aan te tonen.
- (72) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (16), 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⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

- (73) De omstreden maatregelen en de belastingvermindering waartoe zij 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.
- (74) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2⁽⁵⁹⁾.
- (75) Zoals volgt uit punt (18), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals BSEU) 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.
- (76) In de punten (77) tot en met (93) 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 BSEU is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van BSEU, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (77) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van BSEU wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (78) In de paragrafen 48 en 61 van de ruling 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 BSEU.

⁽⁵⁹⁾ 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.”

- (79) 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.
- (80) Aangezien de ruling BSEU toestaat een deel van haar geboekte winst 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 BSEU om tot zijn 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 BSEU en buitenlandse verbonden tegenpartijen*
- (81) 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 BSEU, 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 BSEU en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (82) Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het valideren van het feit dat de intragroepstransacties van BSEU met andere vennootschappen van de Groep zijn beprijsd op grond van het zakelijkheidsbeginsel. In dat verband verwijst de ruling naar verrekenprijsanalyses waarbij zeer waarschijnlijk gebruik is gemaakt van de TNMM, met de andere vennootschappen van de Groep als de minst complexe en dus de geteste partijen bij die transacties. Het resultaat van die analyses — die niet in de ruling worden uitgelegd en niet het onderwerp van dit besluit vormen — lijkt te zijn dat voor die vennootschappen een zakelijke “routine”-vergoeding wordt vastgesteld. Het logische gevolg van deze analyses op de andere vennootschappen van de groep is dat de residuele winst die overblijft uit die verbonden transacties nadat die vennootschappen een zakelijke vergoeding hebben ontvangen, door BSEU wordt behaald en in zijn jaarrekening wordt opgenomen als zakelijke winst.
- (83) Dat gevolg is niet alleen logisch, op basis van de achterliggende gedachte van de toepassing van de TNMM op zich, maar ook vanuit economisch perspectief. De meest complexe entiteit heeft op grond van haar niet-routinematige (d. w.z. unieke en waardevolle) bijdragen recht op het residuele rendement van die transacties, maar draagt ook het risico van een verlies ingeval de onderzochte gecombineerde transacties geen commercieel rendement genereren. Het begrip “residuele winst” is transactiespecifiek en verwijst naar de onderzochte specifieke verbonden transacties die winst genereren. De residuele winst is de winst die voortkomt uit een reeks gecombineerde transacties die overblijft nadat de minst complexe partij (als geteste partij) door de toepassing van de TNMM voor haar routinefuncties is vergoed. Aangezien de TNMM lijkt te zijn toegepast om de intragroepstransacties van BSEU te beprijsen en aangezien de ruling die methode aanvaardt en aanvaardt dat die entiteit als “centrale vennootschap” wordt aangewezen, is bijgevolg de residuele winst uit die transacties zijn zakelijke winst en wordt die winst als zodanig in zijn jaarrekening opgenomen.
- (84) Toch stelt de ruling dat door zijn rol als “centrale entiteit” in het Europese “Replacement”-segment van de Groep, een deel van de winst die BSEU na de reorganisatie zal genereren, “bijkomende boekwinst” vormt, voortkomend uit synergie-effecten en schaalvoordelen⁽⁶⁰⁾. De ruling argumenteert voorts dat BSEU deze bijkomende boekwinst niet had kunnen realiseren indien het niet behoorde tot een multinationale groep⁽⁶¹⁾. De ruling stelt dat “[d]e Belgische interpretatie van het arm’s length-principe, zoals beschreven in artikel 185 § 2, b WIB 92, verwijst naar de bepaling van een aanvaardbare vergoeding van een Belgische entiteit alsof het een individuele en onafhankelijke (“stand-alone”) onderneming is.”⁽⁶²⁾ De ruling stelt voorts dat “[...] indien het resultaat van een Belgische onderneming geen arm’s length-resultaat weergeeft, de Belgische administratie onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid heeft om dit resultaat van een Belgische onderneming op- of neerwaarts aan te passen. Daarenboven, zoals aangegeven in de voorbereidende werken en zoals expliciet bevestigd door de Minister van Financiën tijdens presentaties aan de bedrijfswereld, maakt artikel 185 § 2, b WIB 92 het mogelijk om, op unilaterale wijze, bijkomende winst opgenomen in de boekhouding van een Belgische entiteit fiscaal te corrigeren teneinde deze in overeenstemming te brengen met de Belgische interpretatie van het arm’s length principe”⁽⁶³⁾. De ruling voert ook aan dat “[d]e winst die een arm’s length vergoeding overschrijdt en in de boekhoudkundige winst van de onderneming is begrepen (hierna “bijkomende boekwinst”), [...] daarom uitgesloten [zou] moeten worden uit de belastbare basis van deze onderneming, aangezien deze winst niet zou gerealiseerd zijn indien de Belgische entiteit

⁽⁶⁰⁾ Ruling, paragraaf 35.

⁽⁶¹⁾ Ruling, paragraaf 36.

⁽⁶²⁾ Ruling, paragraaf 20.

⁽⁶³⁾ Ruling, paragraaf 21.

een stand-alone onderneming zou zijn”⁽⁶⁴⁾. Ten slotte stelt de ruling dat “bijkomende boekwinst [...] betrekking [heeft] op synergieën en kostenbesparingen die resulteren uit Bridgestone's reorganisatie van het Europese business-model van de BSEU-groep, wat op een stand-alone basis niet mogelijk zou geweest zijn.”

- (85) De ruling voert aan dat de “bijkomende boekwinst” moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de EBIT die BSEU zal behalen na de operatie, zoals beschreven in punt (82); en ii) de operationele marge die het zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van de Groep waartoe het behoort⁽⁶⁵⁾. Om de laatstbedoelde marge te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM toe met BSEU als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.
- (86) Anders dan in de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de ruling lijkt 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⁽⁶⁶⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.
- (87) 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 is beprijsd⁽⁶⁷⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van BSEU te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden beprijsd of die worden beprijsd.
- (88) De ruling argumenteert ook dat de “bijkomende boekwinst” haar oorsprong vindt in een “niet-definieerbare network intangible”.⁽⁶⁸⁾ De rulings definiëren echter niet de inhoud of de vorm van die vermeende intangible. De correcte manier om winst verkregen uit immateriële activa volgens het zakelijkheidsbeginsel te benaderen, bestaat uit i) het identificeren, onderbouwen en juist afbakenen van dergelijke immateriële activa; ii) het uitvoeren van een gedetailleerde analyse van de kenmerken en vergelijkbaarheidsfactoren aangaande de betrokken verbonden transacties met betrekking tot dergelijke immateriële activa⁽⁶⁹⁾, en iii) het aanpassen van de prijzen voor die verbonden transacties, zodat de voorwaarden daarvan overeenkomen met die in zakelijke transacties⁽⁷⁰⁾. Geen van

⁽⁶⁴⁾ Ruling, paragraaf 22.

⁽⁶⁵⁾ Ruling, paragraaf 35.

⁽⁶⁶⁾ 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)].

⁽⁶⁷⁾ 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.

⁽⁶⁸⁾ Ruling, paragraaf 37.

⁽⁶⁹⁾ 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.

⁽⁷⁰⁾ 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)].

deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling identificeert geen concreet immaterieel actief dat door een verbonden groepsvennootschap aan BSEU wordt overgedragen of beschikbaar gesteld in dit verband, laat staan de transacties of regelingen met betrekking tot een dergelijk immaterieel actief, of de wijze waarop die transacties of regelingen onder zakelijke voorwaarden zouden moeten worden vergoed. De Commissie noteert in dit verband dat de ruling een duidelijk onderscheid maakt tussen de vermeende “niet-definieerbare network intangible” en de andere intellectuele eigendom van BSEU na de toekenning van een vergunning door Bridgestone Corporation, de moedermaatschappij van de Groep ⁽⁷¹⁾.

- (89) Met betrekking tot het argument van de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep (in de ruling ook “network intangible” genoemd), merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa ⁽⁷²⁾. 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 ⁽⁷³⁾; 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 ⁽⁷⁴⁾.
- (90) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten ⁽⁷⁵⁾, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door BSEU gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan de onderneming is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (91) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan ⁽⁷⁶⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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 ⁽⁷⁷⁾.
- (92) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst aan BSEU zou moeten worden toegerekend. Meer bepaald stelt de ruling dat BSEU, “als centrale entiteit in deze structuur, operationeel en functioneel verantwoordelijk werd voor het aansturen van het Europese resultaat van de REP-business” ⁽⁷⁸⁾. De ruling stelt eveneens dat BSEU “verantwoordelijk [werd] voor de strategische beslissingen en activiteiten wat betreft productie, logistiek, voorraad en verkoop op Europees niveau” ⁽⁷⁹⁾ en concludeert dat dit “zal resulteren in kostenbesparingen, synergieën, verhoogde operationele efficiënties [...] als gevolg van de Europese coördinatiefunctie die aan BSEU werd toevertrouwd” ⁽⁸⁰⁾. Dit wijst erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van BSEU in België en dus terecht in zijn jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.

⁽⁷¹⁾ Ruling, paragraaf 40.

⁽⁷²⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷³⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁴⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷⁵⁾ In de ruling wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke kosten zouden zijn verminderd noch welke kostenbesparingen zouden kunnen zijn verwezenlijkt en evenmin hoe inkomsten zouden zijn verhoogd.

⁽⁷⁶⁾ Ruling, paragraaf 46.

⁽⁷⁷⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (89)).

⁽⁷⁸⁾ Ruling, paragraaf 13.

⁽⁷⁹⁾ Ibid.

⁽⁸⁰⁾ Ruling, paragraaf 15.

- (93) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (80), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van BSEU om tot zijn 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 BSEU leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen

- (94) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (63) 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⁽⁸¹⁾.
- (95) In punt (71) 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 (72), 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.
- (96) De voorlopige conclusie van de punten (77) tot en met (93) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van BSEU, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 BSEU een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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

- (97) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (65) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen BSEU 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (86) heeft betwist.
- (98) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door BSEU toe te staan een deel van zijn geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.
- (99) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen BSEU 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⁽⁸²⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.

⁽⁸¹⁾ 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.

⁽⁸²⁾ 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. Het belang van deze voorwaarde wordt bevestigd door paragraaf 39 van de ruling die aldus luidt: “De synergie-effecten en de niet-definieerbare netwerk intangible zullen niet afkomstig zijn van of hun oorsprong vinden in de reeds vóór de reorganisatie bestaande Belgische activiteiten.”

- (100) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen BSEU selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (101) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen BSEU 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 BSEU tot onder het niveau van de zakelijke winst die in zijn jaarrekening is opgenomen. 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.
- (102) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen BSEU 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. Objectieve rechtvaardiging

- (103) 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⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾.
- (104) 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 BSEU, waardoor die onderneming 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.
- (105) 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⁽⁸⁵⁾. 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.
- (106) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (77) en met (80), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van BSEU 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

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ 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.

⁽⁸⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.

- (107) 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 (81) tot en met (93), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen BSEU en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (108) 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.
- (109) 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

- (110) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan BSEU staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (111) 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.”⁽⁸⁶⁾ 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⁽⁸⁷⁾.
- (112) In dit geval is BSEU deel van de Groep. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om een nieuwe structuur op te zetten, met BSEU als centrale vennootschap in Europa, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (113) 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⁽⁸⁸⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Bridgestone Groep, naast BSEU, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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; 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.

⁽⁸⁸⁾ 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 verstreekte 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 [...]”.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (114) 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)⁽⁸⁹⁾. 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)⁽⁹⁰⁾. 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.
- (115) 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 zij tot uitvoering werden gebracht.

4.8. Verenigbaarheid met de interne markt

- (116) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU, genoemde gronden valt⁽⁹¹⁾, 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⁽⁹²⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU,⁽⁹³⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (117) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan BSEU en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (118) De Commissie merkt met name op dat, aangezien de door de omstreden maatregelen toegekende fiscale behandeling lijkt te leiden tot een vermindering van de huidige of toekomstige lasten die normaal gesproken op de betrokken onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁹⁴⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Bridgestone Europe NV is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van Bridgestone Europe NV voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen, en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Bridgestone Europe NV over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- een geactualiseerd organigram dat de huidige eigendomsstructuur van de Groep beschrijft.

⁽⁸⁹⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹⁰⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU; Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹¹⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU, vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹⁴⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.54001 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von CHEP Equipment Pooling****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/38)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2012 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen CHEP Equipment Pooling NV (im Folgenden „CHEP“) für die Steuerjahre 2010 bis 2015 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde CHEP für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme CHEP einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahme CHEP einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie CHEP im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von CHEP durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird CHEP gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von CHEP bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von CHEP akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von CHEP Equipment Pooling NV und der Brambles-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. CHEP Equipment Pooling NV («CHEP») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont récupéré les impôts impayés auprès de CHEP.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à CHEP, 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 considérerait qu'elles ne constituaient pas des aides d'État.

2. CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE

2.1. Bénéficiaires des mesures contestées

- (5) CHEP est basée à Malines, en Belgique, et fait partie du groupe Brambles (le «Groupe»), une entreprise multinationale cotée en bourse qui propose divers services en matière de chaîne d'approvisionnement et de gestion de l'information. Les activités principales du Groupe sont liées à la branche d'activité de CHEP (location-gestion de palettes et de conteneurs) et à celui de Recall (gestion de l'information). En 2012, le Groupe était présent dans plus de 45 pays et employait plus de 12 000 salariés.
- (6) La branche d'activité de CHEP englobe la location-gestion des palettes «CHEP», de conteneurs pour vrac intermédiaire (Intermediate Bulk Containers, «IBC»), de bacs en plastique réutilisables (Reusable Plastic Containers, «RPC») et de conteneurs pour l'industrie automobile, ainsi que les services connexes. La section européenne de la branche d'activité de CHEP est présente dans 23 pays, avec plus de 1 700 salariés et 151 centres de services qui gèrent plus de 150 millions de palettes, pour une valeur supérieure à 1 milliard d'USD. Plus de 80 % des recettes réalisées en Europe proviennent des palettes et des services connexes ⁽³⁾.

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par CHEP sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à CHEP.

— Le 28 février 2012, CHEP a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec une restructuration interne, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} juillet 2010 au 30 juin 2015 (la «décision anticipée») ⁽⁴⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que [20-25] % du bénéfice net annuel (en anglais *net profit before taxes* ou «NPBT») réel de CHEP pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Toutes les données proviennent de la décision anticipée telle que définie au considérant (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2011.542 du 28 février 2012, adressée à CHEP.

2.2.1. L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée

- (8) La décision anticipée décrit le projet du Groupe de réorganiser ses activités en Europe en désignant CHEP en Belgique comme «entrepreneur central», soit l'entité centrale responsable de la gestion centrale des actifs du Groupe à l'échelle européenne. CHEP remplira cette fonction conjointement avec les entités d'exploitation CHEP européennes («OpCos») telles que le siège régional et les entités locales de services.
- Dans la structure d'entreprise antérieure, les OpCos jouissaient d'une vaste autonomie opérationnelle en ce qui concerne leurs produits (palettes et conteneurs). Ce sont elles qui étaient responsables de la gestion quotidienne locale et de la stratégie régionale, et qui fournissaient directement aux clients les produits et les services ⁽⁵⁾. Si un produit était utilisé par un client dans le cadre d'un transport transfrontalier et arrivait dans une région relevant d'une autre OpCo, les OpCos se versaient des redevances de location («interpool-fees») conformément à la politique de prix de transfert du Groupe. En Europe (hors Norvège et Suisse), la structure du Groupe et les divers produits pouvaient donner lieu à [200-300] flux de location annuels entre les OpCos, flux qui génèrent [1 000-10 000] factures d'interpool-fees pour une valeur de [100-200] millions d'USD par an ⁽⁶⁾. Ce modèle était appelé le «renting model» (modèle de location).
 - Dans la structure d'«entrepreneur central», CHEP sera le propriétaire légal de certains actifs existants et futurs relevant de sa branche d'activité, notamment des [actifs inclus]. Les [actifs non inclus] ne sont pas concernés par la réorganisation. Tous les actifs concernés, ainsi que les risques de marché et les risques sur stock qui y sont liés, sont transférés des OpCos à CHEP ⁽⁷⁾. CHEP sera responsable de la gestion du *pool* d'actifs européens (et par là notamment de la comptabilité, des participations, des risques et du service de location), de la fonction d'achat au niveau européen et de la comptabilité interentreprises. Le nouveau modèle d'exploitation rend inutiles les interpool-fees entre les OpCos. Au lieu de cela, CHEP facturera à chaque OpCo une redevance réputée de pleine concurrence pour la location d'un stock de base spécifique à chaque OpCo et pour la disponibilité d'un stock tampon spécifique à chaque OpCo. ⁽⁸⁾

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) La décision anticipée décrit la fixation des prix des transactions intragroupe entre CHEP et les OpCos dans le cadre de la structure d'«entrepreneur central». Plus précisément, la décision anticipée décrit:
- le fait que, dans la structure d'«entrepreneur central», CHEP soit chargée des fonctions les plus importantes et supporte le plus de risques par rapport aux actifs utilisés, tandis que les OpCos exécutent une stratégie locale au profit de la section européenne de CHEP;
 - les transactions entre CHEP et les OpCos, sans cependant valider ou décrire précisément la manière dont le montant des redevances de location spécifiques aux OpCos est déterminé.
- (10) La décision anticipée affirme que la mise en place de la structure d'«entrepreneur central» entraînera des synergies et d'autres économies d'échelle pour les activités en Europe, au Moyen-Orient et en Afrique (zone «EMEA»), qui profiteront à l'ensemble du Groupe ⁽⁹⁾. Elle affirme qu'en l'espèce, «[l]e supplément de bénéfice provient directement de synergies, d'économies d'échelle et d'autres économies rendues possibles par la réorganisation» ⁽¹⁰⁾. Lesdites synergies, économies d'échelle et autres économies pourraient se traduire pour CHEP par des «bénéfices comptables additionnels» ⁽¹¹⁾.
- (11) La décision anticipée affirme ensuite que les «bénéfices comptables additionnels» susmentionnés, c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies, aux réductions de coûts, aux économies d'échelle et à l'accès aux systèmes et au savoir-faire du Groupe, peuvent être calculés comme la différence entre ⁽¹²⁾:
- (i) le bénéfice comptable que CHEP va réellement générer et enregistrer dans ses comptes annuels et
 - (ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» pour tenir compte des fonctions d'«entrepreneur central» de CHEP.

Le montant visé au point i) représente le bénéfice résiduel de CHEP, c'est-à-dire le chiffre d'affaires total des services fournis (à prix réputés de pleine concurrence) aux OpCos, y compris la location des actifs décrits au considérant (8), duquel sont déduites les dépenses d'exploitation propres de CHEP. Le montant visé au point ii) est une estimation obtenue en effectuant une analyse des prix de transfert au moyen de la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN»), en prenant CHEP comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge de NPBT comprise entre [5-10] % et [20-25] % ⁽¹³⁾.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 65 et 66.

⁽⁶⁾ Décision anticipée, points 31 à 39.

⁽⁷⁾ Décision anticipée, point 58.

⁽⁸⁾ Décision anticipée, points 60 à 86.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, point 99.

⁽¹⁰⁾ Ibidem.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, point 114.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, point 108.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, point 112.

- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe pour les années 2011 à 2015, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels que CHEP peut exonérer de l'impôt sur les sociétés pour atteindre la marge de NPBT envisagée à [20-25] % du NPBT de CHEP pendant ces années ⁽¹⁴⁾. La décision prévoit en outre que si le bénéfice comptable de CHEP est inférieur à ce montant, son bénéfice imposable ne sera pas corrigé. Le cas échéant, seule la marge d'exploitation nette réellement générée sera imposée; toute perte finale de l'entrepreneur central sera reportée aux exercices suivants ⁽¹⁵⁾.
- (13) La décision anticipée justifie l'exonération des «bénéfices excédentaires» en renvoyant au paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ⁽¹⁶⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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 ⁽¹⁷⁾.
- (14) La décision anticipée déclare que CHEP est autorisée à exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique un montant équivalant à [20-25] % de son NPBT annuel pendant une période de cinq ans ⁽¹⁸⁾. Ce pourcentage a été réexaminé et confirmé dans un avenant du 1^{er} avril 2014 ⁽¹⁹⁾.

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

- (15) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (16) 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 bénéfices. 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».
- (17) 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^{er}, 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.
- (18) 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.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, point 117.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, point 118.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, point 132. La décision anticipée se réfère au paragraphe «1.9» des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 mais il est très probable que la référence visée était soit le paragraphe 1.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995, soit le paragraphe 1.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽¹⁷⁾ Décision anticipée, points 133, 134 et 135.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, points 147 et 148.

⁽¹⁹⁾ Décision anticipée, point 148, et avenant du 1^{er} avril 2014 à la Voorafgaande beslissing 2011.542.

2.3.1.1. La loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR

- (19) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽²⁰⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (20) 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»).
- (21) 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.
- (22) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (23) 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 ⁽²¹⁾. 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» ⁽²²⁾. 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» ⁽²³⁾. 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 ⁽²⁴⁾. 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.

⁽²⁰⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

⁽²¹⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²²⁾ 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.»

⁽²³⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²⁴⁾ Ibidem, p. 56: «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.»

- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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 ⁽²⁵⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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) ⁽²⁶⁾ 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»

- (29) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²⁷⁾, 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.
- (30) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽²⁸⁾ 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 demandaient 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.
- (31) 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.

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

⁽²⁶⁾ 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».

⁽²⁷⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁸⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (32) 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⁽²⁹⁾. 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*

- (33) 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⁽³⁰⁾.
- (34) 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.»

- (35) 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.
- (36) 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⁽³¹⁾. 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.

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*

- (37) 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»)⁽³²⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (38) 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.

⁽²⁹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³⁰⁾ 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.

⁽³¹⁾ Voir la note de bas de page n° 2020.

⁽³²⁾ 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»).

- (39) 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⁽³³⁾. 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⁽³⁴⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁵⁾. 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.
- (42) 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.»*
- (43) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³⁶⁾ 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⁽³⁷⁾. 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⁽³⁸⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (44) 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.
- (45) 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.

⁽³³⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁴⁾ 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.

⁽³⁵⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁶⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁸⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

- 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 ⁽³⁹⁾.
- 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 ⁽⁴⁰⁾. 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 ⁽⁴¹⁾. 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.

- (46) 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 ⁽⁴²⁾.
- (47) 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 ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ 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».

⁽⁴⁰⁾ 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.»

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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.»

⁽⁴³⁾ 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.

- (48) 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⁽⁴⁴⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine»⁽⁴⁵⁾, 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.
- (49) 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)⁽⁴⁶⁾. 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

- (50) 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.
- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.
- (54) 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.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ 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.

⁽⁴⁶⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

4. APPRÉCIATION DES MESURES CONTESTÉES

4.1. Existence d'une aide

- (55) 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 ⁽⁴⁷⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (56) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. CHEP, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses 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.
- (57) 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 ⁽⁴⁸⁾. La décision anticipée a permis à CHEP d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 de CHEP 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

- (58) 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, CHEP fait partie du groupe Brambles, qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. CHEP détient et est responsable de la gestion des actifs du Groupe au niveau européen. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de CHEP est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁴⁹⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

4.4. Distorsion de la concurrence

- (59) 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 ⁽⁵⁰⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent CHEP de l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère CHEP d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence ⁽⁵¹⁾; 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

4.5. Avantage sélectif

- (60) 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⁽⁵²⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à CHEP parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant l'impôt sur les sociétés qu'elle doit 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

- (61) 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⁽⁵³⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁵⁴⁾. 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⁽⁵⁵⁾.
- (62) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à CHEP en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par décrire les prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre CHEP et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe (les OpCos) pour déterminer une interpool-fee de pleine concurrence. Cette fixation des prix de transfert n'a pas été validée ni expliquée plus en détail dans la décision anticipée mais semble avoir été considérée et acceptée comme acquise. Les recettes tirées de cette interpool-fee ont été enregistrées dans les comptes annuels de CHEP et forment la base de calcul de son NPBT.
- (63) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} juillet 2010 au 30 juin 2015, CHEP a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». CHEP n'a été autorisée 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 de CHEP, 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 CHEP, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, 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

- (64) 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 CHEP 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁵⁶⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁵⁷⁾.
- (65) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».

(52) 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.

(53) Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

(54) Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

(55) 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.

(56) 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.

(57) Ibidem.

- (66) 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 1er, 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 CHEP un avantage sous forme de réduction de sa 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 de CHEP par rapport à des entreprises comparables

- (67) 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⁽⁵⁸⁾. 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⁽⁵⁹⁾. 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 de CHEP par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (68) 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 de CHEP par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (69) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de CHEP 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

- (70) 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⁽⁶⁰⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée⁽⁶¹⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.
- (71) 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)⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁵⁹⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

⁽⁶⁰⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶¹⁾ 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 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.

⁽⁶²⁾ 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.

- (72) Les mesures contestées permettent à CHEP d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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.
- (73) 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 (17), 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*» ⁽⁶³⁾.
- (74) 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).
- (75) 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 ⁽⁶⁴⁾.
- (76) Ainsi qu'il ressort du considérant (19), 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 CHEP) et une contrepartie associée étrangère ne peuvent être ajustés que lorsque deux conditions cumulatives sont remplies:
- les bénéfices ajustés doivent concerner des bénéfices qui sont également inclus dans les bénéfices de la contrepartie associée étrangère; et
 - les bénéfices ajustés auraient été comptabilisés par cette contrepartie associée étrangère si la relation intragroupe avait été conforme au principe de pleine concurrence.
- (77) Aux considérants (78) 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 CHEP 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 de CHEP, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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.

⁽⁶³⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

⁽⁶⁴⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, p. 11: «L'ajustement corrélatif "approprié" mentionné au littéra 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. [...] A 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.»

(a) Les «bénéfices excédentaires» exonérés ne sont pas inclus dans les bénéfices d'une société associée étrangère

- (78) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par CHEP ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.
- (79) A l'inverse, le point 135 de la décision anticipée s'appuie 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 CHEP.
- (80) 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.
- (81) Étant donné que la décision anticipée autorise CHEP à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de CHEP pour parvenir à son 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 CHEP et des contreparties associées étrangères

- (82) 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 de CHEP, 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 CHEP et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par la description et l'acceptation implicite du caractère de pleine concurrence des prix fixés pour les transactions intragroupe conclues entre CHEP et d'autres entreprises au sein du Groupe, c'est-à-dire l'interpool-fee. Le résultat de ces transactions — qui ne relève pas de l'objet de la présente décision — permet de déterminer une rémunération de pleine concurrence pour l'interpool-fee. CHEP a enregistré les recettes qu'elle en a tirées dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence pour les fonctions exécutées.
- (83) Néanmoins, la décision anticipée soutient qu'en raison de la structure d'«entrepreneur central»⁽⁶⁵⁾ mise en place par le Groupe, CHEP, en tant qu'«entrepreneur central», générera des «bénéfices comptables additionnels» sous la forme de synergies et d'économies d'échelle⁽⁶⁶⁾. Il y est également affirmé que «[l']interprétation belge du principe de pleine concurrence de l'article 185, paragraphe 2, point b), du [CIR] fait référence à l'application d'un ajustement approprié pour la société belge concernée, comme s'il s'agissait d'une société individuelle et indépendante ("autonome")»⁽⁶⁷⁾. Il y est encore soutenu que «l'article 185, paragraphe 2, point b), du [CIR] permet d'ajuster unilatéralement, à des fins fiscales, le bénéfice supplémentaire inscrit dans les comptes annuels d'une entité belge en vue de le rendre conforme à l'interprétation belge du principe de pleine concurrence»⁽⁶⁸⁾. Elle indique en outre que «[l]a partie du bénéfice comptable qui dépasse la rémunération de pleine concurrence doit donc être exclue de la base imposable, puisque cette partie du bénéfice n'aurait pas été générée par l'entité belge

⁽⁶⁵⁾ Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010 ne définissent pas le terme «entrepreneur central». Le paragraphe 9.2 de ces principes introduit le terme «donneur d'ordre» en tant que contrepartie d'une entreprise associée étrangère jouant le rôle de distributeur limité, d'agent, de commissionnaire ou de sous-traitant/façonnier pour le donneur d'ordre mais ces principes ne définissent pas de manière plus précise le terme «donneur d'ordre». D'autres exemples dans lesquels une entité est visée en tant que donneur d'ordre dans le cadre d'une transaction contrôlée figurent aux paragraphes 9.26 et 9.27 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010. Dans une structure de groupe, il peut être rationnel d'un point de vue économique de répartir les fonctions entre, par exemple, une entité se chargeant des décisions commerciales stratégiques et une autre entité se chargeant des fonctions de production et d'exécution. À cette fin, une telle structure doit être conforme aux conditions du marché afin de respecter le principe de pleine concurrence.

⁽⁶⁶⁾ Décision anticipée, point 114.

⁽⁶⁷⁾ Décision anticipée, point 92.

⁽⁶⁸⁾ Décision anticipée, point 93.

s'il s'était agi d'une société indépendante»⁽⁶⁹⁾. Selon la décision anticipée, «[c]e bénéfice supplémentaire est lié auxdites synergies, économies d'échelle et autres économies qui résultent de la réorganisation du groupe CHEP et qui n'auraient pas été générés sur une base individuelle»⁽⁷⁰⁾.

- (84) Selon la décision anticipée, ce bénéfice supplémentaire doit être déterminé comme la différence entre: i) le NPBT effectif que CHEP, en tant qu'«entrepreneur central», devrait générer suivant les opérations décrites au considérant (82); et ii) le NPBT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient⁽⁷¹⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN avec CHEP comme partie testée mais sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (85) Contrairement à ce qu'affirme la décision anticipée, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce qu'indique la décision anticipée, 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⁽⁷²⁾. 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.
- (86) 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⁽⁷³⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de CHEP, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.
- (87) En ce qui concerne l'affirmation contenue dans la décision anticipée 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⁽⁷⁴⁾. 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⁽⁷⁵⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices tirés des synergies et des économies d'échelle; iii) à quantifier la contribution

⁽⁶⁹⁾ Décision anticipée, point 94.

⁽⁷⁰⁾ Décision anticipée, point 95.

⁽⁷¹⁾ Décision anticipée, points 107 et 108.

⁽⁷²⁾ 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. [...]».

⁽⁷³⁾ 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.

⁽⁷⁴⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁷⁵⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux ⁽⁷⁶⁾.

- (88) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de la réorganisation d'entreprise prévue, sans déterminer clairement dans quelle mesure cette réorganisation augmenterait effectivement la rentabilité du Groupe ⁽⁷⁷⁾, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par CHEP, qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (89) Enfin, la Commission fait observer que 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 «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée ⁽⁷⁸⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés ⁽⁷⁹⁾.
- (90) En tout état de cause, même si la réorganisation prévue devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée semble indiquer que ces bénéfices devraient être partagés entre CHEP et les OpCos locales au prorata de leurs contributions respectives. Tout bénéfice provenant d'actions concertées et délibérées doit être reflété dans le prix facturé par CHEP aux OpCos locales, par un ajustement positif ou négatif de l'interpool-fee, et sera par conséquent intégré au bénéfice comptable ⁽⁸⁰⁾.
- (91) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (81), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de CHEP pour parvenir à son 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 de CHEP entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*
- (92) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (64) 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 ⁽⁸¹⁾.
- (93) Au considérant (72), 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 (73), 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 (78) 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 de CHEP, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 sociétés qu'elle doit acquitter au titre du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique. En octroyant à CHEP une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures

⁽⁷⁶⁾ 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.

⁽⁷⁷⁾ Par exemple, la décision anticipée n'indique pas quelles dépenses seraient réduites, ni quelles économies de coûts pourraient être générées, pas plus qu'elle n'indique comment les revenus seraient augmentés.

⁽⁷⁸⁾ Décision anticipée, point 142.

⁽⁷⁹⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (87)].

⁽⁸⁰⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.162 et 1.168.

⁽⁸¹⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

contestées favorisent cette entreprise 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 (66) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent CHEP 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (85).
- (96) En effet, en permettant à CHEP d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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 CHEP 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»⁽⁸²⁾. 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.
- (98) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent CHEP 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 CHEP 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 de CHEP à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (63). 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 CHEP 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

⁽⁸²⁾ 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.

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⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾.
- (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 de CHEP, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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⁽⁸⁵⁾. 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 (78) à (81), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de CHEP 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge 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 (82) à (91), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre CHEP et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais 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.

⁽⁸³⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁴⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁸⁵⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

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 CHEP 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»⁽⁸⁶⁾. 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⁽⁸⁷⁾.
- (110) En l'espèce, CHEP fait partie du groupe Brambles. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de mettre en place une structure d'«entrepreneur central», avec CHEP en tant qu'«entrepreneur central», en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son 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⁽⁸⁸⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le groupe Brambles, en plus de CHEP, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

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)⁽⁸⁹⁾. 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)⁽⁹⁰⁾. L'article 1^{er}, 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⁽⁹¹⁾, 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⁽⁹²⁾. 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⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

⁽⁸⁸⁾ 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 [...]».

⁽⁸⁹⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹⁰⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

- (115) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à CHEP 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 l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽⁹⁴⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à CHEP Equipment Pooling NV par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de CHEP Equipment Pooling NV relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de CHEP Equipment Pooling NV pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

⁽⁹⁴⁾ Affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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") ⁽¹⁾. 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. CHEP Equipment Pooling NV ("CHEP") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 hebben de Belgische autoriteiten onbetaalde belastingen van CHEP 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") ⁽²⁾.
- (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 ruling die aan CHEP is 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) CHEP is gevestigd in Mechelen (België) en maakt deel uit van de Brambles Group ("de Groep"), een beursgenoteerde multinationale dienstverlener op het gebied van toeleveringsketens en informatiebeheer. De hoofdactiviteiten van de Groep bestaan uit het bedrijfsonderdeel CHEP (pallet- en containerpooling) en het bedrijfsonderdeel Recall (informatiebeheer). In 2012 was de Groep actief in meer dan 45 landen en telde hij meer dan 12 000 werknemers.
- (6) Het bedrijfsonderdeel CHEP omvat de pooling en verhuur van zogenaamde CHEP-pallets, Intermediate Bulk Containers ("IBC's"), herbruikbare plastic containers ("RPC's") en automotieve containers, in combinatie met de diensten voor deze producten. De Europese afdeling van het bedrijfsonderdeel CHEP is actief in 23 landen, telt meer dan 1 700 werknemers en 151 dienstencentra, en beheert meer dan 150 miljoen pallets met een waarde die 1 miljard USD overstijgt. Meer dan 80 % van de inkomsten in Europa is afkomstig uit pallets en de daarmee samenhangende diensten ⁽³⁾.

2.2. De omstreden maatregelen

- (7) De "omstreden maatregelen" in dit besluit bestaan uit de hieronder genoemde ruling en de aanvaarding door de Belgische belastingautoriteiten van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van CHEP die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan CHEP een vrijstelling van "overwinst" hebben toegekend.
 - Op 28 februari 2012 heeft CHEP een ruling inzake "overwinst" verkregen met betrekking tot een interne reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 juli 2010 tot en met 30 juni 2015 bestrijkt ("de ruling") ⁽⁴⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen ("de Rulingcommissie") beslist dat CHEP [20-25] % van zijn nettojaarwinst vóór belastingen (net profit before taxes, afgekort NPBT) op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ("WIB 92") in België van de vennootschapsbelasting mocht vrijstellen als "overwinst" (ook "bijkomende (boek)winst(en)" genoemd).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Alle gegevens komen uit de ruling, zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁴⁾ Voorafgaande beslissing 2011.542 van 28 februari 2012, gericht aan CHEP.

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling beschrijft de Europese reorganisatieplannen van de Groep met de oprichting van CHEP in België als “central entrepreneur”, die als centrale entiteit voor de centrale aansturing van de activa van de Groep in Europa zal zorgen. CHEP zal die functie uitoefenen samen met de Europese operationele CHEP-entiteiten (“OpCo’s”), zoals het regionale hoofdkantoor en de lokale dienstencentra.

- In het vroegere bedrijfsmodel hadden de OpCo’s een ruime mate van operationele autonomie met betrekking tot hun activa (pallets en containers). Zij waren verantwoordelijk voor de lokale dagelijkse activiteiten en de regionale strategie en leverden activa en diensten rechtstreeks aan de klanten⁽⁵⁾. Als een actief door een klant naar een ander land was getransporteerd en was aangekomen in een regio die onder toezicht stond van een andere OpCo, betaalden de OpCo’s elkaar huurvergoedingen (“interpool fees”) in overeenstemming met het verrekenprijsbeleid van de Groep. Op basis van de groepsstructuur en de verschillende activa ontstonden zo [200-300] mogelijke huurstromen tussen de OpCo’s jaarlijks, hetgeen resulteerde in [1 000-10 000] facturen voor interpool fees per jaar met een waarde van [100-200] miljoen USD⁽⁶⁾. Dit werd het “huurmodel” genoemd.
- In het “central entrepreneur”-model wordt CHEP de juridische eigenaar van bepaalde bestaande en toekomstige activa in het Europese bedrijfsonderdeel CHEP, namelijk [inbegrepen activa]. De [niet-inbegrepen activa] maken geen deel uit van de reorganisatie. Alle betrokken activa zijn samen met het bijbehorende markt- en voorraadrisico overgedragen van de OpCo’s naar CHEP⁽⁷⁾. CHEP wordt verantwoordelijk voor het beheer van de Europese activapool (met inbegrip van boekhouding, eigendom, risico’s en verhuurdiensten), de Europese aankoopfunctie en de onderlinge boekhouding. In het nieuwe bedrijfsmodel zullen er geen interpool fees meer hoeven te worden aangerekend tussen de OpCo’s. In plaats daarvan zal CHEP elke OpCo een zakelijk geachte vergoeding factureren voor de verhuur van een basisvoorraad en het aanhouden van een buffervoorraad, specifiek voor die bepaalde OpCo⁽⁸⁾.

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

- (9) De ruling beschrijft de prijsstelling van intragroepstransacties tussen CHEP en de OpCo’s in het kader van het “central entrepreneur”-model. De ruling beschrijft met name het volgende:

- het feit dat CHEP, in het “central entrepreneur”-model, verantwoordelijk is voor de belangrijkste functies en de meeste risico’s draagt ten aanzien van de gebruikte activa, terwijl de OpCo’s de lokale strategie uitvoeren ten behoeve van de Europese afdeling van CHEP;
- de transacties tussen CHEP en de OpCo’s, zonder dat evenwel nader wordt gevalideerd of beschreven hoe de prijs voor de specifieke huurvergoedingen per OpCo wordt bepaald.

- (10) De ruling stelt dat de invoering van het “central entrepreneur”-model zal leiden tot synergie-effecten en andere schaalvoordelen voor de activiteiten in Europa, het Midden-Oosten en Afrika (de “EMEA-regio”), waarvan de Groep als geheel zal profiteren⁽⁹⁾. In voorliggend geval zou “het bijkomende deel van de winst rechtstreeks [voortkomen] uit synergie-effecten, schaalvoordelen en andere kostenbesparingen die worden gerealiseerd door de reorganisatie⁽¹⁰⁾.” Deze synergie-effecten, schaalvoordelen en andere kostenbesparingen kunnen leiden tot “bijkomende boekwinst” voor CHEP⁽¹¹⁾.

- (11) De ruling stelt vervolgens dat de bovengenoemde “bijkomende boekwinst”, d.w.z. de winst die kan worden toegerekend aan synergie-effecten, schaalvoordelen en toegang tot de systemen en knowhow van de Groep, kan worden vastgesteld als het verschil tussen⁽¹²⁾:

(i) de boekhoudkundige winst die CHEP daadwerkelijk zal genereren en in zijn jaarrekening zal opnemen; en

(ii) een zogenaamde “aangepaste” zakelijke winst voor de “central entrepreneur”-functies van CHEP.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de residuele winst van CHEP, dat wil zeggen de totale omzet van de aan de OpCo’s verleende diensten (tegen prijzen die worden geacht op zakelijke grondslag gevestigd te zijn), met inbegrip van de verhuur van de activa beschreven in punt (8) minus de eigen exploitatiekosten. Het bedrag onder ii) wordt geraamd op grond van een verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de Transactional Net Margin Method (“TNMM”) met CHEP als de minst complexe geteste partij, als gevolg waarvan zijn vermeende “aangepaste” zakelijke winst wordt gebenchmarkt op een NPBT-marge tussen [5-10] % en [20-25] %⁽¹³⁾.

⁽⁵⁾ Ruling, paragrafen 65 en 66.

⁽⁶⁾ Ruling, paragrafen 31 tot en met 39.

⁽⁷⁾ Ruling, paragraaf 58.

⁽⁸⁾ Ruling, paragrafen 60 tot en met 86.

⁽⁹⁾ Ruling, paragraaf 99.

⁽¹⁰⁾ Ibid.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragraaf 114.

⁽¹²⁾ Ruling, paragraaf 108.

⁽¹³⁾ Ruling, paragraaf 112.

- (12) Op basis van de voor de Groep gebudgetteerde cijfers voor de jaren 2011 tot en met 2015 is in de ruling de jaarlijkse “overwinst” die CHEP dienovereenkomstig van de vennootschapsbelasting mag vrijstellen om de beoogde NPBT-marge te behalen, vastgesteld op [20-25] % van de NPBT van CHEP voor die jaren ⁽¹⁴⁾. Voorts is in de ruling bepaald dat indien de door CHEP geboekte winst lager zou uitvallen, er geen correctie zal worden aangebracht in de belastbare winst van de onderneming. In dat geval zal alleen de werkelijk gerealiseerde netto operationele marge worden belast; eventuele verliezen van de “central entrepreneur” zullen naar volgende jaren worden overgedragen ⁽¹⁵⁾.
- (13) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van “overwinst” door te verwijzen naar paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 ⁽¹⁶⁾. Vervolgens verwijst hij naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 verbonden buitenlandse vennootschap de “overwinst” in de vennootschapsbelastinggrondslag moet worden opgenomen ⁽¹⁷⁾.
- (14) In de ruling wordt geoordeeld dat CHEP gedurende vijf jaar een bedrag gelijk aan [20-25] % van zijn jaarlijkse NPBT in België van de vennootschapsbelasting mag vrijstellen ⁽¹⁸⁾. Dit percentage is geëvalueerd en bevestigd in een op 1 april 2014 opgesteld “Avenant” ⁽¹⁹⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (15) 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).
- (16) 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”.
- (17) 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.
- (18) 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.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragraaf 117.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragraaf 118.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragraaf 132. De ruling verwijst naar paragraaf “1.9” van de richtlijnen van 2010, maar hoogstwaarschijnlijk was het de bedoeling om te verwijzen naar ofwel paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 ofwel paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽¹⁷⁾ Ruling, paragrafen 133, 134 en 135.

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragrafen 147 en 148.

⁽¹⁹⁾ Ruling, paragraaf 148, en Avenant van 1 april 2014 bij Voorafgaande beslissing 2011.542.

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

- (19) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽²⁰⁾ 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.”

- (20) 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”).
- (21) 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.
- (22) 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

- (23) 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 ⁽²¹⁾. 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” ⁽²²⁾. 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” ⁽²³⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽²⁴⁾. 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

⁽²⁰⁾ 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. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

⁽²¹⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²²⁾ 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.”

⁽²³⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²⁴⁾ 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.”

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.

- (24) 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.
- (25) 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 met de gebruikte methodiek moet instemmen 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

- (26) 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⁽²⁵⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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⁽²⁶⁾ 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”

- (29) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²⁷⁾ 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.
- (30) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽²⁸⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.

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

⁽²⁶⁾ 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)]

⁽²⁷⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽²⁸⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (31) 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.
- (32) 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) inlichtingenuitwisseling 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⁽²⁹⁾. 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 inlichtingen.

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

- (33) 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⁽³⁰⁾.
- (34) 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.”

- (35) 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.
- (36) 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⁽³¹⁾. 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 (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

- (37) 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 (“OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”) ⁽³²⁾, beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (38) 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.

⁽²⁹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³⁰⁾ 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.

⁽³¹⁾ Zie voetnoot 20.

⁽³²⁾ De laatste versie van de richtlijnen werd op 10 juli 2017 gepubliceerd (“OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017”). Vorige versies van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen werden gepubliceerd in 2010 (“OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010”) en 1995 (“OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995”).

- (39) 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⁽³³⁾. 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 zij overeengekomen tussen onafhankelijke vennootschappen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen⁽³⁴⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁵⁾. 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.
- (42) 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 voordelen van integratie kunnen worden toegewezen.” (vertaling Commissie)]
- (43) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017⁽³⁶⁾ 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⁽³⁷⁾. Als er van doelbewuste 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⁽³⁸⁾.

⁽³³⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁴⁾ 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.

⁽³⁵⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁶⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁷⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁸⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (44) 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.
- (45) 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 ingezeten 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 ⁽³⁹⁾.
 - Artikel 9, lid 2, strekt ertoe 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽⁴⁰⁾. 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 en zal die Staat doorgaans ook afzien van een neerwaartse aanpassing ⁽⁴¹⁾. 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.
- (46) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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 ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ 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 de onderneming en dienovereenkomstig worden belast.” (vertaling Commissie)

⁽⁴⁰⁾ 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 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, herzielt die andere Staat op passende wijze het bedrag aan belasting dat aldaar over die winst is geheven. Bij 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)

⁽⁴¹⁾ Bij een geschil tussen de betrokken partijen over het bedrag en de aard van de passende aanpassing moet de onderling-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.

⁽⁴²⁾ 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)

- (47) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴³⁾.
- (48) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴⁴⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent ⁽⁴⁵⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkte risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (49) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴⁶⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (50) 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.
- (51) 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 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.

⁽⁴³⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴⁴⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions.” [“is erop gericht 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.

⁽⁴⁵⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁶⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

- (52) 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.
- (53) 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 probleem van “prijsccontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (54) 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?

- (55) 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 ⁽⁴⁷⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (56) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op zijn beurt heeft CHEP zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van zijn 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.
- (57) 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 ⁽⁴⁸⁾. Dankzij de ruling mocht CHEP een deel van zijn anders belastbare winst vrijstellen van belasting in zijn 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 CHEP. 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

- (58) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt CHEP deel uit van de Brambles Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. CHEP is eigenaar van en verantwoordelijk voor het beheer van de Europese activa van de Groep. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België ten gunste van CHEP het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden ⁽⁴⁹⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ 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.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (59) 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⁽⁵⁰⁾. Voor zover de omstreden maatregelen CHEP ontheffen van de vennootschapsbelasting die hij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen CHEP bevrijden van een last die hij normaal gesproken had moeten dragen in zijn gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁵¹⁾, 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

- (60) 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⁽⁵²⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen CHEP een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus de door haar 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

- (61) 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⁽⁵³⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵⁴⁾. 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⁽⁵⁵⁾.
- (62) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen CHEP een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met de beschrijving van de beprijzing van intragroepstransacties tussen CHEP en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep (de OpCo's) om een op zakelijke grondslag gevestigde "interpool fee" te bepalen. Deze verrekenprijsbepaling is in de ruling niet verder gevalideerd of uitgelegd maar lijkt veeleer als een gegeven feit te zijn geaccepteerd. De uit die vergoeding behaalde inkomsten zijn in de jaarrekening van CHEP opgenomen en vormen de basis voor de vaststelling van zijn NPBT.
- (63) Door de omstreden maatregelen mocht CHEP een deel van zijn NPBT als "overwinst" vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 juli 2010 tot en met 30 juni 2015. CHEP mocht 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 CHEP in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen CHEP een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵⁵⁾ 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*

- (64) 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 CHEP 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” ⁽⁵⁶⁾. 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” ⁽⁵⁷⁾.
- (65) 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.
- (66) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 CHEP 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 CHEP ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (67) 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 ⁽⁵⁸⁾. 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 ⁽⁵⁹⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen CHEP bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (68) 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 CHEP bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat CHEP daardoor zijn belastbare grondslag mag 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.
- (69) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 CHEP 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*

- (70) 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 situaties bevinden, ongelijk behandelt ⁽⁶⁰⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ Ibid.

⁽⁵⁸⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁵⁹⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

⁽⁶⁰⁾ 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.

maatregel wordt getoetst ⁽⁶¹⁾. 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.

- (71) 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) ⁽⁶²⁾.
- (72) Door de omstreden maatregelen mag CHEP een deel van de door hem gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan hem was toegewezen en in zijn 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.
- (73) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (17), 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 ⁽⁶³⁾.
- (74) 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.
- (75) 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

⁽⁶¹⁾ 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.

⁽⁶²⁾ Zie 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.

⁽⁶³⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable."

primaire opwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat ook het doel is van artikel 9, lid 1, en artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶⁴⁾.

- (76) Zoals volgt uit punt (19) voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals CHEP) en een buitenlandse verbonden tegenpartij, alleen kan worden aangepast indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- de gecorrigeerde winst moet betrekking hebben op winst die ook in de winst van de buitenlandse verbonden tegenpartij is opgenomen; en
- de gecorrigeerde winst zou zijn geboekt door die buitenlandse verbonden tegenpartij als de intragroepsrelatie aan zakelijke voorwaarden had voldaan.

- (77) In de punten (78) 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 CHEP is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van CHEP, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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

- (78) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van CHEP wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (79) In paragraaf 135 van de ruling 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 CHEP.
- (80) 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.
- (81) Aangezien de ruling CHEP toestaat een deel van haar geboekte winst 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 CHEP om tot zijn jaarlijkse belastbare winst te komen, gedaan zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat in de Belgische belastingwetgeving.

⁽⁶⁴⁾ 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.”

(b) *De vrijgestelde “overwinst” komt niet voort uit niet-zakelijke transacties tussen CHEP en buitenlandse verbonden tegenpartijen*

- (82) 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 CHEP, 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 CHEP en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met de beschrijving van de prijsstelling van intragroepstransacties tussen CHEP en andere bedrijven van de Groep, de zogenaamde “interpool fee”, waarvan de zakelijke grondslag impliciet wordt aanvaard. Het resultaat van die transacties — dat niet het voorwerp van dit besluit vormt — is dat voor de interpool fee een zakelijke vergoeding wordt vastgesteld. CHEP heeft de daaruit behaalde inkomsten in zijn jaarrekening opgenomen als zakelijke winst voor de vervulde functies.
- (83) Niettemin wordt in de ruling de redenering gevolgd dat vanwege het “central entrepreneur”-model⁽⁶⁵⁾ dat door de Groep is ingevoerd, CHEP — als “central entrepreneur” — “bijkomende boekwinsten” zal genereren in de vorm van synergie-effecten en schaalvoordelen⁽⁶⁶⁾. Voorts wordt aangevoerd dat “[d]e Belgische interpretatie van het arm’s length principe van artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92, verwijst naar de bepaling van een gepaste vergoeding voor een Belgische entiteit alsof het een individuele en onafhankelijke (“stand-alone”) vennootschap is”⁽⁶⁷⁾. Vervolgens wordt in de ruling betoogd dat “artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92, het mogelijk [maakt] om, op unilaterale wijze, bijkomende winst opgenomen in de boekhouding van een Belgische entiteit fiscaal te corrigeren teneinde deze in overeenstemming te brengen met de Belgische interpretatie van het arm’s length-principe”⁽⁶⁸⁾. Voorts wordt betoogd dat [h]et deel van de geboekte winst dat meer bedraagt dan de arm’s length vergoeding daarom [dient] uitgesloten te worden van de belastbare basis aangezien dit deel van de winst niet gerealiseerd zou zijn door de Belgische entiteit indien het een onafhankelijke vennootschap was⁽⁶⁹⁾. Volgens de ruling heeft [d]eze “bijkomende boekwinst” betrekking op bovenvermelde synergie-effecten, schaalvoordelen en andere kosten-besparingen die door de reorganisatie van de CHEP groep worden gerealiseerd en die op afzonderlijke basis nooit behaald zouden kunnen worden⁽⁷⁰⁾.
- (84) In de ruling wordt geargumenteed dat die bijkomende winst moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de werkelijke NPBT die CHEP als “central entrepreneur” verwacht te behalen op grond van de in punt (82) beschreven activiteiten, en ii) de NPBT die hij zou mogen verwachten te behalen zonder deel uit te maken van een groter geheel⁽⁷¹⁾. Om de laatstgenoemde NPBT te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM toe op CHEP als de geteste partij, maar zonder aan te geven voor welke verbonden transactie een prijs moet worden bepaald, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.
- (85) In tegenstelling tot wat in de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. In tegenstelling tot wat in de ruling wordt aangevoerd, 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 intragroepstransacties (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

⁽⁶⁵⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “central entrepreneur” niet gedefinieerd. In paragraaf 9.2 van die richtlijnen wordt de term “principaal” geïntroduceerd als de tegenpartij van een buitenlandse verbonden onderneming die optreedt als distributeur met een beperkt risico, agent, commissionair of toll-/contract-manufacturer voor de principaal, zonder dat in die richtlijnen de term “principaal” verder wordt gedefinieerd. Andere voorbeelden waarin een entiteit binnen een verbonden transactie “principaal” wordt genoemd, zijn te vinden in de paragrafen 9.26 en 9.27 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010. In een groepsstructuur kan een scheiding van functies waarbij bijvoorbeeld één entiteit strategische zakelijke besluiten neemt en een andere entiteit productie- of uitvoerende functies voor haar rekening neemt, economisch rationeel zijn. Daartoe moet dit type structuur in lijn zijn met marktvoorwaarden, wil zij in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁶⁾ Ruling, paragraaf 114.

⁽⁶⁷⁾ Ruling, paragraaf 92.

⁽⁶⁸⁾ Ruling, paragraaf 93.

⁽⁶⁹⁾ Ruling, paragraaf 94.

⁽⁷⁰⁾ Ruling, paragraaf 95.

⁽⁷¹⁾ Ruling, paragrafen 107 en 108.

voor, de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel ⁽⁷²⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is waarvan de prijs moet worden bepaald, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.

- (86) 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 waarvoor de prijs aantoonbaar onjuist is bepaald ⁽⁷³⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van CHEP te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties waarvoor een prijs is of moet worden bepaald.
- (87) Met betrekking tot de argumentatie in de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa ⁽⁷⁴⁾. 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 ⁽⁷⁵⁾; 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 ⁽⁷⁶⁾.
- (88) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande reorganisatie van de activiteiten, zonder duidelijk vast te stellen in welke mate die reorganisatie de winstgevendheid van de Groep daadwerkelijk zou vergroten ⁽⁷⁷⁾, welke doelbewuste gezamenlijke acties voor die toename verantwoordelijk zouden zijn en van welke verbonden transacties de prijzen dienovereenkomstig zouden moeten worden aangepast. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door CHEP gegenereerde winst, die oorspronkelijk aan hem is toegewezen na zakelijke intragroepstransacties en in zijn jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die hij zou hebben behaald als hij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (89) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.10 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan ⁽⁷⁸⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar

⁽⁷²⁾ Dat de nadruk bij verrekenprijzen op de prijsstelling 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 prijsstelling 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 bij een verbonden transactie met de voorwaarden bij transacties tussen onafhankelijke ondernemingen. [...]” (vertaling Commissie)]

⁽⁷³⁾ 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.

⁽⁷⁴⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁵⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁶⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷⁷⁾ In de ruling wordt bijvoorbeeld niet vastgesteld welke kosten zouden zijn verminderd noch welke kostenbesparingen zouden kunnen zijn verwezenlijkt en evenmin hoe inkomsten zouden zijn verhoogd.

⁽⁷⁸⁾ Ruling, paragraaf 142.

zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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 ⁽⁷⁹⁾.

(90) Zelfs als de geplande reorganisatie tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), lijkt de ruling hoe dan ook erop te wijzen dat die winst zou moeten worden toegerekend aan CHEP en de lokale OpCo's in verhouding tot hun bijdrage daaraan. Voordelen die voortvloeien uit doelbewuste gezamenlijke acties dienen in aanmerking te worden genomen in de prijs die CHEP de lokale OpCo's in rekening brengt, door een opwaartse of neerwaartse aanpassing van de interpool fee, en zullen dienovereenkomstig in de boekhoudkundige winst worden opgenomen ⁽⁸⁰⁾.

(91) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (81), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van CHEP om tot haar 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 CHEP leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen

(92) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (64) 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 ⁽⁸¹⁾.

(93) In punt (72) 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 (73), 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 (78) tot en met (91) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van CHEP, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 CHEP een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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 (66) en in het vorige punt is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen CHEP 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (85) heeft betwist.

(96) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door CHEP toe te staan een deel van zijn geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.

⁽⁷⁹⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (87)).

⁽⁸⁰⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.162 en 1.168.

⁽⁸¹⁾ 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.

- (97) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen CHEP 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⁽⁸²⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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 CHEP selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten 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 CHEP 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 CHEP tot onder het niveau van de zakelijke winst die in zijn jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (63). 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 CHEP 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾.
- (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 CHEP, waardoor die onderneming 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.
- (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

⁽⁸²⁾ 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.

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ 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.

een mogelijke rechtvaardiging zijn om af te wijken van de algemene regels inzake vennootschapsbelasting ⁽⁸⁵⁾. 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 (78) tot en met (81), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van CHEP 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 ruling verifieert niet, noch acht 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 (82) tot en met (91), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen CHEP en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting 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 CHEP staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (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.” ⁽⁸⁶⁾ 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 ⁽⁸⁷⁾.
- (110) In dit geval is CHEP deel van de Brambles Groep. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om een “central entrepreneur”-model op te zetten, met CHEP als “central entrepreneur”, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.

⁽⁸⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

- (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⁽⁸⁸⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Brambles Groep, naast CHEP, 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)⁽⁸⁹⁾. 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)⁽⁹⁰⁾. 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⁽⁹¹⁾, 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⁽⁹²⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁹³⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (115) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan CHEP en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (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 onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁹⁴⁾.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan CHEP Equipment Pooling NV is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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:

⁽⁸⁸⁾ 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 [...]”.

⁽⁸⁹⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹⁰⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU; Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹¹⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹⁴⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

- de jaarrekeningen van CHEP Equipment Pooling NV voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van CHEP Equipment Pooling NV over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- 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.

STAATLICHE BEIHILFEN — BELGIEN**Staatliche Beihilfe SA.54002 (2019/NN) — Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse von Knauf Insulation****Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2020/C 288/39)

Mit Schreiben vom 16. September 2019, das nachstehend in der verbindlichen Sprachfassung abgedruckt ist, hat die Kommission Belgien von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Beihilfe das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

Alle Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung dieser Zusammenfassung und des Schreibens zu der Beihilfe, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist, Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Alle Stellungnahmen werden Belgien übermittelt. Beteiligte, die eine Stellungnahme abgeben, können unter Angabe von Gründen schriftlich beantragen, dass ihre Identität nicht bekannt gegeben wird.

Beschreibung der Maßnahme, die Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens ist

2012 erteilten die belgischen Steuerbehörden dem belgischen Unternehmen Knauf Insulation SPRL (im Folgenden „Knauf Insulation“) für die Steuerjahre 2012 bis 2016 einen Steuervorbescheid hinsichtlich der Behandlung von „Gewinnüberschüssen“. Auf der Grundlage dieses Steuervorbescheids wurde Knauf Insulation für den Teil seines Nettogewinns vor Steuern, den das Unternehmen eigenen Angaben zufolge aufgrund von Synergien und Skaleneffekten als „Gewinnüberschuss“ erwirtschaftete, eine Befreiung von der belgischen Körperschaftsteuer gewährt. Der Steuervorbescheid stützt sich Belgien zufolge auf Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes.

Würdigung der Maßnahme

Die Kommission hat ernste Zweifel daran, dass die Maßnahme nach Artikel 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Sie vertritt die vorläufige Auffassung, dass die Maßnahme Knauf Insulation einen selektiven Vorteil in Form einer Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage verschafft, da die Nettofinanzposition des Unternehmens durch eine Einzelmaßnahme verbessert wird.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Maßnahme Knauf Insulation einen Vorteil gegenüber Steuerzahlern verschafft, die sich in einer sachlich und rechtlich vergleichbaren Lage befinden. Zum einen geht die Kommission vorläufig davon aus, dass die belgischen Steuerbehörden Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes falsch anwenden, wenn sie Knauf Insulation im Rahmen der Maßnahme eine Steuerbefreiung für „Gewinnüberschüsse“ gewähren. Erstens wird dem Unternehmen mit der Maßnahme im Voraus eine einseitige Steuerbefreiung für Gewinne gewährt, die nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einer verbundenen ausländischen Gegenpartei in einem anderen Steuergebiet eingeflossen sind. Zweitens wird mit der Maßnahme Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes, d. h. die Bestimmung, mit der der Fremdvergleichsgrundsatz im belgischen Steuerrecht verankert wird, angewendet, obwohl keine Verrechnungspreise für gruppeninterne Transaktionen ermittelt werden. Folglich wird die Steuerbemessungsgrundlage von Knauf Insulation durch die Maßnahme verringert, obwohl das belgische Steuerrecht keine Rechtsgrundlage dafür bietet. Daher wird Knauf Insulation gegenüber allen anderen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Belgien begünstigt, für deren Besteuerung — als Ausgangspunkt, unbeschadet etwaiger gesetzlich vorgesehener Anpassungen — der Buchgewinn herangezogen wird.

Zum anderen vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass — selbst wenn Artikel 185 Absatz 2 Buchstabe b des belgischen Einkommensteuergesetzes als Grundlage für eine Steuerbefreiung von angeblich aufgrund von Synergien und Skaleneffekten erzielten Gewinnen erachtet werden könnte, was die Kommission bestreitet — die Maßnahme eine Besserstellung von Knauf Insulation bewirkt, weil die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ nicht für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen gilt, die von Belgien als „Gewinnüberschüsse“ eingestufte Gewinne erzielen.

In Ermangelung einer stichhaltigen Begründung vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass die Maßnahme und die Tatsache, dass die belgischen Steuerbehörden die auf der Grundlage der Maßnahmen erstellten jährlichen Steuererklärungen von Knauf Insulation akzeptieren, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 zugunsten von Knauf Insulation SPRL und der Knauf-Gruppe darstellen. Derzeit kann die Kommission keine Gründe erkennen, aus denen die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnte. Sie hat deshalb ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt.

Nach Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates können alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückgefordert werden.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF FRANZÖSISCH

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») ⁽¹⁾. 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. Knauf Insulation SPRL («Knauf Insulation») a bénéficié d'une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» et a été identifiée par la Belgique comme une des bénéficiaires du régime d'aides allégué. À la suite de la décision de 2016, les autorités belges ont procédé à un ajustement positif de la base imposable de Knauf Insulation.
- (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») ⁽²⁾.
- (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 celle octroyée à Knauf Insulation, 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) Knauf Insulation est basée à Visé, en Belgique, et fait partie du groupe Knauf (le «Groupe»), l'un des principaux fabricants et distributeurs au monde de matériaux d'isolation, de systèmes d'étanchéité ainsi que d'équipements et d'outils de construction. En 2009, il a enregistré un chiffre d'affaires annuel de 5 milliards d'EUR. Au moment où la décision anticipée a été rendue ⁽³⁾, en 2012, le Groupe était présent dans 50 pays et employait 24 000 personnes à travers le monde.
- (6) À l'époque de la décision, le Groupe possédait cinq sociétés en Belgique, dont deux faisaient partie de la division Knauf Insulation ⁽⁴⁾. Knauf Insulation constitue le site de production le plus important en Europe et sa principale activité est la production et la vente de laine de verre minérale. Elle compte trois divisions, qui sont responsables de: i) la production et la vente de laine de verre minérale, ii) la gestion de la région Europe occidentale et iii) les services d'appui en Europe. Les services d'appui comprennent une subdivision «technologie», qui est responsable de la R&D et qui a notamment mis au point une version améliorée d'un centrifugeur (technologie «spinner») et un liant contenant des matières renouvelables (technologie «Ecose»). Pour ces deux technologies brevetées, la société bénéficie des avantages du régime fiscal favorable aux brevets (c'est-à-dire d'une déduction pour les revenus issus des brevets) ⁽⁵⁾. Knauf Insulation dispose de trois lignes de production ⁽⁶⁾ spécialisées dans des types de laine de verre minérale spécifiques et dont la production annuelle totale se chiffre à 90 000 tonnes. Elle vend ses produits sur le marché par l'intermédiaire de sociétés liées locales. En 2010, elle a enregistré un chiffre d'affaires de 103 millions d'EUR et employait 312,5 personnes à temps plein (ETP).

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Telle que définie au considérant (7).

⁽⁴⁾ En 2010, la division Knauf Insulation comptait 30 sites de production dans 35 pays, employait plus de 5 000 personnes et a enregistré un chiffre d'affaires d'un milliard d'EUR.

⁽⁵⁾ Décision anticipée, points 58 et 59.

⁽⁶⁾ La ligne 1 est spécialisée dans la production de laine de verre minérale «standard» (50 000 tonnes par an). La ligne 2 est spécialisée dans la fabrication de produits possédant des propriétés thermiques et techniques spécifiques (30 000 tonnes par an) La ligne 3 est spécialisée dans la fabrication de laine de verre minérale à insuffler (10 000 tonnes par an).

2.2. Les mesures contestées

- (7) Dans la présente décision, les «mesures contestées» se composent d'une part de la décision anticipée décrite ci-dessous et d'autre part de l'acceptation, par les autorités fiscales belges, des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par Knauf Insulation sur la base de cette décision anticipée, mesures par lesquelles lesdites autorités ont accordé une exonération des «bénéfices excédentaires» à Knauf Insulation:

— Le 7 novembre 2012, Knauf Insulation a bénéficié d'une décision anticipée concernant ses «bénéfices excédentaires» en lien avec un projet de réorganisation, qui couvre la période de cinq années allant du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2016 (la «décision anticipée») ⁽⁷⁾, ⁽⁸⁾. Dans la décision anticipée, le service de l'administration fiscale belge qui gère les décisions anticipées (le «Service des décisions anticipées») a établi que [60-80] % du bénéfice net avant impôt annuel additionnel (en anglais *net profit before tax* ou «NPBT») de Knauf Insulation généré par l'augmentation des capacités de production de cette dernière pouvaient 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 code belge des impôts sur les revenus (le Code des impôts sur les revenus 1992, le «CIR»).

2.2.1. L'opération pour laquelle la décision anticipée a été demandée

- (8) La décision anticipée concerne le projet du Groupe de réorganiser et d'augmenter la capacité de production de Knauf Insulation moyennant un investissement de près de [50-60] millions d'EUR pour améliorer et moderniser la ligne de production 1, qui visait une augmentation du volume de production de laine de verre minérale de [20 000-30 000] tonnes par année (passant ainsi de [40 000-50 000] à [70 000-80 000] tonnes par année). Cet investissement vient s'ajouter à un investissement de près de [1-10] millions d'EUR dans la ligne de production 1, nécessaire pour se conformer aux exigences environnementales. Concrètement, l'«ancienne» ligne de production 1 sera démontée et remplacée par une autre ligne de production 1 plus moderne, constituée d'une infrastructure plus efficiente. Cette expansion fera du site le plus grand site de production de laine de verre minérale en Europe. Elle permettra en outre de sécuriser et d'améliorer les emplois existants sur le site de production belge ⁽⁹⁾.

2.2.2. Détermination des «bénéfices excédentaires» à exonérer

- (9) La décision anticipée décrit la fixation des prix des transactions intragroupe entre Knauf Insulation et les entités de distribution/de vente liées. Plus précisément, la décision anticipée explique:
- qu'au sein du Groupe, Knauf Insulation vend ses produits sur le marché par l'intermédiaire de distributeurs de plein exercice liés;
 - l'utilisation de la méthode du prix de revente pour la rémunération des distributeurs de plein exercice liés;
 - les résultats de cette méthode du prix de revente, qui se fondent sur une étude comparative des marges brutes de sociétés indépendantes actives dans la distribution de matériaux d'isolation sur le marché, indiquent qu'une rémunération des distributeurs/vendeurs de plein exercice liés est considérée comme respectant le principe de pleine concurrence si les distributeurs/vendeurs de plein exercice liés réalisent une marge brute de [15-20] % (c'est-à-dire que leur bénéfice brut devrait être égal à [15-20] % des ventes/revenus) ⁽¹⁰⁾.
- (10) La décision anticipée établit qu'à la suite de la décision du Groupe d'investir dans des capacités de production supplémentaires, Knauf Insulation «réalise des bénéfices excédentaires du fait des synergies et des économies d'échelle» ⁽¹¹⁾. Il s'agit notamment de l'utilisation du centre de R&D, d'une diminution des coûts fixes par unité de production et de l'accès libre au réseau commercial de distribution du Groupe permettant à Knauf Insulation de vendre ses stocks supplémentaires ⁽¹²⁾. La décision anticipée indique par ailleurs que ces bénéfices n'auraient pas pu être générés par Knauf Insulation si elle avait agi en tant qu'entité indépendante («autonome») ⁽¹³⁾.
- (11) La décision anticipée affirme ensuite que les «bénéfices excédentaires» correspondants, c'est-à-dire les bénéfices imputables aux synergies et aux économies d'échelle, peuvent être calculés comme la différence entre ⁽¹⁴⁾:
- i) les bénéfices supplémentaires en rapport avec la capacité de production accrue et avec l'accès au réseau de distribution du Groupe que Knauf Insulation générera réellement et enregistrera dans ses comptes annuels (le «NPBT additionnel»); et
 - ii) un bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» qui serait généré par des sociétés de production indépendantes considérées comme comparables.

⁽⁷⁾ Décision anticipée 2012.355 du 7 novembre 2012 adressée à Knauf Insulation.

⁽⁸⁾ La décision anticipée a été complétée par un avenant daté du 10 septembre 2013, qui reporte l'entrée en vigueur de cette décision du 1^{er} janvier 2012 au 1^{er} janvier 2013. L'avenant indique que puisque la production a été interrompue pendant sept mois pour cause de maintenance, aucune économie d'échelle ne s'est concrétisée pour l'année 2012.

⁽⁹⁾ Décision anticipée, points 74 à 89.

⁽¹⁰⁾ Décision anticipée, point 70.

⁽¹¹⁾ Décision anticipée, point 177.

⁽¹²⁾ Décision anticipée, points 121 à 127.

⁽¹³⁾ Décision anticipée, points 115 à 119 et 178.

⁽¹⁴⁾ Décision anticipée, point 138.

Le montant visé au point i) représente le bénéfice d'exploitation net de Knauf Insulation résultant du nouvel investissement, c'est-à-dire le chiffre d'affaires généré avec la capacité de production supplémentaire par les ventes aux distributeurs de plein exercice liés, duquel sont déduites les dépenses d'exploitation correspondantes propres de Knauf Insulation. Le montant visé au point ii) est déterminé en effectuant une analyse des prix de transfert en utilisant la méthode transactionnelle de la marge nette («MTMN»), en prenant Knauf Insulation comme partie testée la moins complexe; il en résulte que le bénéfice supposé de pleine concurrence «ajusté» est évalué à une marge sur coûts de [15-20] % sur les dépenses d'exploitation liées aux investissements supplémentaires.

- (12) En se fondant sur les montants prévisionnels du Groupe ⁽¹⁵⁾, la décision anticipée fixe les «bénéfices excédentaires» annuels pouvant être exonérés à [60-80] % du NPBT additionnel de Knauf Insulation pendant ces années ⁽¹⁶⁾.
- (13) La décision anticipée justifie 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 ⁽¹⁷⁾. Elle renvoie ensuite à l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR et 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 ⁽¹⁸⁾.
- (14) La décision anticipée déclare que Knauf Insulation est autorisée à exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique un montant équivalent à [60-80] % de son NPBT annuel additionnel, pour une période de cinq ans à compter du 1^{er} janvier 2012. Cette date de début a par la suite été reportée au 1^{er} janvier 2013, la durée de cinq ans restant inchangée ⁽¹⁹⁾, avec la possibilité d'une prorogation de cinq ans supplémentaires ⁽²⁰⁾. Il est prévu que le pourcentage d'exonération du NPBT soit revu et ajusté si nécessaire au bout de trois ans ⁽²¹⁾.

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

- (15) Le CIR établit les règles d'imposition des revenus appliquées par la Belgique. Son article 1^{er} 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).
- (16) 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 bénéfices. 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»*.
- (17) 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^{er}, 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.
- (18) 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.

⁽¹⁵⁾ Décision anticipée, points 161, 162 et 201. La décision anticipée indique que les calculs se fondent sur des montants prévisionnels et que des informations plus détaillées sont fournies à l'«annexe 6». Cette annexe n'a pas été fournie par les autorités belges.

⁽¹⁶⁾ Décision anticipée, points 161 à 166. Par ailleurs, le montant des bénéfices excédentaires est ajusté pour tenir compte de a) la déduction au titre du régime fiscal favorable aux brevets et b) la déduction pour capital à risque (NID) liée à l'augmentation du capital qui finance l'investissement (voir décision anticipée, points 154 à 159).

⁽¹⁷⁾ Décision anticipée, points 99 et 174.

⁽¹⁸⁾ Décision anticipée, points 175 et 176.

⁽¹⁹⁾ Voir la note de bas de page n° 8.

⁽²⁰⁾ Décision anticipée, point 204, et avenant, point 23.

⁽²¹⁾ Décision anticipée, points 202 et 203 et avenant, point 25.

2.3.1.1. La loi du 21 juin 2004 modifiant le CIR

- (19) Par la loi du 21 juin 2004 ⁽²²⁾, 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^{er} s'applique par décision anticipée sans préjudice de l'application de la Convention relative à l'élimination des doubles impositions.»

- (20) 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»).
- (21) 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.
- (22) La loi du 21 juin 2004 a également introduit une modification de l'article 235, point 2°, 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.

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

- (23) 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 ⁽²³⁾. 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» ⁽²⁴⁾. 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» ⁽²⁵⁾. 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 ⁽²⁶⁾. 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⁾ 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. La loi est entrée en vigueur le 19 juillet 2004.

⁽²³⁾ DOC 51, 1079/001; Chambre des Représentants de Belgique, 30 avril 2004: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁴⁾ 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.»

⁽²⁵⁾ Ibidem, p. 9: «La disposition proposée permet à la législation belge de s'aligner sur la norme acceptée internationalement.»

⁽²⁶⁾ 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.»

- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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 ⁽²⁷⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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) ⁽²⁸⁾ 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»

- (29) En réponse à une question parlementaire soumise en 2005 ⁽²⁹⁾, 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.
- (30) Une question parlementaire de 2007 concernant les décisions anticipées et l'évasion fiscale internationale ⁽³⁰⁾ 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.
- (31) 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.

⁽²⁷⁾ Circulaire n° Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) du 4 juillet 2007.

⁽²⁸⁾ 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».

⁽²⁹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du 13 avril 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁰⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mercredi 11 avril 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (32) 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⁽³¹⁾. 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

- (33) 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⁽³²⁾.
- (34) 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.»

- (35) 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.
- (36) 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⁽³³⁾. 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.

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

- (37) 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»)⁽³⁴⁾, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.
- (38) 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.

⁽³¹⁾ Compte rendu de la réunion de la commission des finances et du budget du mardi 6 janvier 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³²⁾ 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.

⁽³³⁾ Voir la note de bas de page n° 22.

⁽³⁴⁾ 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»).

- (39) 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⁽³⁵⁾. 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⁽³⁶⁾. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁷⁾. 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.
- (42) 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.»

- (43) Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017⁽³⁸⁾ 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⁽³⁹⁾. 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⁽⁴⁰⁾.

2.3.2.2. Le principe de pleine concurrence

- (44) 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.

⁽³⁵⁾ Voir le paragraphe 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁶⁾ 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 liées 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.

⁽³⁷⁾ Voir le paragraphe 5 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

⁽³⁸⁾ Paragraphes 1.157 et suivants des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽³⁹⁾ Paragraphe 1.162 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

⁽⁴⁰⁾ Paragraphe 1.158 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017.

- (45) 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 ⁽⁴¹⁾.
 - 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 ⁽⁴²⁾. 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 ⁽⁴³⁾. 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.
- (46) 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 ⁽⁴⁴⁾.
- (47) Selon les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, la méthode du prix de revente établit la marge sur le prix de revente (la marge brute sur le prix de revente) du revendeur dans le cadre de la transaction contrôlée par référence à la marge sur le prix de revente que le même revendeur ou une entreprise indépendante réalise sur les produits achetés et revendus dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre ⁽⁴⁵⁾.
- (48) 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

⁽⁴¹⁾ 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».

⁽⁴²⁾ 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.»

⁽⁴³⁾ 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.

⁽⁴⁴⁾ 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⁾ 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.

établi par référence au même indicateur du bénéfice net qu'auraient tiré des entreprises indépendantes de transactions comparables sur le marché libre ⁽⁴⁶⁾.

- (49) 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 ⁽⁴⁷⁾. Si une entreprise exerce des fonctions «de routine» ⁽⁴⁸⁾, 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.
- (50) 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) ⁽⁴⁹⁾. 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

- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

⁽⁴⁸⁾ 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.

⁽⁴⁹⁾ Voir le paragraphe 9.10 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2010.

- (54) 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.
- (55) 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

- (56) 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 ⁽⁵⁰⁾.

4.2. Imputabilité et ressources d'État

- (57) En ce qui concerne la première condition, la décision anticipée a été émise par le Service des décisions anticipées, qui fait partie de l'administration fiscale belge, un organe de l'État belge. Knauf Insulation, de son côté, s'est fondée sur cette décision anticipée pour établir ses déclarations annuelles d'impôt sur les sociétés et pour déterminer, sur la base de ces déclarations, le montant de l'impôt sur les sociétés qui est dû ou le montant des pertes à reporter, 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.
- (58) 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 actuelles ou futures qu'il aurait normalement perçues ⁽⁵¹⁾. La décision anticipée a permis à Knauf Insulation d'exonérer de l'impôt une partie de son bénéfice imposable dans ses 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 ou le montant des pertes à reporter, l'État belge a renoncé à des recettes fiscales (éventuellement futures) qu'il aurait, dans le cas contraire, été en droit de percevoir auprès de Knauf Insulation 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

- (59) 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, Knauf Insulation fait partie du «Groupe», qui est un groupe multinational exerçant des activités dans le monde entier, notamment dans plusieurs États membres. Knauf Insulation est responsable de la production et de la commercialisation de laine de verre minérale en Europe. Les produits et les services concernés par ces activités font l'objet d'échanges entre États membres, de telle sorte que toute intervention de l'État belge en faveur de Knauf Insulation est susceptible d'affecter les échanges à l'intérieur de l'Union ⁽⁵²⁾. Sur cette base, la Commission conclut à titre provisoire que la deuxième condition de l'existence d'une aide d'État est remplie.

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

⁽⁵²⁾ 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

- (60) 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⁽⁵³⁾. Étant donné que les mesures contestées exonèrent Knauf Insulation de l'impôt sur les sociétés actuel ou futur qu'elle aurait normalement été tenue de payer en leur absence, l'aide potentielle octroyée au moyen de ces mesures constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle libère Knauf Insulation d'une charge actuelle ou future qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent la concurrence⁽⁵⁴⁾; 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

- (61) 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⁽⁵⁵⁾. À ce stade, la Commission estime que les mesures contestées octroient un avantage sélectif à Knauf Insulation parce qu'elles autorisent cette entreprise à réduire son bénéfice annuel imposable, et partant soit à réduire l'impôt sur les sociétés qu'elle doit acquitter chaque année, soit à accroître le montant de ses pertes fiscales reportées en vertu du système de l'impôt sur les sociétés en Belgique, sans que cette réduction ou cet accroissement n'ait la moindre base juridique ni justification.

4.5.1. Avantage

- (62) 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⁽⁵⁶⁾. Pour établir l'existence d'un avantage, il convient de se référer à l'effet de la mesure elle-même⁽⁵⁷⁾. 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⁽⁵⁸⁾.
- (63) La Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées confèrent un avantage à Knauf Insulation en ce qu'elles permettent à cette entreprise d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a effectivement généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été réellement enregistré dans ses comptes annuels. Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée commence par décrire la fixation des prix des transactions intragroupe conclues entre Knauf Insulation et ses contreparties étrangères associées au sein du Groupe en ce qui concerne ses activités de distribution. Cette fixation des prix de transfert, qui se fonde sur la méthode du prix de revente, a pour effet que ces contreparties se voient attribuer une rémunération pour leurs fonctions, tandis que le produit des ventes et le bénéfice résiduels sont perçus par Knauf Insulation. Ce bénéfice est ensuite enregistré dans les comptes annuels de Knauf Insulation et fournit la base de son NPBT additionnel.
- (64) Par suite des mesures contestées, du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2017, Knauf Insulation a été autorisée à exonérer une partie de son NPBT additionnel de l'impôt sur les sociétés en Belgique à titre de «bénéfice excédentaire». Knauf Insulation n'a été autorisée 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 de Knauf Insulation, 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 Knauf Insulation, étant donné qu'elles ont entraîné une amélioration de la situation financière nette de cette entreprise, sous la forme d'une réduction de sa base imposable.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ Affaire C-128/16 P, Commission/Espagne, EU:C:2018:591, point 84. Voir aussi l'affaire C-271/13 P, Rousse 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.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ Affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 38.

⁽⁵⁷⁾ Affaire 173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽⁵⁸⁾ 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, Ministero di Difesa et Navantia, EU:C:2014:2262, points 21 à 31.

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

- (65) 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 Knauf Insulation 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 un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités»⁽⁵⁹⁾. En revanche, lors de l'examen d'une mesure individuelle, «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»⁽⁶⁰⁾.
- (66) L'article 1^{er}, 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^{er}, point e), du règlement 2015/1589, dans sa partie pertinente en l'espèce, définit la notion d'aide individuelle, comme une «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».
- (67) 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^{er}, 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 Knauf Insulation un avantage sous forme de réduction de sa 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 de Knauf Insulation par rapport à des entreprises comparables*

- (68) 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⁽⁶¹⁾. 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⁽⁶²⁾. 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 de Knauf Insulation par rapport aux entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable.
- (69) 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 de Knauf Insulation par rapport à tous les autres contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, du fait qu'elles autorisent cette entreprise à réduire sa 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».
- (70) 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables, 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 de Knauf Insulation 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*

- (71) 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

⁽⁵⁹⁾ Affaire C-15/14 P, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60. Voir également les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 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.

⁽⁶⁰⁾ Ibidem.

⁽⁶¹⁾ Affaire T-314/15, Grèce/Commission, EU:T:2017:903, point 79.

⁽⁶²⁾ Auquel cas, la mesure peut soit relever d'un régime d'aides d'État soit constituer une mesure générale (non sélective).

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 ⁽⁶³⁾. Le système de référence constitue le cadre au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif doit être appréciée ⁽⁶⁴⁾. Il détermine les limites dans lesquelles il convient d'examiner si certaines entreprises tirent avantage d'une dérogation aux règles normales qui constituent ce 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.

- (72) 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) ⁽⁶⁵⁾.
- (73) Les mesures contestées permettent à Knauf Insulation d'exonérer de l'impôt sur les sociétés en Belgique une partie du bénéfice qu'elle a généré, qui lui a été initialement attribué et qui a été enregistré dans ses 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'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.
- (74) 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 (17), 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»* ⁽⁶⁶⁾.
- (75) 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).
- (76) 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

⁽⁶³⁾ Affaire C-374/17, A Brauerei, EU:C:2018:1024, point 36 et la jurisprudence citée.

⁽⁶⁴⁾ 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.

⁽⁶⁵⁾ 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.

⁽⁶⁶⁾ Cour de cassation belge, 20 février 1997 (Pas., 1997, I, n° 100, & RCJB, 2000, p. 525).

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 ⁽⁶⁷⁾.

(77) Ainsi qu'il ressort du considérant (19), 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 Knauf Insulation) 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.

(78) Aux considérants (79) à (92), 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 Knauf Insulation 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 de Knauf Insulation, avec pour résultat que cette entreprise a été autorisée à exonérer une partie de son 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*

(79) En premier lieu, rien n'indique, dans la décision anticipée, que les «bénéfices excédentaires» exonérés de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par Knauf Insulation ont également été inclus dans la base imposable d'une société associée étrangère. La décision anticipée accorde 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. La décision anticipée n'identifie même pas la ou les sociétés associées étrangères qui, dans les conditions que cette décision considère comme conformes au principe de pleine concurrence, auraient dû ou auraient pu générer ces bénéfices.

(80) A l'inverse, le point 175 de la décision anticipée s'appuie 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 Knauf Insulation.

(81) 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.

(82) Étant donné que la décision anticipée autorise Knauf Insulation à exonérer de l'impôt une partie de son 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 de Knauf Insulation pour parvenir à son 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 Knauf Insulation et des contreparties associées étrangères*

(83) 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 de Knauf Insulation, 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 Knauf Insulation et des contreparties associées étrangères, comme l'exige cette disposition.

⁽⁶⁷⁾ 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. [...] A 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.»

- (84) Comme expliqué au considérant (9), la décision anticipée décrit la fixation des prix des transactions intragroupe de Knauf Insulation avec les entités de distribution liées du Groupe. Pour ce faire, elle inclut une analyse des prix de transfert s'appuyant sur la méthode du prix de revente. Cette analyse — qui ne relève pas de l'objet de la présente décision — permet de déterminer une rémunération de pleine concurrence pour ces sociétés liées. Par conséquent, étant donné que la décision anticipée ne donne aucune indication sur le fait que les prix de transfert réellement appliqués pour ces transactions intragroupe ne seraient pas conformes aux conditions de pleine concurrence, le bénéfice réalisé par Knauf Insulation en produisant des marchandises et en les vendant à des entités de distribution liées (c'est-à-dire les revenus de pleine concurrence tirés des ventes, déduction faite du coût des marchandises vendues et des dépenses d'exploitation de Knauf Insulation) correspond à son bénéfice de pleine concurrence et est enregistré en tant que tel dans sa comptabilité.
- (85) Néanmoins, la décision anticipée soutient que la décision du Groupe d'investir dans des capacités de production supplémentaires permettra à Knauf Insulation de «générer des bénéfices excédentaires du fait de synergies et d'économies d'échelle» ⁽⁶⁸⁾. Elle soutient également que «[c]ontrairement à l'article 9 § 2 de la Convention modèle OCDE, l'article 185 § 2 b) CIR92 constitue une base juridique qui permet de s'écarter du résultat comptable d'une société et par conséquent de diminuer sa base imposable en excluant (une partie) des bénéfices hors comptabilité sans qu'il ne soit nécessairement question de double imposition (effective ou probable). Il suffit de démontrer que le bénéfice retiré par l'entreprise belge est excédentaire (c'est-à-dire contraire au principe de pleine concurrence)» ⁽⁶⁹⁾. Selon la décision anticipée, l'ajustement doit être déterminé comme la différence entre: i) le NPBT additionnel que Knauf Insulation devrait générer du fait de l'augmentation de la production et de son accès au réseau de distribution du Groupe et ii) le NPBT qu'elle devrait générer si elle était indépendante du Groupe auquel elle appartient ⁽⁷⁰⁾. Pour déterminer ce dernier, la décision anticipée applique la MTMN avec Knauf Insulation comme partie testée et sans identifier une quelconque transaction contrôlée pour laquelle un prix doit être établi ni une quelconque partie associée qui serait la partie la plus complexe à cette transaction. C'est cette différence susmentionnée que les mesures contestées exonèrent d'impôt en tant que «bénéfice excédentaire».
- (86) Contrairement à ce que la décision anticipée affirme, 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 moyen de sociétés ordinaires réputées comparables. Cette disposition codifie le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal belge. Contrairement à ce que la décision anticipée semble 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 ⁽⁷¹⁾. 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.
- (87) 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 ⁽⁷²⁾. À l'inverse, les mesures contestées appliquent cette disposition pour réduire la base imposable de Knauf Insulation, malgré l'absence de transactions intragroupe dont le prix doit être établi ou est établi.

⁽⁶⁸⁾ Décision anticipée, points 120 et 177.

⁽⁶⁹⁾ Décision anticipée, points 111 et 112.

⁽⁷⁰⁾ Décision anticipée, points 138 et 181.

⁽⁷¹⁾ 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. [...]».

⁽⁷²⁾ 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.

- (88) En ce qui concerne l'affirmation de la décision anticipée 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⁽⁷³⁾. 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⁽⁷⁴⁾, ii) à identifier les sociétés du groupe qui ont entrepris des actions concertées et délibérées qui contribuent à la création des bénéfices tirés de 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 bénéfices de chaque société du groupe reflète la contribution de la société du groupe aux avantages synergiques globaux⁽⁷⁵⁾.
- (89) Rien de tout cela n'est fait dans la décision anticipée. Celle-ci suppose simplement que ces avantages ou gains se matérialiseront à la suite de l'augmentation prévue de la capacité de production. La Commission doute que la simultanéité d'une augmentation attendue de la demande et d'un accroissement de la capacité de production puisse être le résultat de synergies plutôt que celui de décisions commerciales rationnelles que prendrait une entreprise indépendante. Même si l'extension prévue de la capacité de production devait se traduire par des bénéfices résultant de synergies ou d'économies d'échelle (ce que la décision anticipée ne démontre pas), la décision anticipée ne détermine pas clairement dans quelle mesure cette opération augmenterait effectivement la rentabilité de Knauf Insulation ou du Groupe dans son ensemble, quelles actions concertées et délibérées seraient responsables de cette augmentation et quelles sont les transactions contrôlées dont les prix devraient être ajustés en conséquence⁽⁷⁶⁾. La décision anticipée accepte que le bénéfice généré par Knauf Insulation sur les transactions intragroupe (correspondant à la vente de la capacité de production supplémentaire), qui lui est initialement attribué à la suite de transactions intragroupe de pleine concurrence et qui est enregistré dans ses comptes annuels, soit réduit pour être aligné sur le bénéfice hypothétique que l'entreprise aurait généré si elle était indépendante du Groupe.
- (90) Enfin, la Commission fait observer que le paragraphe 1.9 des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 1995 ne peut être invoqué pour justifier une exonération des «bénéfices excédentaires», comme cela est fait dans la décision anticipée⁽⁷⁷⁾. Ce paragraphe fait état de la difficulté d'attribuer des bénéfices tirés de synergies ou d'économies d'échelle aux entités distinctes d'un groupe multinational et de l'absence de consensus à ce sujet. Il ne recommande 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 bénéfices résultant de synergies et d'économies d'échelle, sans qu'ils soient (ré)attribués à une autre juridiction fiscale où ils devraient être imposés. Ce paragraphe sous-entend que les bénéfices tirés de synergies, dans le cas exceptionnel où de telles synergies peuvent être établies, devraient être attribués à la juridiction où ils sont générés⁽⁷⁸⁾.
- (91) En tout état de cause, même si l'augmentation prévue de la capacité de production devait engendrer des bénéfices 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 décision anticipée ne donne aucune indication sur la raison pour laquelle ces bénéfices ne devraient pas être (ré)attribués (au moins en partie) à Knauf Insulation. Knauf Insulation en Belgique accueillera la nouvelle ligne de production 1 et fournira le personnel nécessaire pour superviser et générer la capacité de production supplémentaire. En outre, une partie des synergies et des économies d'échelle découleraient des installations existantes de Knauf Insulation elles-mêmes⁽⁷⁹⁾. Cela indique que toute rentabilité supplémentaire engendrée par la réorganisation du Groupe découle des contributions et des investissements de Knauf Insulation en Belgique et a donc été enregistrée à juste titre dans ses comptes annuels en tant que bénéfice de pleine concurrence.
- (92) Par conséquent et sans préjudice de la conclusion énoncée au considérant (82), la Commission conclut à titre provisoire que l'ajustement négatif opéré par les mesures contestées au niveau du bénéfice comptable de Knauf Insulation pour parvenir à son 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.

⁽⁷³⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphe 6.30.

⁽⁷⁴⁾ Voir les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017, paragraphes 1.157 et 1.163.

⁽⁷⁵⁾ 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.

⁽⁷⁶⁾ Étant donné qu'un «accès libre au réseau commercial de distribution» signifie que les distributeurs avaient donné des garanties spécifiques concernant l'acquisition de la totalité des quantités produites, assurant ainsi la pleine utilisation des capacités (et l'absence de risque d'inventaire), cela n'aurait pas conduit à des synergies et ce n'est pas davantage lié à l'appartenance de Knauf Insulation à un groupe multinational. Une telle situation devrait tout simplement être traitée comme une répartition du risque, qui, à son tour, devrait transparaître dans les prix de transfert facturés par Knauf Insulation.

⁽⁷⁷⁾ Décision anticipée, point 174.

⁽⁷⁸⁾ Ce point est précisé dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert de 2017 [voir le considérant (88)].

⁽⁷⁹⁾ Décision anticipée, point 79.

(c) *L'application erronée de l'article 185, paragraphe 2, point b), du CIR en faveur de Knauf Insulation entraîne une discrimination entre entreprises comparables.*

- (93) Pour établir la sélectivité dans les cas où la présomption invoquée au considérant (65) 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⁽⁸⁰⁾.
- (94) Au considérant (73), 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 (74), 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.
- (95) Aux considérants (79) à (92), 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 de Knauf Insulation, ce qui a pour effet que cette entreprise se voit accorder une réduction de sa 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 Knauf Insulation une réduction de sa base imposable pour laquelle il n'existe pas de base juridique dans le droit fiscal belge, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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*

- (96) Sans préjudice des conclusions provisoires figurant au considérant (67) et au considérant précédent, la Commission estime également, par un autre raisonnement subsidiaire, que les mesures contestées favorisent Knauf Insulation 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste au considérant (86).
- (97) En effet, en permettant à Knauf Insulation d'exonérer d'impôt une partie de son bénéfice comptable, au motif que ce bénéfice serait attribuable à des synergies ou à des économies d'échelle, les mesures contestées favorisent cette entreprise 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».
- (98) Premièrement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Knauf Insulation 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»⁽⁸¹⁾. 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.
- (99) Deuxièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Knauf Insulation 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.

⁽⁸⁰⁾ 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 Brauerei, EU:C:2018:1024, points 33, 36 et 38.

⁽⁸¹⁾ 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.

- (100) Troisièmement, la Commission considère à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Knauf Insulation 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 de Knauf Insulation à un niveau inférieur à celui de son bénéfice de pleine concurrence enregistré dans ses comptes annuels, comme expliqué au considérant (83). 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⁽⁸²⁾. 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.
- (101) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées favorisent Knauf Insulation 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 égal au bénéfice moyen d'entreprises ordinaires réputées comparables, ce que la Commission conteste.

4.5.4. *Justification objective*

- (102) 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⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾.
- (103) 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 de Knauf Insulation, en conséquence de quoi cette entreprise se voit 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.
- (104) 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⁽⁸⁵⁾. 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.
- (105) Premièrement, comme expliqué aux considérants (79) à (82), les réponses fournies par le ministre des finances sur lesquelles la décision anticipée repose permettent d'opérer un ajustement négatif sur une partie du bénéfice comptable de Knauf Insulation 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 ajustement positif primaire a été effectué par une administration fiscale étrangère sur le bénéfice imposable de cette entité étrangère associée. La décision anticipée ne vérifie pas, ni ne juge nécessaire de vérifier si les «bénéfices excédentaires» exonérés sont également inclus dans la base imposable d'une société étrangère associée.

⁽⁸²⁾ En effet, l'effet des coûts fixes réduits par unité de production mentionnés au considérant (10) est observé lors de toute augmentation de la capacité de production, qu'il s'agisse de sociétés faisant partie d'un groupe multinational ou de sociétés indépendantes.

⁽⁸³⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 48 et la jurisprudence citée.

⁽⁸⁴⁾ Affaires jointes C-78/08 à 80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, points 73 et 75.

⁽⁸⁵⁾ Affaire C-374/17, A Braueri, EU:C:2018:1024, point 52.

- (106) 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 (83) à (92), ils ne découlent pas de transactions non conformes au principe de pleine concurrence entre Knauf Insulation et des contreparties associées étrangères. Ils font partie des bénéfices que cette entreprise a réellement générés, qui lui ont été initialement attribués et qui ont été enregistrés dans sa comptabilité. Ces bénéfices ne peuvent donc jamais être également enregistrés dans les comptes d'une contrepartie associée étrangère. De plus, la Commission considère que ces bénéfices ne peuvent jamais être 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. En conséquence, aucune situation de double imposition ne pourrait jamais se produire en lien avec ce que la Belgique estime être des «bénéfices excédentaires».
- (107) 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.

- (108) 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

- (109) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission conclut à titre provisoire que les mesures contestées confèrent une aide d'État à Knauf Insulation sous la forme d'une exonération fiscale.
- (110) 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»⁽⁸⁶⁾. 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⁽⁸⁷⁾.
- (111) En l'espèce, Knauf Insulation fait partie du Groupe. En outre, la Commission part du principe que c'est le Groupe qui a décidé de moderniser et d'augmenter la capacité de production de Knauf Insulation, en conséquence de quoi cette entreprise a pu obtenir une décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» lui permettant d'exonérer de l'impôt sur les sociétés dû en Belgique, sans base juridique pour le faire, une partie de son bénéfice comptable.
- (112) 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⁽⁸⁸⁾. Dès lors, la Commission considère à titre provisoire que le Groupe Knauf, en plus de Knauf Insulation, a bénéficié d'une aide d'État du fait des mesures contestées au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.7. Illégalité de l'aide

- (113) 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)⁽⁸⁹⁾. 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)⁽⁹⁰⁾. L'article 1^{er}, 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».
- (114) 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.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabell 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.

⁽⁸⁸⁾ 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 [...]».

⁽⁸⁹⁾ Règlement 2015/1589, article 2.

⁽⁹⁰⁾ Article 108, paragraphe 3, du TFUE; règlement 2015/1589, article 3.

4.8. Compatibilité avec le marché intérieur

- (115) 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 ⁽⁹¹⁾, 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 ⁽⁹²⁾. 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 ⁽⁹³⁾.
- (116) La Belgique n'a invoqué aucun motif de compatibilité pour l'aide d'État accordée à Knauf Insulation 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.
- (117) La Commission note en particulier que, puisque le traitement fiscal accordé au moyen des mesures contestées semble entraîner une réduction des charges actuelles ou futures normalement supportées par l'entreprise concernée dans le cadre de ses 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 ⁽⁹⁴⁾.

5. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut à titre provisoire que la décision anticipée relative aux «bénéfices excédentaires» accordée à Knauf Insulation SPRL par la Belgique et l'acceptation par cette dernière des déclarations annuelles de l'impôt sur les sociétés établies par cette entreprise sur la base de cette décision anticipée ont abouti à l'octroi d'une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de cette entreprise et du Groupe auquel elle appartient. 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:

- les comptes annuels de Knauf Insulation SPRL relatifs aux années pour lesquelles l'entreprise s'est fondée sur la décision anticipée pour déterminer son 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 de Knauf Insulation SPRL pour ces années;
- toute information démontrant que les «bénéfices excédentaires» exonérés par la décision anticipée susmentionnée ont été inclus dans la base imposable d'une entreprise associée étrangère;
- tous les rapports sur les prix de transfert et autres documents liés à la décision anticipée 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.

⁽⁹¹⁾ 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.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ Affaire T-68/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission*, EU:T:2007:253, point 34.

⁽⁹⁴⁾ Affaire T-308/11, *Eurallumina/Commission*, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

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.

WORTLAUT DES SCHREIBENS AUF NIEDERLÄNDISCH

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")⁽¹⁾. 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. Knauf Insulation SPRL ("Knauf Insulation") ontving een ruling inzake "overwinst" en werd door België aangemerkt als een van de begunstigden in het kader van de vermeende regeling. Na het besluit van 2016 pasten de Belgische autoriteiten de belastbare grondslag van Knauf Insulation opwaarts aan.
- (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")⁽²⁾.
- (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 ruling die aan Knauf Insulation is 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) Knauf Insulation is gevestigd in Visé, België, en maakt deel van de Knauf-groep ("de Groep"), een van de belangrijkste fabrikanten en distributeurs ter wereld van isolatiematerialen, wand- en plafondprofielen, en bouwmaterialen en -uitrusting. In 2009 boekte de Groep een jaaromzet van 5 miljard EUR. Ten tijde van de ruling⁽³⁾, in 2012, was de Groep aanwezig in 50 landen en had hij wereldwijd 24 000 mensen in dienst.
- (6) Ten tijde van de ruling had de Groep vijf vennootschappen in België, waaronder twee vennootschappen die deel uitmaakten van de divisie Knauf Insulation⁽⁴⁾. Knauf Insulation is de belangrijkste productiesite in Europa en haar hoofdactiviteit is de productie en de verkoop van glaswol. Zij is georganiseerd in drie divisies die verantwoordelijk zijn voor: i) de productie en de verkoop van glaswol, ii) het management voor de regio West-Europa en iii) de technische divisie (European support services). De technische divisie omvat een subdivisie "technologie", die verantwoordelijk is voor O&O en die onder meer een verbeterde versie van een centrifuge ("Spinner"-technologie) en een duurzame materialen bevattend bindmiddel ("Ecosse"-technologie) ontwikkelde. Voor beide geïntegreerde technologieën geniet de vennootschap de voordelen van de octrooiwet (d.w.z. een aftrek voor octrooi-inkomsten)⁽⁵⁾. Knauf Insulation heeft drie productielijnen⁽⁶⁾ bestemd voor de specifieke types glaswol met een totale jaarlijkse productie van 90 000 ton. Zij verkoopt haar producten via plaatselijke gelieerde verkoopsentiteiten op de markt. In 2010 boekte zij een omzet van 103 miljoen EUR en had zij 312,5 fulltimewerknemers (FTE's) in dienst.

⁽¹⁾ 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).

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

⁽³⁾ Zoals gedefinieerd in punt (7).

⁽⁴⁾ In 2010 had de divisie Knauf Insulation 30 productiesites in 35 landen, had zij meer dan 5 000 mensen in dienst en boekte zij een omzet van 1 miljard EUR.

⁽⁵⁾ Ruling, paragrafen 58 en 59.

⁽⁶⁾ Lijn 1 is bestemd voor de productie van "standaard" glaswol (50 000 ton per jaar). Lijn 2 is bestemd voor producten met specifieke thermische en technische kenmerken (30 000 ton per jaar). Lijn 3 is bestemd voor de productie van inblaaswol (10 000 ton per jaar).

2.2. De omstreden maatregelen

- (7) De “omstreden maatregelen” in dit besluit bestaan uit de hieronder genoemde ruling en de aanvaarding door de Belgische belastingautoriteiten van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van Knauf Insulation die op basis daarvan zijn opgesteld, waardoor die autoriteiten aan Knauf Insulation een vrijstelling van “overwinst” hebben toegekend.
- Op 7 november 2012 heeft Knauf Insulation een ruling inzake “overwinst” verkregen met betrekking tot een geplande reorganisatie, die de periode van vijf jaar van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 bestrijkt (“de ruling”) ⁽⁷⁾, ⁽⁸⁾. In de ruling heeft de Belgische Dienst Voorafgaande Beslissingen (“de Rulingcommissie”) ermee ingestemd dat Knauf Insulation [60-80] % van de aanvullende jaarlijkse nettowinst vóór belastingen (Net Profit Before Taxes, afgekort NPBT), gegenereerd met de verhoogde productiecapaciteit, op grond van artikel 185, paragraaf 2, onder b), van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (“WIB 92”) in België van vennootschapsbelasting mocht vrijstellen als “overwinst” (in de ruling “*bénéfice excédentaire*” of “*profit excédentaire*” genoemd).

2.2.1. De verrichting waarvoor de ruling werd aangevraagd

- (8) De ruling heeft betrekking op het plan van de Groep om de productiecapaciteit van Knauf Insulation te reorganiseren en te verhogen door middel van een investering van bijna [50-60] miljoen EUR voor de verbetering en modernisering van productielijn 1, hetgeen moet leiden tot een aanvullend productievolume van glaswol van [20 000-30 000] ton per jaar (van [40 000-50 000] naar [70 000-80 000] ton per jaar). Deze investering komt bovenop een investering van bijna [1-10] miljoen EUR in productielijn 1, die nodig is om aan milieueisen te voldoen. In de praktijk zal de “oude” lijn 1 worden ontmanteld en door een gemoderniseerde productielijn 1 met een efficiëntere infrastructuur worden vervangen. De expansie zal leiden tot de creatie van de grootste Europese productiesite voor glaswol. De expansie zal met name ook de bestaande werkgelegenheid op de Belgische productiesite veiligstellen en verbeteren ⁽⁹⁾.

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

- (9) De ruling beschrijft de beprijzing van intragroepstransacties tussen Knauf Insulation en de plaatselijke gelieerde distributie-/verkoopentiteiten. De ruling beschrijft met name het volgende:
- binnen de Groep verkoopt Knauf Insulation haar producten via gelieerde volwaardige distributeurs op de markt;
- het gebruik van de resale-price methode voor de vergoeding van de gelieerde volwaardige distributeurs;
- uit de resultaten van die resale-price methode, die gebaseerd zijn op een benchmarkingstudie met een vergelijking van de brutomarges behaald door vergelijkbare onafhankelijke vennootschappen die in de distributie van isolatiemateriaal op de markt actief zijn, blijkt dat een vergoeding zakelijk wordt geacht als de gelieerde volwaardige distributeurs/verkopers een brutomarge van [15-20] % behalen (d.w.z. hun brutowinst zou gelijk moeten zijn aan [15-20] % van de verkoop/inkomsten) ⁽¹⁰⁾.
- (10) De ruling verklaart dat Knauf Insulation na het besluit van de Groep om in aanvullende productiecapaciteit te investeren, een hogere winst genereert ten gevolge van schaalvoordelen en synergie-effecten ⁽¹¹⁾. Deze bestaan uit het gebruik van het O&O-centrum, een daling van de vaste kosten per productie-eenheid en vrije toegang tot het commerciële distributienetwerk van de Groep waardoor Knauf Insulation haar aanvullende voorraden kan verkopen ⁽¹²⁾. De ruling verklaart voorts dat Knauf Insulation die winst (“*bénéfice excédentaire*” of “*profit excédentaire*”) niet had kunnen genereren als zij autonoom als een onafhankelijke, op zichzelf staande entiteit had gehandeld ⁽¹³⁾.
- (11) De ruling stelt vervolgens dat de daaruit voortkomende “*bénéfice excédentaire*”, d.w.z. de winst die kan worden toegerekend aan synergie-effecten en schaalvoordelen, kan worden vastgesteld als het verschil tussen ⁽¹⁴⁾:
- (i) de aanvullende winst die Knauf Insulation daadwerkelijk zal genereren en in haar jaarrekening zal opnemen ten gevolge van de verhoogde productiecapaciteit en de toegang tot het distributienetwerk van de Groep (“de aanvullende NPBT”); en
- (ii) een vermeende “aangepaste” zakelijke winst die zou zijn gegenereerd door vergelijkbaar geachte op zichzelf staande productievennootschappen.

⁽⁷⁾ Décision anticipée 2012.355 van 7 november 2012, gericht aan Knauf Insulation.

⁽⁸⁾ De ruling werd aangevuld met een avenant van 10 september 2013, waarbij de datum van inwerkingtreding van de ruling werd gewijzigd van 1 januari 2012 naar 1 januari 2013. De avenant geeft aan dat de productie vanwege onderhoudswerken gedurende zeven maanden werd onderbroken, zodat er zich in het jaar 2012 geen werkelijke schaalvoordelen hadden gematerialiseerd.

⁽⁹⁾ Ruling, paragrafen 74 tot en met 89.

⁽¹⁰⁾ Ruling, paragraaf 70.

⁽¹¹⁾ Ruling, paragraaf 177.

⁽¹²⁾ Ruling, paragrafen 121 tot en met 127.

⁽¹³⁾ Ruling, paragrafen 115 tot en met 119 en paragraaf 178.

⁽¹⁴⁾ Ruling, paragraaf 138.

Het bedrag onder i) vertegenwoordigt de netto operationele winst van Knauf Insulation die uit de nieuwe investering voortkomt, d.w.z. de met de aanvullende productiecapaciteit gegenereerde omzet uit verkoop aan gelieerde volwaardige distributeurs minus de eigen gerelateerde operationele uitgaven van Knauf Insulation. Het bedrag onder ii) wordt bepaald op grond van een verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de transactional net margin method ("TNMM"), met Knauf Insulation als de minst complexe, geteste partij, als gevolg waarvan haar vermeende "aangepaste" zakelijke winst wordt gebenchmarkt op een cost-plus marge van [15-20] % van de operationele uitgaven gerelateerd aan de aanvullende investeringen.

- (12) Op basis van gebudgetteerde cijfers voor de Groep ⁽¹⁵⁾ wordt in de ruling bepaald dat de jaarlijkse "overwinst" die mag worden vrijgesteld, [60-80] % bedraagt van de totale aanvullende NPBT van Knauf Insulation ⁽¹⁶⁾.
- (13) De ruling rechtvaardigt de vrijstelling van "overwinst" door te verwijzen naar paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 ⁽¹⁷⁾. Zij verwijst vervolgens naar artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 en 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 "excessieve winst" in de winst moet worden opgenomen ⁽¹⁸⁾.
- (14) De ruling verklaart dat Knauf Insulation een bedrag gelijk aan [60-80] % van haar jaarlijkse aanvullende NPBT voor een periode van vijf jaar die een aanvang neemt op 1 januari 2012, in België van vennootschapsbelasting mag vrijstellen. De inwerkingtreding werd later aangepast naar 1 januari 2013, met behoud van een periode van vijf jaar ⁽¹⁹⁾, met de mogelijkheid van een verdere verlenging voor vijf jaar ⁽²⁰⁾. Het percentage van de vrijstelling van de NPBT moet worden geëvalueerd en zo nodig worden aangepast na een periode van drie jaar ⁽²¹⁾.

2.3. Het relevante wet- en regelgevingskader

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

- (15) 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).
- (16) 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".
- (17) 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.
- (18) 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.

⁽¹⁵⁾ Ruling, paragrafen 161, 162 en 201. In de ruling wordt verklaard dat de berekeningen zijn gebaseerd op gebudgetteerde cijfers en dat nadere informatie in "annexe 6" wordt verstrekt. Die bijlage is niet door de Belgische autoriteiten verstrekt.

⁽¹⁶⁾ Ruling, paragrafen 161 tot en met 166. Voorts wordt het bedrag van de "profit excédentaire" aangepast om rekening te houden met a) de aftrek in de octrooibox en b) de aftrek voor risicokapitaal (de zogenaamde notionele intrestaftrek) in verband met de kapitaalverhoging die nodig is om de investering te financieren (zie de ruling, paragrafen 154 tot en met 159).

⁽¹⁷⁾ Ruling, paragrafen 99 en 174.

⁽¹⁸⁾ Ruling, paragrafen 175 en 176.

⁽¹⁹⁾ Zie voetnoot 8.

⁽²⁰⁾ Ruling, paragraaf 204, en avenant, paragraaf 23.

⁽²¹⁾ Ruling, paragrafen 202 en 203, en avenant, paragraaf 25.

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

- (19) Bij de wet van 21 juni 2004 ⁽²²⁾ 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.”

- (20) 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”).
- (21) 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.
- (22) 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

- (23) 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 ⁽²³⁾. 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” ⁽²⁴⁾. 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” ⁽²⁵⁾. In de toelichting wordt ook gewezen op de sterke band tussen boekhoudwetgeving en belastingwetgeving, waardoor voor een afwijking van de boekhoudwetgeving om fiscale redenen een uitdrukkelijke rechtsgrondslag is vereist ⁽²⁶⁾. 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

⁽²²⁾ 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. De wet werd per 19 juli 2004 van kracht.

⁽²³⁾ DOC 51, 1079/001; Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 30 april 2004: <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1079/51K1079001.pdf>

⁽²⁴⁾ 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.”

⁽²⁵⁾ Ibid., blz. 9: “Met de voorgestelde bepaling sluit de Belgische wetgeving nauw aan bij de internationaal aanvaarde norm.”

⁽²⁶⁾ 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.”

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.

- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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⁽²⁷⁾. 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.
- (27) 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.
- (28) 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⁽²⁸⁾ 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”

- (29) In antwoord op een parlementaire vraag in 2005⁽²⁹⁾ 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.
- (30) Een parlementaire vraag in 2007 betreffende rulings en internationale belastingontwijking⁽³⁰⁾ 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) verrekenprijsaanpassingen, 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.

⁽²⁷⁾ Circulaire nr. Ci.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) van 4 juli 2007.

⁽²⁸⁾ 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)]

⁽²⁹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 13 april 2005, CRABV 51 COM 559 — 19.

⁽³⁰⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 11 april 2007, CRABV 51 COM 1271 — 06.

- (31) 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.
- (32) 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⁽³¹⁾. 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

- (33) 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⁽³²⁾.
- (34) 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.”

- (35) 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.
- (36) 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⁽³³⁾. 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

- (37) 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⁽³⁴⁾ (“de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen”), beide niet-bindende rechtsinstrumenten.
- (38) 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.

⁽³¹⁾ Beknopt verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting van 6 januari 2015, CRABV 54 COM 043 — 02.

⁽³²⁾ 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.

⁽³³⁾ Zie voetnoot 22.

⁽³⁴⁾ 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”).

- (39) 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⁽³⁵⁾. 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⁽³⁶⁾. Dit wordt het “zakelijkheidsbeginsel” genoemd.
- (40) 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.
- (41) 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⁽³⁷⁾. 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 investering worden bevorderd.
- (42) 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)]
- (43) In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017⁽³⁸⁾ 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⁽³⁹⁾. Als er van doelbewuste 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⁽⁴⁰⁾.

2.3.2.2. Het zakelijkheidsbeginsel

- (44) 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.

⁽³⁵⁾ Zie paragraaf 6 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁶⁾ 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.

⁽³⁷⁾ Zie paragraaf 5 van de “preface” (inleiding) tot de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010.

⁽³⁸⁾ Paragraaf 1.157 e.v. van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽³⁹⁾ Paragraaf 1.162 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁴⁰⁾ Paragraaf 1.158 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

- (45) 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 ingezeten 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 ⁽⁴¹⁾.
 - 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 ingezeten is in de andere overeenkomstsluitende Staat ⁽⁴²⁾. 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 ⁽⁴³⁾. 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.
- (46) De OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 voorzien in vijf methoden om een zakelijke prijs van transacties en een winsttoewijzing 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 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 ⁽⁴⁴⁾.
- (47) Volgens de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen stelt de resale-price methode de resale-price marge (de brutomarge op de resale-price) van de wederverkoper in de verbonden transactie vast aan de hand van de resale-price marge die dezelfde doorverkoper of een onafhankelijke onderneming op aangekochte en doorverkochte goederen en in vergelijkbare verbonden transacties verdient ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ 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)]

⁽⁴²⁾ 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, herzielt 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)]

⁽⁴³⁾ 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.

⁽⁴⁴⁾ 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)]

⁽⁴⁵⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

- (48) De TNMM is één van de “indirecte methoden” om zakelijke prijzen van transacties en winsttoewijzing tussen de vennootschappen van dezelfde vennootschapsgroep zo goed mogelijk te benaderen. Deze methode onderzoekt de nettowinst in relatie tot een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa) die een belastingplichtige realiseert met een verbonden transactie. De nettowinstindicator van de belastingplichtige uit de betrokken verbonden transactie zou overeen moeten komen met die nettowinstindicator gerealiseerd door onafhankelijke vennootschappen bij vergelijkbare vrijemarkttransacties ⁽⁴⁶⁾.
- (49) Bij het toepassen van de TNMM moet de partij bij de verbonden transactie worden gekozen waarvoor een nettowinstindicator wordt gekozen en getoetst. Als algemene regel geldt dat de “geteste partij” in een analyse op basis van de TNMM de minst complexe is van de twee verbonden partijen die betrokken zijn 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 de verbonden ondernemingen uitoefenen, rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's ⁽⁴⁷⁾. Indien een vennootschap “routinefuncties” uitoefent ⁽⁴⁸⁾, niet-unieke activa gebruikt, beperkt risico's aangaat en derhalve geen unieke en waardevolle bijdrage levert tot de verbonden transactie, zal zij normaal gesproken als de minst complexe entiteit worden beschouwd.
- (50) Wanneer de operationele winst van de minst complexe entiteit is vastgesteld, zal de residuele winst uit de verbonden transactie (d.w.z. de gecombineerde winst uit de verbonden transacties minus de operationele winst van de minst complexe entiteit) worden toegerekend aan de meest complexe partij (d.w.z. de niet-geteste partij) ⁽⁴⁹⁾. 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 gecompenseerd volgens de TNMM.

3. STANDPUNT VAN BELGIË

- (51) 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.
- (52) 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 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.

⁽⁴⁶⁾ Een “nettowinstindicator”, ook “winstniveau-indicator” genoemd, wordt in de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 als volgt omschreven: “The ratio of net profit to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets).” [“De ratio van de nettowinst ten opzichte van een passende grondslag (bijv. kosten, omzet, activa).” (vertaling Commissie)] Volgens paragraaf 2.80 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 sluit “nettowinst” niet-operationele posten van de winst-en-verliesrekening uit, zoals rentebaten en -lasten, belasting over de inkomsten en uitzonderlijke en niet-recurrente bijzondere posten. De in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 vermelde nettowinst stemt overeen met de operationele winst. Met name bij de toepassing van de TNMM kan de nettowinstindicator gewoonlijk overeenstemmen met de ratio van de operationele winst ten opzichte van de verkoop, ten opzichte van de totale operationele kosten (COGS plus operationele uitgaven) of ten opzichte van de activa, naargelang de feiten of omstandigheden van de zaak. “COGS” staat voor de kosten van de verkochte goederen (Cost Of Goods Sold) en bestaat voornamelijk uit de directe en indirecte kosten die toegeschreven kunnen worden aan de productie van een vennootschap, terwijl de operationele uitgaven betrekking hebben op uitgaven die een onderneming doet voor activiteiten die niet rechtstreeks verbonden zijn met de productie van goederen of diensten maar verband houden met de onderneming in haar geheel, zoals uitgaven voor toezicht, algemene zaken en administratie. Opbrengsten in de winst-en-verliesrekening minus COGS stemmen overeen met de brutomarge van de vennootschap. Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995, paragrafen 2.14 en 2.15, en de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010, paragrafen 2.21 en 2.22.

⁽⁴⁷⁾ In de verklarende woordenlijst bij de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 en 2010 wordt de functionele analyse als volgt omschreven: “An 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 uitgeoefende functies (rekening houdend met de gebruikte activa en de gedragen risico's) door verbonden ondernemingen in verbonden transacties en door onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare vrijemarkttransacties.” (vertaling Commissie)] Die analyse “seeks to identify and compare the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used and risks assumed by the parties to the transactions” [“is erop gericht 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.

⁽⁴⁸⁾ In de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2010 wordt de term “routine” niet gedefinieerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft deze term betrekking op functies die niet uniek zijn, namelijk “voor benchmarking in aanmerking komende” functies waarvoor vergelijkbare vrijemarkttransacties kunnen worden gevonden.

⁽⁴⁹⁾ Zie paragraaf 9.10 van de OESO-richtlijnen verrekenprijzen 2010.

- (53) 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.
- (54) 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 probleem van “prijsccontinuüm” inhoudt, omdat de redelijkheid van een prijs slechts vanuit één dimensie wordt vastgesteld (de geteste partij) waarbij de residuele geconsolideerde winst aan de complexere partij wordt toegewezen. België voert aan dat deze residuele winst niet noodzakelijkerwijs de “zuivere zakelijke winst” van die complexere partij weerspiegelt, omdat daarin winstelementen zijn vervat die niet hadden kunnen worden gerealiseerd zonder deel uit te maken van een grotere groep.
- (55) 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?

- (56) 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 ⁽⁵⁰⁾.

4.2. Toerekenbaarheid en staatsmiddelen

- (57) Wat de eerste voorwaarde betreft, werd de ruling afgegeven door de Rulingcommissie, die deel uitmaakt van de Belgische belastingdienst, een orgaan van de Belgische Staat. Op haar beurt heeft Knauf Insulation zich op die ruling gebaseerd bij de voorbereiding van haar jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting en de bepaling van de op basis daarvan verschuldigde vennootschapsbelasting of de voor voorwaartse verliesverrekening beschikbare verliezen, 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.
- (58) 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 huidige of toekomstige belastinginkomsten die hij normaliter zou hebben geïnd ⁽⁵¹⁾. Dankzij de ruling mocht Knauf Insulation een deel van haar anders belastbare winst vrijstellen van belasting in haar jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting. Door die aangiften en het bedrag van de op basis daarvan betaalde vennootschapsbelasting of de voor voorwaartse verliesverrekening beschikbare verliezen te aanvaarden, heeft de Belgische Staat afgezien van (toekomstige) belastinginkomsten die hij anders, zonder de omstreden maatregelen, had kunnen innen bij Knauf Insulation. 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

- (59) Wat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van steun betreft, namelijk dat de omstreden maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maakt Knauf Insulation deel uit van de Groep, een multinationale groep die over de hele wereld actief is, onder meer in verschillende lidstaten. Knauf Insulation is verantwoordelijk voor de productie en commercialisering van glaswol in Europa. De bij die activiteiten betrokken producten en diensten zijn onderhevig aan handelsverkeer tussen de lidstaten, zodat overheidsmaatregelen van België

⁽⁵⁰⁾ 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.

⁽⁵¹⁾ 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.

ten gunste van Knauf Insulation het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kunnen beïnvloeden⁽⁵²⁾. Op grond daarvan concludeert de Commissie voorlopig dat de tweede voorwaarde voor de vaststelling van staatssteun is vervuld.

4.4. Vervalsing van de mededinging

- (60) 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⁽⁵³⁾. Voor zover de omstreden maatregelen Knauf Insulation ontheffen van huidige of toekomstige vennootschapsbelasting die zij anders, zonder die maatregelen, had moeten betalen, vormt de op grond van die maatregelen verleende mogelijke steun exploitatiesteun, omdat die maatregelen Knauf Insulation bevrijden van een huidige of toekomstige last die zij normaal gesproken had moeten dragen in haar gewone bedrijfsvoering of normale activiteiten. Het Hof van Justitie heeft steeds gesteld dat exploitatiesteun de mededinging vervalst⁽⁵⁴⁾, 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

- (61) 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⁽⁵⁵⁾. In dit stadium is de Commissie van oordeel dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation een selectief voordeel verlenen, omdat ze die onderneming in staat stelden haar jaarlijkse belastbare winst en dus ofwel de door haar jaarlijks verschuldigde vennootschapsbelasting uit hoofde van het Belgische stelsel van de vennootschapsbelasting te verminderen of haar positie inzake voorwaartse verliesverrekening uit hoofde van dat stelsel te verruimen, zonder enige rechtsgrondslag of rechtvaardiging voor die vermindering of verruiming.

4.5.1. Voordeel

- (62) 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⁽⁵⁶⁾. Om te bepalen of er sprake is van een voordeel, moet worden gekeken naar de gevolgen van de maatregel zelf⁽⁵⁷⁾. 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⁽⁵⁸⁾.
- (63) De Commissie stelt zich op het voorlopige standpunt dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation een voordeel verlenen omdat die onderneming daardoor een deel van de daadwerkelijk door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar is toegerekend en daadwerkelijk in haar jaarrekening is opgenomen, mag vrijstellen van vennootschapsbelasting in België. Zoals uitgelegd in punt (9), begint de ruling met het beschrijven van de beprijzing van intragroepstransacties tussen Knauf Insulation en verbonden buitenlandse tegenpartijen van de Groep met betrekking tot haar distributieactiviteiten. Die verrekenprijsexercitie, die is gebaseerd op de resale-price methode, leidt ertoe dat die tegenpartijen een vergoeding voor hun functies wordt toegekend, terwijl de residuele verkoopsinkomsten en winst door Knauf Insulation worden ontvangen. Die winst wordt vervolgens in de jaarrekening van Knauf Insulation opgenomen en vormt de basis voor haar aanvullende NPBT.

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ 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.

⁽⁵⁴⁾ 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.

⁽⁵⁵⁾ 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.

⁽⁵⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, 3M Italia, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 38.

⁽⁵⁷⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

⁽⁵⁸⁾ 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.

- (64) Door de omstreden maatregelen mocht Knauf Insulation een deel van haar aanvullende NPBT als “overwinst” vrijstellen van vennootschapsbelasting in België van 1 januari 2013 tot en met 31 december 2017. Knauf Insulation mocht 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 Knauf Insulation in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92. De voorlopige conclusie van de Commissie is daarom dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation een voordeel verlenen, omdat de netto financiële positie van die onderneming daardoor is verbeterd in de vorm van een vermindering van de belastbare grondslag.

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

- (65) 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 Knauf Insulation 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”⁽⁵⁹⁾. 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”⁽⁶⁰⁾.
- (66) 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.
- (67) In zijn uitspraak van 14 februari 2019 heeft het Gerecht het besluit van 2016 nietig verklaard omdat de Commissie de administratieve rullingpraktijk 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 Knauf Insulation 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 Knauf Insulation ten opzichte van vergelijkbare ondernemingen*

- (68) 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⁽⁶¹⁾. 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⁽⁶²⁾. Niettemin zal de Commissie voor de volledigheid ook aantonen waarom zij voorlopig van oordeel is dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation bevoordelen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.
- (69) 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 Knauf Insulation bevoordelen ten opzichte van alle andere belastingplichtige vennootschappen, omdat Knauf Insulation daardoor haar belastbare grondslag mag 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.
- (70) 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, 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 Knauf Insulation bevoordelen, aangezien de vrijstelling van “overwinst” niet beschikbaar is voor alle belastingplichtige vennootschappen die genereren wat door België als “overwinst” wordt beschouwd.

⁽⁵⁹⁾ 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.

⁽⁶⁰⁾ Ibid.

⁽⁶¹⁾ Arrest van het Gerecht van 13 december 2017, Griekenland/Commissie, T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, punt 79.

⁽⁶²⁾ In dat geval kan de maatregel hetzij een onderdeel vormen van een staatssteunregeling hetzij een algemene (niet-selectieve) maatregel zijn.

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

- (71) 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 situaties bevinden, ongelijk behandelt ⁽⁶³⁾. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst ⁽⁶⁴⁾. 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.
- (72) 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) ⁽⁶⁵⁾.
- (73) Door de omstreden maatregelen mag Knauf Insulation een deel van de door haar gegenereerde winst, dat oorspronkelijk aan haar was toegewezen en in haar 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.
- (74) Volgens artikel 185, paragraaf 1, WIB 92 zijn vennootschappen belastbaar op het totale bedrag van hun winst, uitgekeerde dividenden inbegrepen. Zoals uitgelegd in punt (17), 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 ⁽⁶⁶⁾.
- (75) 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.

⁽⁶³⁾ 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.

⁽⁶⁴⁾ 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.

⁽⁶⁵⁾ 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.

⁽⁶⁶⁾ 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 bénéfices imposables des entreprises sont déterminés conformément aux règles du droit comptable.”

- (76) 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, onder b), WIB 92 als basis voor correlatieve neerwaartse (verrekenprijs)aanpassingen, wat het doel is van artikel 9, lid 2 ⁽⁶⁷⁾.
- (77) Zoals volgt uit punt (19), voorziet artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 erin dat winst die voortkomt uit een grensoverschrijdende relatie tussen een Belgische belastingplichtige vennootschap (zoals Knauf Insulation) 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.
- (78) In de punten (79) tot en met (92) 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 Knauf Insulation is toegekend. Bijgevolg concludeert de Commissie voorlopig dat die maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Knauf Insulation, waardoor die onderneming zonder enige rechtsgrondslag een deel van haar jaarlijks in België geboekte winst mocht 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*
- (79) In de eerste plaats bevat de ruling geen enkele aanwijzing dat de “overwinst” die van de belastbare grondslag van de vennootschapsbelasting van Knauf Insulation wordt vrijgesteld, ook was opgenomen in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap. De ruling verleent een voorafgaande vrijstelling, dus voordat winst is gegenereerd, en unilateraal, dus niet in antwoord op of afhankelijk van een primaire opwaartse aanpassing door een andere belastingjurisdictie. De ruling vermeldt zelfs niet de identiteit van de buitenlandse verbonden vennootschap of vennootschappen die die winst had(den) moeten of kunnen maken op in de ruling zakelijk geachte voorwaarden.
- (80) In paragraaf 175 van de ruling 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 Knauf Insulation.
- (81) 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.
- (82) Aangezien de ruling Knauf Insulation toestaat een deel van haar geboekte winst 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 Knauf Insulation om tot haar jaarlijkse belastbare winst te komen, gedaan zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat in de Belgische belastingwetgeving.

⁽⁶⁷⁾ 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.”

(b) *De vrijgestelde “overwinst” komt niet voort uit niet-zakelijke transacties tussen Knauf Insulation en buitenlandse verbonden tegenpartijen*

- (83) 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 Knauf Insulation, 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 Knauf Insulation en buitenlandse verbonden tegenpartijen, zoals door die bepaling wordt vereist.
- (84) Zoals uitgelegd in punt (9), beschrijft de ruling de beprijzing van intragroepstransacties van Knauf Insulation met gelieerde distributie-entiteiten. Die wordt gedaan op grond van een verrekenprijsanalyse waarbij gebruik wordt gemaakt van de resale-price methode. Het resultaat van die analyse — die niet het voorwerp van dit besluit vormt — is dat voor die gelieerde vennootschappen een zakelijke vergoeding wordt vastgesteld. Omdat de ruling geen enkele aanwijzing bevat dat de daadwerkelijk voor die intragroepstransacties toegepaste verrekenprijzen niet aan zakelijke voorwaarden zouden voldoen, is de winst die door Knauf Insulation is gegenereerd uit de productie van goederen en de verkoop daarvan aan gelieerde distributie-entiteiten (d.w.z. de zakelijke verkoopsinkomsten minus de costs of goods sold minus de operationele uitgaven van Knauf Insulation), bijgevolg de zakelijke winst van Knauf Insulation en is die als zodanig in haar jaarrekeningen opgenomen.
- (85) In de ruling wordt niettemin de redenering gevolgd dat het besluit van de Groep om in aanvullende productiecapaciteit te investeren, voor Knauf Insulation een hogere winst (“un bénéfice supérieur”) zal realiseren ten gevolge van schaalvoordelen en synergie-effecten ⁽⁶⁸⁾. De verdere redenering luidt dat anders dan artikel 9, lid 2, van het OESO-modelbelastingverdrag, artikel 185, paragraaf 2, onder b), [WIB 92] een rechtsgrondslag biedt om van de boekhoudkundige winst van een vennootschap af te wijken en bijgevolg haar belastbare grondslag te verminderen door (een deel) van de “overwinst” (“bénéfices excédentaires”) daarvan uit te sluiten, zonder dat er noodzakelijkerwijs sprake is van (werkelijke of mogelijke) dubbele belasting. Volgens de ruling volstaat voor die vermindering van de belastbare grondslag dat wordt aangetoond dat de door de Belgische onderneming van de groep behaalde winst “overwinst” is (d.w.z. tegen het zakelijkheidsbeginsel indruist) ⁽⁶⁹⁾. De ruling voert aan dat de vermindering moet worden bepaald als het verschil tussen: i) de aanvullende NPBT die Knauf Insulation naar verwachting zal genereren in verband met de verhoogde productie en de toegang tot het distributienetwerk van de Groep, en ii) de NPBT die zij naar verwachting zou genereren als zij onafhankelijk van de Groep actief was ⁽⁷⁰⁾. Om de laatstgenoemde NPBT te kunnen bepalen, past de ruling de TNMM toe met Knauf Insulation als de geteste partij en zonder aan te geven welke verbonden transactie moet worden beprijsd, noch welke verbonden partij de complexere partij bij die transactie zou zijn. Het is dit bovengenoemde verschil dat de omstreden maatregelen vrijstellen van belasting als “overwinst”.
- (86) Anders dan in de ruling 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 overeenkomend met de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen. Die bepaling codificeert het zakelijkheidsbeginsel in de Belgische belastingwetgeving. Anders dan wat de ruling lijkt 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 intragroepstransacties (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 ⁽⁷¹⁾. Dit betekent dat als er geen verbonden transactie is die moet worden beprijsd, er ook geen aanpassing van winst kan plaatsvinden op grond van het zakelijkheidsbeginsel.

⁽⁶⁸⁾ Ruling, paragrafen 120 en 177.

⁽⁶⁹⁾ Ruling, paragrafen 111 en 112.

⁽⁷⁰⁾ Ruling, paragrafen 138 en 181.

⁽⁷¹⁾ 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)].

- (87) 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 is betaald⁽⁷²⁾. De omstreden maatregelen passen die bepaling echter toe om de belastbare grondslag van Knauf Insulation te verminderen, ook al zijn er geen intragroepstransacties die moeten worden betaald of die worden betaald.
- (88) Met betrekking tot het argument in de ruling dat de door de omstreden maatregelen vrijgestelde “overwinst” haar oorsprong vindt in synergie-effecten, schaalvoordelen en andere elementen die verband houden met het lidmaatschap van een internationale groep, merkt de Commissie in de eerste plaats op dat synergie-effecten en schaalvoordelen geen transacties zijn noch immateriële activa⁽⁷³⁾. 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⁽⁷⁴⁾; 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⁽⁷⁵⁾.
- (89) Geen van deze stappen is gevolgd in de ruling. De ruling neemt eenvoudigweg aan dat die effecten of voordelen zullen ontstaan als gevolg van de geplande uitbreiding van de productiecapaciteit. De Commissie betwijfelt dat het samenvallen van een verwachte stijging van de vraag en een toegenomen productiecapaciteit het resultaat zou zijn van synergie-effecten, in plaats van het resultaat van weloverwogen zakelijke beslissingen die een op zichzelf staande vennootschap zou nemen. Zelfs als de geplande uitbreiding van de productiecapaciteit zou leiden tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen (wat de ruling niet aantoont), stelt de ruling niet duidelijk vast in welke mate die operatie de winstgevendheid van Knauf Insulation of de Groep als geheel 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⁽⁷⁶⁾. De ruling aanvaardt in plaats daarvan dat de door Knauf Insulation gegenereerde winst op de intragroepstransacties (overeenstemmend met de verkoop van de aanvullende productiecapaciteit), die oorspronkelijk aan haar is toegewezen na transacties met derden of na zakelijk betaalde intragroepstransacties, en die in haar jaarrekening is opgenomen, moet worden verminderd om in overeenstemming te worden gebracht met de hypothetische winst die zij zou hebben behaald als zij onafhankelijk van de Groep actief was geweest.
- (90) Ten slotte merkt de Commissie op dat paragraaf 1.9 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 1995 niet kan worden aangevoerd als grondslag voor een vrijstelling van “overwinst”, zoals dat in de ruling wordt gedaan⁽⁷⁷⁾. In die paragraaf 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. Die paragraaf beveelt 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 uitgesloten, zonder die winst toe te rekenen aan een andere jurisdictie waar zij moet worden belast. Die paragraaf impliceert 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⁽⁷⁸⁾.
- (91) Zelfs als de geplande uitbreiding van de productiecapaciteit tot winst uit synergie-effecten of schaalvoordelen zou leiden en zelfs als de doelbewuste gezamenlijke acties, de vennootschappen van de groep die die acties uitvoeren en de verbonden transacties tussen die partijen van de groep naar behoren waren vastgesteld (quod non), geeft de ruling niet aan waarom die winst niet (ten minste gedeeltelijk) aan Knauf Insulation zou moeten worden toegerekend. Knauf

⁽⁷²⁾ 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.

⁽⁷³⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragraaf 6.30.

⁽⁷⁴⁾ Zie de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017, paragrafen 1.157 en 1.163.

⁽⁷⁵⁾ Zie in dat verband de paragrafen 1.161 en 1.164 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017.

⁽⁷⁶⁾ In de mate waarin “vrije toegang tot het commerciële distributienetwerk” impliceert dat distributeurs specifieke garanties hadden gegeven dat zij de volledige productie zouden aankopen, waardoor volledige capaciteitsbenutting wordt verzekerd (en er geen voorraadrisico bestaat), zou dit niet tot synergie-effecten leiden en zou dit zelfs geen verband houden met het feit dat Knauf Insulation van een multinationale groep deel uitmaakt. Een dergelijke situatie zou louter als een toewijzing van risico moeten worden behandeld, die in de door Knauf Insulation in rekening gebrachte verrekenprijzen zou worden weerspiegeld.

⁽⁷⁷⁾ Ruling, paragraaf 174.

⁽⁷⁸⁾ Dit wordt verder verduidelijkt in de OESO-richtlijnen Verrekenprijzen 2017 (zie punt (88)).

Insulation in België zal de nieuwe productielijn 1 huisvesten en zorgen voor het personeel om de aanvullende productiecapaciteit toe te zien en deze tot stand te brengen. Daarenboven zou een deel van de synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomen uit de bestaande installaties van Knauf Insulation zelf⁽⁷⁹⁾. Dit wijst erop dat alle extra winstgevendheid die door de reorganisatie van de Groep wordt gecreëerd, voortvloeit uit bijdragen van en investeringen door Knauf Insulation in België en dus terecht in haar jaarrekening is opgenomen als zakelijke winst.

- (92) Bijgevolg, en onverminderd de conclusie in punt (82), concludeert de Commissie voorlopig dat de neerwaartse aanpassing, door de omstreden maatregelen, van de boekhoudkundige winst van Knauf Insulation om tot haar 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 Knauf Insulation leidt tot discriminatie tussen vergelijkbare ondernemingen*

- (93) Om selectiviteit vast te stellen in gevallen waarin geen beroep wordt gedaan op het in punt (65) 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⁽⁸⁰⁾.
- (94) In punt (73) 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 (74), 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.
- (95) De voorlopige conclusie van de punten (79) tot en met (92) luidt dat de omstreden maatregelen artikel 185, paragraaf 2, onder b), WIB 92 onjuist toepassen ten gunste van Knauf Insulation, als gevolg waarvan aan die onderneming 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 Knauf Insulation een vermindering van de belastbare grondslag toe te kennen waarvoor in de Belgische belastingwetgeving geen rechtsgrondslag bestaat, bevoordelen de omstreden maatregelen die onderneming 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*

- (96) Onverminderd de voorlopige conclusies in punt (67) en in het vorige punt, is de Commissie ook van oordeel, in een meer subsidiaire redenering, dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie in punt (86) heeft betwist.
- (97) Dat komt doordat de omstreden maatregelen, door Knauf Insulation toe te staan een deel van haar geboekte winst van belasting vrij te stellen omdat die winst zou kunnen worden toegeschreven aan synergie-effecten of schaalvoordelen, die onderneming 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.

⁽⁷⁹⁾ Ruling, paragraaf 79.

⁽⁸⁰⁾ 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.

- (98) Om te beginnen is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation 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⁽⁸¹⁾. Die ondernemingen, die ook winst kunnen genereren uit synergie-effecten 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.
- (99) Ten tweede is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation selectief begunstigen ten opzichte van entiteiten die behoren tot een binnenlandse ondernemingsgroep. Dergelijke entiteiten kunnen ook winst genereren uit synergie-effecten 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 synergie-effecten en schaalvoordelen voortkomende winst, die onderdeel uitmaakt van hun totale winst in de zin van artikel 185, paragraaf 1, WIB 92.
- (100) Ten derde is de Commissie voorlopig van oordeel dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation 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 Knauf Insulation tot onder het niveau van de zakelijke winst die in haar jaarrekening is opgenomen, zoals uitgelegd in punt (83). 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⁽⁸²⁾. 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.
- (101) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen Knauf Insulation 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 gelijk is aan de gemiddelde winst van vergelijkbaar geachte routineondernemingen, van belasting vrij te stellen, hetgeen de Commissie betwist.

4.5.4. *Objectieve rechtvaardiging*

- (102) 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⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾.
- (103) 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 Knauf Insulation, waardoor die onderneming 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.

⁽⁸¹⁾ 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.

⁽⁸²⁾ Het in punt (10) bedoelde effect van gedaalde vaste kosten per eenheid product wordt vastgesteld bij elke verhoging in productiecapaciteit, ongeacht of het gaat om vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep of om op zichzelf staande vennootschappen.

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ 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.

- (104) 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⁽⁸⁵⁾. 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.
- (105) Ten eerste, zoals uiteengezet in de punten tot (79) en met (82), staan de antwoorden van de minister van Financiën waarop de ruling is gebaseerd, toe dat op een deel van de geboekte winst van Knauf Insulation 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 ruling verifieert niet, noch acht het nodig om te verifiëren, of de vrijgestelde “overwinst” ook in de belastbare grondslag van een buitenlandse verbonden vennootschap is opgenomen.
- (106) 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 (83) tot en met (92), niet voortkomt uit niet-zakelijke transacties tussen Knauf Insulation en buitenlandse verbonden tegenpartijen. Die winst maakt deel uit van de winst die deze onderneming daadwerkelijk genereerde, die oorspronkelijk aan haar was toegewezen en die in haar jaarrekening was opgenomen. Die winst kan daarom nooit ook in de jaarrekening van een buitenlandse verbonden tegenpartij zijn opgenomen. Aanvullend is de Commissie van oordeel dat die winst nooit 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. Daardoor kan zich nooit een situatie van dubbele belasting voordoen met betrekking tot hetgeen België beschouwt als “overwinst”.
- (107) 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.
- (108) 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 begunstigden van die steun

- (109) Om alle voorgaande redenen concludeert de Commissie voorlopig dat de omstreden maatregelen aan Knauf Insulation staatssteun verlenen in de vorm van een belastingvrijstelling.
- (110) 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.”⁽⁸⁶⁾ 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⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 52.

⁽⁸⁶⁾ 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.

⁽⁸⁷⁾ 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.

- (111) In dit geval is Knauf Insulation deel van de Groep. Bovendien neemt de Commissie aan dat het de Groep was die besloot om de productiecapaciteit van Knauf Insulation te moderniseren en uit te breiden, als gevolg waarvan die vennootschap een ruling inzake “overwinst” kon krijgen waardoor zij een deel van haar in België geboekte winst van belasting mocht vrijstellen zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag bestaat.
- (112) 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⁽⁸⁸⁾. Daarom is de Commissie voorlopig van oordeel dat de Knauf-groep, naast Knauf Insulation, als gevolg van de omstreden maatregelen staatssteun heeft gekregen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.7. Onrechtmatigheid van de steun

- (113) 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)⁽⁸⁹⁾. 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)⁽⁹⁰⁾. 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.
- (114) 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

- (115) Staatssteun wordt met de interne markt verenigbaar geacht als hij onder een van de in artikel 107, lid 2, VWEU genoemde gronden valt⁽⁹¹⁾, 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⁽⁹²⁾. De lidstaat die de steun toekent, moet aantonen dat de toegekende staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 2 of lid 3, VWEU⁽⁹³⁾ verenigbaar is met de interne markt.
- (116) België heeft geen verenigbaarheidsgronden aangevoerd voor de staatssteun die door middel van de omstreden maatregelen aan Knauf Insulation en aan de Groep als geheel is verleend, noch heeft de Commissie verenigbaarheidsgronden kunnen vaststellen.
- (117) De Commissie merkt met name op dat, aangezien de door de omstreden maatregelen toegekende fiscale behandeling lijkt te leiden tot een vermindering van huidige of toekomstige lasten die normaal gesproken op de betrokken onderneming drukken in het kader van haar 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⁽⁹⁴⁾.

⁽⁸⁸⁾ 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 [...]”.

⁽⁸⁹⁾ Verordening (EU) 2015/1589, artikel 2.

⁽⁹⁰⁾ Artikel 108, lid 3, VWEU. Verordening (EU) 2015/1589, artikel 3.

⁽⁹¹⁾ De in artikel 107, lid 2, VWEU vastgestelde afwijkingen hebben betrekking op: a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers; 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.

⁽⁹²⁾ 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.

⁽⁹³⁾ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, punt 34.

⁽⁹⁴⁾ Arrest van het Gerecht van 16 oktober 2014, Eurallumina/Commissie, T-308/11, ECLI:EU:T:2014:894, punten 85 en 86.

5. CONCLUSIE

In het licht van het voorgaande komt de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de ruling inzake “overwinst” die door België aan Knauf Insulation SPRL is afgegeven en de aanvaarding door België van de jaarlijkse aangiften in de vennootschapsbelasting van die onderneming die op basis van die ruling zijn opgesteld, leidden tot de toekenning van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun aan die onderneming en aan de groep waartoe zij behoort. 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 jaarrekeningen van Knauf Insulation SPRL voor de jaren waarin de ruling door die onderneming werd gebruikt om haar belastbare winst te bepalen en de aangiften in de vennootschapsbelasting en de aanslagen in de vennootschapsbelasting van Knauf Insulation SPRL over die jaren;
- alle informatie waaruit blijkt dat de door de bovengenoemde ruling 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 ruling;
- 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.

