



Luxembourg newsflash

23 December 2016

Arrêts World Duty Free et Banco Santander

English version available below.

Contacts



[Philippe-Emmanuel Partsch](#),
Partner,
[EU & Competition Law](#)



[Thierry Lesage](#),
Partner,
[Tax Law](#)

Le 21 décembre 2016, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE » ou la « Cour ») a rendu les arrêts très attendus World Duty Free et Banco Santander¹ en matière d'aides d'Etat à propos de la sélectivité de mesures fiscales. En effet, la condition de la sélectivité, indispensable pour établir l'existence d'une aide d'Etat au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, telle qu'interprétée par la Commission européenne dans ses décisions, fait actuellement l'objet de nombreux recours en annulation² et pourrait avoir un impact significatif sur le traitement des mesures fiscales au regard des aides d'Etat.

Dans les affaires soumises à la Cour, la Commission européenne³ avait considéré comme sélective une mesure fiscale permettant aux entreprises établies en Espagne de déduire de leurs impôts dans une certaine mesure leurs participations dans une entreprise étrangère, pourvu qu'elles s'élèvent à 5% au moins, et qu'elles aient été détenues depuis un an au moins ininterrompu.

Par un jugement du 7 novembre 2014, le Tribunal de l'Union européenne (ci-après « TUE »), avait considéré que l'avantage fiscal ne visait aucune catégorie particulière d'entreprises ou de productions, mais une catégorie d'opérations économiques. Cette mesure était, selon le TUE, une opération financière ouverte potentiellement à toutes les entreprises espagnoles⁴. Le TUE a, en outre, reproché à la Commission européenne de ne pas avoir identifié certaines caractéristiques propres et spécifiques, communes aux entreprises bénéficiaires de l'avantage fiscal, qui permettent de les

distinguer de celles qui en sont exclues⁵. Dès lors, le TUE a considéré que le critère de sélectivité n'était pas rempli et a annulé la décision litigieuse, se montrant ainsi plus exigeant que la Commission européenne quant à l'appréciation du caractère sélectif de la mesure⁶.

L'arrêt rendu par la Cour, sur appel de la Commission européenne, **annule les arrêts du TUE et renvoie** les affaires devant ce dernier. La Cour rappelle que l'examen de la Commission européenne doit être effectué de manière rigoureuse et suffisamment motivée afin que les juridictions de l'Union européenne puissent effectuer un contrôle juridictionnel effectif, notamment quant au caractère comparable de la situation des opérateurs bénéficiaires et de celle des opérateurs exclus par ladite mesure et aux éventuelles justifications invoquées par l'Etat membre. La Cour constate à cet égard que le TUE a commis une erreur de droit en omettant de vérifier que la Commission avait effectué cet examen et en procédant à une interprétation erronée du critère de sélectivité concernant particulièrement la détermination d'une catégorie particulière d'entreprises qui étaient les seules à être favorisées par la mesure fiscale en cause (point 94 de l'arrêt).

Sur ce dernier point, la Cour juge, en effet, que l'approche du TUE, exigeant l'identification de certaines caractéristiques propres et spécifiques, commune aux entreprises bénéficiaires de l'avantage fiscal, a pour effet de créer une exigence supplémentaire d'identification d'une catégorie particulière d'entreprises. Or, cette exigence ne découlerait pas de la jurisprudence constante de la Cour concernant la méthode d'analyse applicable à la sélectivité en matière fiscale (point 71).

En outre, contrairement à ce qu'avait retenu le TUE, la Cour juge que le caractère sélectif de la mesure n'est nullement remis en cause par le fait que la condition essentielle pour l'obtention de l'avantage fiscal viserait une « opération purement financière », sans condition d'un montant minimal d'investissement et indépendante de la nature de l'activité des entreprises bénéficiaires (point 81 de l'arrêt).

Il incombera dès lors au TUE de juger si les entreprises ne remplissant pas les conditions pour l'obtention de l'avantage fiscal en cause, en clair celles possédant ou procédant à des prises de participation dans des sociétés nationales, se trouvent dans une situation comparable de celles qui bénéficient de la mesure, au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal concerné.

Cet arrêt intervient au lendemain de la publication de la décision Apple⁷, concernant des tax rulings irlandais, dans laquelle la Commission a condamné l'Irlande à récupérer 13 milliards d'euros d'aides fiscales illégales. Il n'est pas exclu que l'arrêt rendu par la Cour puisse être considéré comme un arrêt de principe par la Commission européenne et ait dès lors une influence sur le déroulement de certaines enquêtes en cours de la Commission européenne⁸.

- [1] Cour de justice, aff. jointes [Commission européenne contre World Duty Free Group SA, anciennement Autogrill España SA \(C-20/15 P\)](#) et [Banco Santander SA, Santusa Holding SL \(C-21/15 P\)](#), ECLI:EU:C:2016:981.
- [2] Par exemple [T-759/15, Fiat Chrysler Finance Europe / Commission](#) et [T-760/15, Pays-Bas / Commission](#)
- [3] Commission européenne, [Décision 2011/5/CE, du 28 octobre 2009, relative à l'amortissement fiscal de la survaleur financière en cas de prise de participations étrangères C 45/07 \(ex NN 51/07, ex CP 9/07\) appliqué par l'Espagne \(JO 2011, L 7, p. 48\)](#).
- [4] Tribunal de l'Union européenne, [T-399/11, Banco Santander et Santusa / Commission](#), point 57, ECLI:EU:T:2014:938.
- [5] Tribunal de l'Union européenne, [T-219/10, Autogrill España / Commission](#), point 52, ECLI:EU:T:2014:939.
- [6] Philippe-Emmanuel PARTSCH, « D'APPLE à AUTOGRILL, la sélectivité au cœur d'un débat entre la Commission et les juridictions européennes », *Agefi*, Octobre 2016, page 16
- [7] [Décision de la Commission européenne, SA.38373 Alleged aid to Apple](#)
- [8] Voir Commission européenne, [Aides d'État: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le traitement fiscal accordé par le Luxembourg à GDF Suez \(devenue Engie\)](#), Bruxelles, 19 septembre 2016.

The World Duty Free and Banco Santander cases

On 21 December 2016, the Court of Justice (hereinafter CoJ or the Court) rendered its long awaited judgment in the *World Duty Free* and *Banco Santander* cases⁹ regarding the selectivity criterion in the application of State aid rules to fiscal measures. Indeed, the selectivity criterion, as interpreted by the Commission in its decisions, is currently subject to several actions for annulment¹⁰ and this judgment could have a significant impact on the application of State aid rules in tax measures.

Regarding the facts at issue, the Commission¹¹ considered as selective a Spanish fiscal measure which allowed undertakings to deduce from their tax base an acquisition of a shareholding in a 'foreign company', if worth at least 5% of the company's capital and retained for an uninterrupted period of at least one year.

On 7 November 2014, the General Court (hereinafter GC) held that the fiscal advantage was not directed to a particular category of undertakings or production, but was a financial operation. Furthermore, the GC held that the Commission failed to identify what common distinct characteristics the undertakings favoured by the measure derogating from the common regime had compared to

undertakings which did not benefit from the measure¹². Subsequently, the GC found that the selectivity criterion was not fulfilled and annulled the Commission's decision. Thus, the court of first instance was more demanding than the Commission regarding the assessment of the selectivity criterion¹³.

In its judgement, on appeal by Commission, the Court **set aside the two judgements and referred the cases back to the GC**. The CoJ recalled that the assessments made by the Commission must be carried out rigorously and be sufficiently reasoned in order to enable the Court to exercise its power of judicial review, in particular regarding the situation of operators benefiting from the measure as compared to that of operators excluded from it and the potential justifications held by the Member State. The CoJ stated that the GC erred in law by omitting such verification and found that the GC misapplied the selectivity criterion by requiring the identification of the category of undertakings favoured by the fiscal measure (paragraph 94).

On this latter point, the Court stated that the GC's approach, requiring the identification of such characteristics, common to all beneficiaries of the fiscal advantage, had the effect of adding a supplementary requirement involving the identification of a particular category of favoured undertakings. According to the CoJ, this requirement cannot be inferred from the Court's case-law (paragraph 71).

Then, contrary to the findings of the GC, the Court of justice states that the selective nature of the measure is not affected by the fact that the fiscal advantage represented a "purely financial operation", with no minimum investment required and which is available regardless of the nature of the business of the recipient undertakings (paragraph 81).

It is for the GC to determine whether or not the undertakings, which do not fulfill the conditions to obtain the fiscal advantage at issue, *i.e.* those acquiring or proceeding to take a shareholding in a national company, are in comparable situation to those who do benefit from the measure in the light of the objective pursued by the tax system concerned.

This judgement came the day after the publication of the *Apple* decision¹⁴, dealing with Irish tax rulings, where the Commission ordered Ireland to recover 13 billion euros from illegal State aid. It is likely that the principles affirmed by the CoJ in *World Duty Free* and *Banco Santander* will influence the Commission in its current investigations¹⁵ as it is likely to be seen by the Commission as a landmark case.

[9] Court of Justice, joined cases [Commission v World Duty Free Group \(C-20/15 P\)](#) and [Banco Santander and Santusa \(C-21/15 P\)](#), ECLI:EU:C:2016:981.

[10] For example, [T-759/15 Fiat Chrysler Finance Europe v Commission](#) and [T-760/15 Netherlands v Commission](#)

[11] [Commission decision of 28 October 2009 on the tax amortisation of financial goodwill for foreign shareholding acquisitions C 45/07 \(ex NN 51/07, ex CP 9/07\) implemented by Spain,](#)

[12] General Court, [T-219/10 Autogrill España v Commission](#), paragraph 52, ECLI:EU:T:2014:939.

[13] Philippe-Emmanuel PARTSCH, « D'APPLE à AUTOGRILL, la sélectivité au cœur d'un débat entre la Commission et les juridictions européennes », *Agefi*, Octobre 2016, page 16

[14] [Commission decision, SA.38373 Alleged aid to Apple](#)

[15] See Commission, State aid: Commission opens in-depth investigation into Luxembourg's tax treatment of GDF Suez (now Engie), Brussels, 19 September 2016

This publication is intended to provide information on recent legal developments and does not cover every aspect of the topics with which it deals. It was not designed to provide legal or other advice and it does not substitute for the consultation with legal counsel before any actual undertakings.

[Read our latest newsflashes](#)

In order to be added to the mailing list, any interested person can send an email to subscribe@arendt.com

If you wish to opt-out from our mailing list, please click here: [unsubscribe](#)

[LUXEMBOURG](#) [DUBAI](#) [HONG KONG](#) [LONDON](#) [MOSCOW](#) [NEW YORK](#)

[Update preferences](#) | [Forward to a friend](#)