



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. PITRUZZELLA
van 21 januari 2021¹

Gevoegde zaken C-51/19 P en C-64/19 P

World Duty Free Group, SA, voorheen Autogrill España, SA
tegen
Europese Commissie (C-51/19 P)
en
Koninkrijk Spanje
tegen
World Duty Free Group, SA, voorheen Autogrill España, SA,
Europese Commissie (C-64/19 P)

„Hogere voorziening – Bepalingen inzake de vennootschapsbelasting op grond waarvan ondernemingen met fiscale woonplaats in Spanje de goodwill uit de verwerving van deelnemingen in ondernemingen met fiscale woonplaats in het buitenland kunnen afschrijven – Begrip ‚staatssteun‘ – Selectiviteit”

1. De onderhavige zaken betreffen de hogere voorzieningen die respectievelijk World Duty Free Group SA, voorheen Autogrill España SA, (hierna: „WDFG”) (C-51/19 P) en het Koninkrijk Spanje (C-64/19 P) hebben ingesteld tegen het arrest van 15 november 2018, World Duty Free Group/Commissie² (hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht het beroep heeft verworpen dat WDFG krachtens artikel 263 VWEU had ingesteld tot nietigverklaring van artikel 1, lid 1, van beschikking 2011/5/EG van de Commissie van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen die door Spanje is toegepast (hierna: „litigieuze beschikking”) ³ en, subsidiair, van artikel 4 van deze beschikking.

2. De onderhavige hogere voorzieningen maken deel uit van een reeks van acht parallelle procedures waarin vernietiging wordt gevorderd van de arresten van het Gerecht houdende verwerping van de beroepen van een aantal Spaanse ondernemingen tegen de litigieuze

¹ Oorspronkelijke taal: Italiaans.

² T-219/10 RENV, EU:T:2018:784.

³ C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) (PB 2011, L 7, blz. 48).

beschikking of tegen besluit 2011/282/EU van de Commissie van 12 januari 2011 inzake de fiscale afschrijving van financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen die door Spanje is toegepast (hierna: „besluit van 12 januari 2011”).⁴

I. Feiten, omstreden maatregel en litigieuze beschikking

3. Op 10 oktober 2007 heeft de Europese Commissie – na verschillende schriftelijke vragen die haar in 2005 en 2006 waren gesteld door leden van het Europees Parlement, alsmede na een klacht die zij in 2007 van een particuliere marktdeelnemer had ontvangen – besloten de in het huidige artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde formele onderzoeksprocedure in te leiden⁵ (hierna: „inleidingsbesluit”) ten aanzien van de regeling die is vervat in artikel 12, lid 5, van de Ley del Impuesto sobre Sociedades (wet op de vennootschapsbelasting), ingevoegd bij Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (wet 24/2001 houdende vaststelling van fiscale, bestuursrechtelijke en sociale maatregelen) van 27 december 2001⁶, en overgenomen in Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (koninklijk besluit met kracht van wet 4/2004 houdende goedkeuring van de herziene tekst van de wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „TRLIS”) van 5 maart 2004 (hierna: „omstreden maatregel”). De omstreden maatregel houdt in dat een in Spanje belastingplichtige onderneming die een deelneming verwerft in een „buitenlandse vennootschap”, de daaruit voortvloeiende financiële⁷ goodwill⁸ door afschrijving in mindering kan brengen op de heffingsgrondslag van de door haar verschuldigde vennootschapsbelasting, voor zover die deelneming ten minste 5 % bedraagt en gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar in haar bezit blijft. De omstreden maatregel houdt voorts in dat een onderneming alleen als „buitenlandse vennootschap” wordt aangemerkt indien zij onderworpen is aan een belasting die overeenstemt met de belasting die in Spanje geldt en haar inkomsten hoofdzakelijk afkomstig zijn van activiteiten in het buitenland.

4. Op 28 oktober 2009 heeft de Commissie de litigieuze beschikking vastgesteld, waarmee zij de formele onderzoeksprocedure met betrekking tot de verwerving van deelnemingen binnen de Europese Unie heeft afgesloten. Na in overweging 19 van deze beschikking te hebben vermeld dat „[u]it hoofde van de beginselen van de Spaanse belastingwetgeving, met uitzondering van de maatregel in kwestie, [...] goodwill alleen [kan] worden afgeschreven na een bedrijfscombinatie die voortvloeit hetzij uit verwerving of bijdrage van vermogensbestanddelen van onafhankelijke ondernemingen hetzij na een fusie of een splitsing”, en in overweging 20 te hebben gespecificeerd dat „[h]et begrip ‚financiële goodwill’ in het kader van [de omstreden maatregel] [...] op het gebied van de verwerving van deelnemingen een begrip [introduceert] dat gewoonlijk bij de overdracht van activa of bij transacties op het gebied van bedrijfscombinaties wordt gebruikt”, is de

⁴ C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast (PB 2011, L 135, blz. 1). De andere zaken, waarin ik vandaag ook conclusie neem, zijn de gevoegde zaken C-53/19 P (Banco Santander en Santusa/Commissie) en C-65/19 P (Spanje/Commissie), en de zaken C-50/19 P (Sigma/Commissie), C-52/19 P (Banco Santander/Commissie), C-54/19 P (Axa Mediterranean/Commissie) en C-55/19 P (Prosegur Compañía de Seguridad/Commissie).

⁵ PB 2007, C 311, blz. 21.

⁶ BOE nr. 61 van 11 maart 2004, blz. 10951.

⁷ Overweging 20 van de litigieuze beschikking, waarin staat te lezen dat „financiële goodwill”, zoals dit begrip in het Spaanse belastingstelsel wordt gebruikt, de goodwill is die zou zijn geboekt indien de kapitaalvennootschap en de doelonderneming waren gefuseerd.

⁸ In overweging 18 van de litigieuze beschikking wordt „goodwill” gedefinieerd als „de waarde van een gerespecteerde bedrijfsnaam, goede betrekkingen met de klanten, de vaardigheden van het personeel alsook andere soortgelijke factoren waarvan wordt verwacht dat zij in de toekomst meer dan de nu zichtbare winst zullen opleveren”, wat overeenkomt met „de prijs die wordt betaald voor de verwerving van een bedrijf boven de marktwaarde van de vermogensbestanddelen die een bedrijf vormen”, die volgens de Spaanse boekhoudkundige beginselen in de boekhouding van de verwervende onderneming als een afzonderlijk immaterieel actief moet worden opgenomen zodra zij de zeggenschap over de verworven onderneming verkrijgt.

Commissie tot de slotsom gekomen dat deze maatregel selectief was omdat hij uitsluitend aan bepaalde groepen ondernemingen, die bepaalde investeringen in het buitenland doen, ten goede kwam en „dit specifieke karakter van de regeling niet door de aard ervan [werd] gerechtvaardigd” (zie overweging 89). Volgens de Commissie gold deze conclusie los van de vraag of het referentiestelsel werd gedefinieerd als „de regels inzake de fiscale behandeling van de financiële goodwill in de zin van het Spaanse belastingstelsel” (zie overwegingen 89 en 92-114) dan wel als „de fiscale behandeling van de goodwill, die voortvloeit uit een belang dat is verworven in een buiten Spanje gevestigde onderneming” (zie overwegingen 89 en 115-119). In artikel 1, lid 1, van de litigieuze beschikking heeft de Commissie verklaard dat „[d]e steunregeling overeenkomstig [de omstreden maatregel] die [...] door het Koninkrijk Spanje ten uitvoer is gelegd, [...] onverenigbaar [is] met de gemeenschappelijke markt ten aanzien van de aan de begunstigden voor het verrichten van intracommunautaire verwervingen verleende steun”, en in artikel 4 heeft zij beschikt dat de steun die uit hoofde van deze regeling in de vorm van belastingvermindering is verleend, wordt teruggevorderd.⁹

5. De Commissie heeft de formele onderzoeksprocedure niet afgesloten ten aanzien van de verwerving van deelnemingen buiten de Europese Unie, in afwachting van nadere informatie die de Spaanse autoriteiten hadden beloofd te verstrekken. Dit deel van de procedure is afgesloten met de vaststelling van het besluit van 12 januari 2011, waarbij de Commissie de steunregeling die het Koninkrijk Spanje op grond van de omstreden maatregel heeft toegepast, ook voor zover zij wordt toegepast op de verwerving van deelnemingen in buiten de Unie gevestigde ondernemingen, onverenigbaar met de interne markt heeft verklaard.

II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

6. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 mei 2010, heeft WDFG tegen de litigieuze beschikking beroep tot nietigverklaring ingesteld. Bij arrest van 7 november 2014, *Autogrill España/Commissie*¹⁰, heeft het Gerecht het beroep toegewezen op grond dat de Commissie de selectiviteitsvoorwaarde van artikel 107, lid 1, VWEU onjuist had toegepast (hierna: „arrest *Autogrill España/Commissie*”). Daarnaast heeft het Gerecht het besluit van 12 januari 2011 nietig verklaard bij arrest van 7 november 2014, *Banco Santander en Santusa/Commissie*¹¹ (hierna: „arrest *Banco Santander en Santusa/Commissie*”).

7. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 19 januari 2015, heeft de Commissie tegen het arrest *Autogrill España/Commissie* hogere voorziening ingesteld. Deze hogere voorziening, die is ingeschreven onder nummer C-20/15 P, is gevoegd met de onder nummer C-21/15 P ingeschreven hogere voorziening die de Commissie had ingesteld tegen het arrest *Banco Santander en Santusa/Commissie*. De Bondsrepubliek Duitsland, Ierland en het Koninkrijk Spanje zijn bij beslissingen van de president van het Hof van 19 mei 2015 in de gevoegde zaken toegelaten tot interventie aan de zijde van WDFG en aan die van *Banco Santander en Santusa*. Bij arrest van 21 december 2016, *Commissie/World Duty Free Group*

⁹ Volgens artikel 1, lid 2, van de litigieuze beschikking gold de verklaarde onverenigbaarheid en het bevel tot terugvordering niet voor belastingaftrek die de begunstigden op grond van de omstreden maatregel genoten in het kader van de intracommunautaire verwerving „van directe of indirecte deelnemingen in buitenlandse ondernemingen die vóór 21 december 2007 aan de desbetreffende voorwaarden van de steunregeling voldeden, afgezien van de voorwaarde dat zij hun deelnemingen gedurende een ononderbroken periode van minstens een jaar in bezit hebben”. Volgens de Commissie hadden de begunstigden van de omstreden maatregel tot die datum (waarop het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure in het PB werd gepubliceerd) alle redenen om ervan uit te gaan dat deze maatregel rechtmatig was (zie de overwegingen 165-168 van de litigieuze beschikking).

¹⁰ T-219/10, EU:T:2014:939.

¹¹ T-399/11, EU:T:2014:938.

e.a.¹² (hierna: „arrest WDFG”), heeft het Hof het arrest *Autogrill España/Commissie* vernietigd, de zaak terugverwezen naar het Gerecht en de beslissing omtrent de kosten gedeeltelijk aangehouden. Daarnaast heeft het Hof het arrest *Banco Santander en Santusa/Commissie* vernietigd.

8. Op 15 november 2018 heeft het Gerecht het bestreden arrest gewezen en daarbij het beroep van WDFG verworpen, laatstgenoemde verwezen in haar eigen kosten en in die van de Commissie, en de Bondsrepubliek Duitsland, Ierland en het Koninkrijk Spanje alle verwezen in hun eigen kosten.¹³

III. Procedure bij het Hof en conclusies van de partijen

9. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 25 en 29 januari 2019, hebben respectievelijk WDFG en het Koninkrijk Spanje de onderhavige hogere voorzieningen ingesteld.

10. In zaak C-51/19 concludeert WDFG tot vernietiging van het bestreden arrest, nietigverklaring van de litigieuze beschikking na de toewijzing van haar beroep bij het Gerecht, en verwijzing van de Commissie in de kosten. Het Koninkrijk Spanje concludeert tot toewijzing van de hogere voorziening van WDFG, vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing van de Commissie in de kosten. In zaak C-64/19 concludeert het Koninkrijk Spanje tot vernietiging van het bestreden arrest, nietigverklaring van artikel 1, lid 1, van de litigieuze beschikking voor zover daarin is vastgesteld dat de omstreden maatregel staatssteun vormt, en verwijzing van de Commissie in de kosten. De Bondsrepubliek Duitsland concludeert in beide zaken tot toewijzing van de hogere voorzieningen. De Commissie concludeert in beide zaken tot afwijzing van de hogere voorzieningen en veroordeling van rekwiranten in de kosten.

IV. Analyse

A. Voorafgaande opmerkingen

1. *Analyse van de selectiviteit van de belastingmaatregelen*

11. Om een nationale regeling te kunnen aanmerken als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU moet zij „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” begunstigen, dat wil zeggen dat zij de begunstigde daarvan een selectief voordeel moet verschaffen. De selectiviteit van het voordeel is dus een bestanddeel van het begrip „staatssteun”.¹⁴ Voor de beoordeling daarvan moet volgens vaste rechtspraak worden vastgesteld of de nationale maatregel in kwestie binnen

¹² C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981.

¹³ Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland, Ierland en het Koninkrijk Spanje zijn toegelaten tot interventie in de procedure in hogere voorziening bij het Hof, zijn zij, hoewel zij niet tot interventie waren toegelaten in de eerdere procedure bij het Gerecht, interveniënten in de procedure die het Gerecht heeft voortgezet na de vernietiging en terugverwijzing door het Hof.

¹⁴ De onderhavige hogere voorzieningen betreffen uitsluitend de materiële en niet de geografische selectiviteit. Voor de geografische selectiviteit moet worden bepaald of de betrokken regeling zich op het niveau van de staat of op het niveau van de lagere overheid in kwestie bevindt; zie dienaangaande arrest van 6 september 2006, *Portugal/Commissie* (C-88/03, EU:C:2006:511, punten 56 en 57).

het kader van een bepaalde rechtsregeling bepaalde ondernemingen of bepaalde producties kan begunstigen ten opzichte van andere die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van de betrokken regeling.¹⁵

12. Ook nationale maatregelen tot toekenning van een belastingvoordeel¹⁶ kunnen, hoewel in dat kader geen staatsmiddelen worden overgedragen, aan de voorwaarde van selectiviteit voldoen en dus onder het in artikel 107, lid 1, VWEU bedoelde verbod van staatssteun vallen indien zij de situatie van de begunstigden verbeteren ten opzichte van de andere belastingplichtigen¹⁷. Wat deze maatregelen kenmerkt – waardoor het onderzoek naar onder andere de selectiviteit daarvan nog ingewikkelder wordt – is het feit dat zij, anders dan het geval is bij subsidies in strikte zin, voordelen met een *negatief* karakter verlenen, dat wil zeggen in de vorm van een verlichting van de belastingdruk die anders op de begunstigden zou rusten op grond van de belastingregeling die normaal gesproken op hen van toepassing is.

13. Voor de beoordeling van de selectiviteit van met name nationale belastingmaatregelen heeft het Hof een analysemethode in drie fasen ontwikkeld.¹⁸ Deze methode is in de loop der jaren nader uitgewerkt en geperfectioneerd, en wordt sinds het arrest WDFG systematisch toegepast. Zij is laatstelijk bevestigd in de arresten van 28 juni 2018, *Andres* (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie¹⁹ (hierna: „arrest Andres”), en 19 december 2018, *A-Brauerei*²⁰ (hierna: „arrest A-Brauerei”).

14. Volgens die methode moet eerst worden bepaald „welke algemene of ‚normale’ belastingregeling in de betrokken lidstaat van toepassing is”, die als „referentiekader” of „referentiestelsel” fungeert²¹ (eerste fase), en vervolgens worden aangetoond dat de betrokken belastingmaatregel afwijkt van die algemene regeling doordat hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van de algemene regeling, in feitelijk en juridisch vergelijkbare situaties bevinden²² (tweede fase). Tijdens deze eerste twee fasen wordt met de analyse dus in wezen beoogd om eerst een vergelijkingscriterium vast te stellen, en vervolgens de groep ondernemingen af te bakenen die zich ten opzichte van dat criterium in een feitelijke en juridische situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van de begunstigden van het door de onderzochte maatregel verleende voordeel. Indien na afloop van deze analyse blijkt dat er sprake is van een ongelijke behandeling tussen deze ondernemingen, moet deze maatregel als „a priori selectief” worden beschouwd.²³ Van steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU is daarentegen geen sprake in geval van belastingvoordelen die voortvloeien uit een algemene maatregel die

¹⁵ Zie onder andere arresten van 8 november 2001, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, EU:C:2001:598, punt 41), en 6 september 2006, *Portugal/Commissie* (C-88/03, EU:C:2006:511, punt 54), alsook arrest WDFG, punt 54.

¹⁶ *Reeds* in arrest van 2 juli 1974, *Italië/Commissie* (173/73, EU:C:1974:71), heeft het Hof in punt 28 van de Italiaanse taalversie (punt 13 van de Nederlandse taalversie) verduidelijkt dat het eventuele fiscale karakter van de betrokken maatregel niet voldoende is om deze buiten het bereik van de regeling inzake staatssteun te brengen.

¹⁷ Zie arrest WDFG, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹⁸ Zoals het Hof heeft verduidelijkt, betreft dit een methode die niet enkel hoeft te worden gevolgd bij het onderzoek van afzonderlijke fiscale maatregelen; zie arrest van 21 december 2016, *Commissie/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 55).

¹⁹ C-203/16 P, EU:C:2018:505.

²⁰ C-374/17, EU:C:2018:1024.

²¹ Zie onder andere arrest *Andres*, punten 80 en 88.

²² Zie arrest WDFG, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak (arrest van 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 49).

²³ Zie arrest WDFG, punt 58.

zonder onderscheid op alle marktdeelnemers van toepassing is, wegens het ontbreken van een selectief karakter.²⁴ Het bewijs dat de nationale regeling ongelijke behandeling oplevert en dus prima facie selectief is, moet worden geleverd door de Commissie.

15. In de derde fase heeft de betrokken lidstaat de mogelijkheid om aan te tonen dat de in de eerste twee fasen gebleken ongelijke behandeling „voortvloeit uit de aard of de opzet van het stelsel waarvan de maatregel een onderdeel vormt”, en daarom gerechtvaardigd is.²⁵ Deze fase wordt gekenmerkt door een omkering van de bewijslast, zoals altijd het geval is wanneer moet worden aangetoond dat er sprake is van discriminatie: het staat aan degene aan wie de ongelijke behandeling wordt toegerekend – in casu de betrokken lidstaat – om aan te tonen dat daar een geldige reden voor bestaat en dat de regeling waarbij deze ongelijkheid wordt ingevoerd evenredig is.

16. Ondanks dat de hierboven schematisch weergegeven en omschreven onderzoeksmethode rechttoe rechtaan lijkt, is de concrete toepassing ervan niet altijd eenvoudig en kan zij wat betreft de feitelijke selectiviteit van de onderzochte maatregel tot uiteenlopende resultaten kan leiden.²⁶ In meerdere arresten heeft het Hof deze methode aangepast of verhelderd om rekening te kunnen houden met de kenmerken van de onderzochte belastingregelingen, en de voorkeur gegeven aan een benadering die wordt gezien als casuïstisch en wordt gekenmerkt door een beperkte voorzienbaarheid. Dit vooropgesteld lijkt mij dat, afgezien van de praktische toepassingen van deze methode en van de nuancerings van het Hof, uit de rechtspraak enkele basiscriteria naar voren komen die voor het Hof als leidraad dienen en invloed hebben op de oplossingen die van geval tot geval worden vastgesteld.

17. In de eerste plaats is in de rechtspraak van het Hof sinds het arrest van 15 november 2011, Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk²⁷ (hierna: „arrest Gibraltar”), het sterke verband tussen de begrippen „selectiviteit” en „discriminatie” steeds duidelijker geworden.²⁸ Een nationale maatregel wordt als selectief aangemerkt indien bij de verlening van het daarin voorziene voordeel wordt gediscrimineerd.²⁹ Zoals het Hof zelf heeft verklaard in punt 71 van het arrest WDFG, bestaat de onderzoeksmethode voor selectiviteit op het gebied van

²⁴ Zie onder andere arresten van 15 december 2005, UniCredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, punt 49), en 19 september 2000, Duitsland/Commissie (C-156/98, EU:C:2000:467, punt 22).

²⁵ Zie onder andere arresten van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, EU:C:1974:71, punt 33); 29 april 2004, Nederland/Commissie (C-159/01, EU:C:2004:246, punten 42 en 43), en 29 maart 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184, punt 40), en arrest WDFG, punt 58.

²⁶ Een paradigmatisch geval is bijvoorbeeld de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Andres.

²⁷ C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732.

²⁸ Zie punt 101 van het arrest Gibraltar, waar het Hof binnen de context van het onderzoek naar de selectiviteit van de steunmaatregelen voor het eerst het begrip discriminatie gebruikt. De parallel tussen de twee begrippen krijgt evenwel vastere vorm in recentere arresten, waaronder met name het arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punt 41), waarin het idee is ontwikkeld dat de selectiviteit moet worden vastgesteld door te beoordelen of er sprake is van een ongelijke behandeling tussen groepen ondernemingen die in een vergelijkbare situatie verkeren. Zie voor een uitdrukkelijke bevestiging van het verband tussen selectiviteit en discriminatie arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 53).

²⁹ Zie in die zin onder andere arresten van 28 juli 2011, Mediaset/Commissie (C-403/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:533, punt 36); 14 januari 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, punten 53-55), en 4 juni 2015, Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punt 59), en de arresten Gibraltar, punten 75 en 101, Andres, punt 83, en WDFG, punten 54, 86 en 93, en uitdrukkelijk, ook buiten het belastingrecht, arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punten 53 en 55).

belastingen hoofdzakelijk in de beoordeling „of bepaalde marktdeelnemers worden gediscrimineerd doordat zij worden uitgesloten van een belastingvoordeel dat voortvloeit uit een maatregel die afwijkt van een normale belastingregeling”.³⁰

18. In de tweede plaats moet bij het onderzoek van de selectiviteit van de belastingmaatregelen rekening worden gehouden met de *gevolgen* van deze maatregelen.³¹ Dit houdt ten eerste in dat de door de nationale belastingwetgever nagestreefde doelstellingen, die buiten het betrokken belastingstelsel liggen, uitsluitend relevant zijn voor de vaststelling van de groep (rechts)personen waarbinnen moet worden vastgesteld of er sprake is van een ongelijke behandeling, maar niet met betrekking tot de rechtvaardiging van deze ongelijke behandeling. Ten tweede staat het onderzoek naar de selectiviteit van een belastingmaatregel los van de vorm van de betrokken maatregelen, om te voorkomen dat „nationale fiscale bepalingen reeds daarom aan elk toezicht op het gebied van staatssteun ontsnappen omdat zij via een andere regelgevingstechniek tot stand zijn gebracht, ook al sorteren zij [...] door diverse fiscale bepalingen aan te passen en te combineren, dezelfde effecten”.³² De op de gevolgen van de maatregel gebaseerde analyse kan het Hof ertoe aanzetten de *feitelijke selectiviteit* te erkennen van een belastingregeling die, ook al is zij formeel zonder onderscheid van toepassing op alle betrokken marktdeelnemers, op grond van algemene en objectieve criteria in concreto ongerechtvaardigde differentiaties invoert.³³ De selectiviteit van dergelijke maatregelen, die niet afwijken van een normale regeling en dus niet *de jure als selectief kunnen worden aangemerkt*³⁴, kan niet worden vastgesteld door de analysemethode in drie fasen toe te passen, zoals blijkt uit het arrest Gibraltar, maar daartoe moet in concreto worden nagegaan of uit de toepassing daarvan een verschillende belastingdruk voortvloeit ten gunste van bepaalde ondernemingen die worden aangeduid „op basis van hun specifieke eigenschappen als bevoorrechte categorie”³⁵.

19. In de derde plaats voert het Hof, gezien de van nature complexe aard van nationale belastingregelingen – die worden gevormd door een groot aantal stelsels, regels en uitzonderingen, en waarin de door de wetgever nagestreefde fiscale, economische en maatschappelijke doeleinden worden behaald door onderscheid te maken tussen categorieën belastingplichtigen – in wezen een „coherentietoetsing” uit³⁶, waarbij incoherentie wordt uitgelegd als een aanwijzing dat de betrokken maatregel selectief is. De coherentietoetsing is van belang in het kader van zowel de tweede fase van de analysemethode – waarin de bepaling van de categorieën van begunstigen en van degenen die van het voordeel worden uitgesloten, wordt beoordeeld aan de hand van de doelstelling van de betrokken belastingregeling – als in de derde

³⁰ Zie ook arresten van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 53), dat op dezelfde dag is gewezen als het arrest WDFG, en 14 januari 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, punt 53). Hetzelfde standpunt wordt in meerdere recente conclusies van advocaten-generaal gehuldigd; zie bijvoorbeeld de conclusies van advocaat-generaal Wahl in de zaken Eventech (C-518/13, EU:C:2014:2239, punt 35) en Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punt 54), advocaat-generaal Kokott in de zaak Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:242, punt 82), advocaat-generaal Bobek in de zaak België/Commissie (C-270/15 P, EU:C:2016:289, punt 29) en advocaat-generaal Wathelet in de gevoegde zaken Commissie/Banco Santander en Santusa (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:624, punt 80).

³¹ Volgens vaste rechtspraak van het Hof, waarin is bepaald dat artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid maakt naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten maar op hun gevolgen ziet. Zie onder andere arresten van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, EU:C:1974:71, punt 27), en 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 85 en 89), en arrest Gibraltar, punt 87.

³² Zie arrest Andres, punt 91.

³³ Zie onder andere arrest Gibraltar, punt 101, en arrest WDFG, punt 67. Zie voor een definitie van de facto selectiviteit punt 121 van 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, C/2016/2946 (PB 2016, C 262, blz. 1; hierna: „mededeling betreffende het begrip „staatssteun”).

³⁴ Volgens de mededeling betreffende het begrip „staatssteun” vloeit de jure selectiviteit „rechtstreeks voort uit de juridische criteria voor de toekenning van een maatregel die formeel uitsluitend is voorbehouden aan bepaalde ondernemingen” (zie punt 121).

³⁵ Arrest Gibraltar, punten 91 en 93 en 103-107.

³⁶ Zie in deze zin de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de gevoegde zaken ANGED (C-236/16 en C-237/16, EU:C:2017:854, punt 82).

fase, indien de maatregel als a priori selectief wordt beschouwd, bij de beoordeling van de door de betrokken lidstaat aangevoerde rechtvaardiging ten aanzien van de aard of de structuur van het betrokken belastingstelsel. Zoals ik hieronder zal toelichten, moet een coherentie criterium daarnaast ook worden toegepast bij de bepaling van het referentiestelsel en dus in het kader van de eerste fase.

20. De analyse van de selectiviteit zoals die uit de rechtspraak van het Hof naar voren komt, houdt dus in dat de discriminerende aard van de betrokken maatregelen wordt beoordeeld in het licht van zowel de effecten daarvan als de coherentie met het stelsel waarvan het deel uitmaakt, en los van zowel door de belastingwetgever nagestreefde doelen, die buiten dat stelsel liggen, als de gebruikte regelgevingstechniek.

21. Afgezien van de methodologie volgt uit de rechtspraak, met name als die wordt geanalyseerd tegen de achtergrond van het spanningsveld tussen het Hof en het Gerecht dat in meerdere zaken is ontstaan³⁷, dat het Hof de neiging heeft de selectiviteitsvoorwaarde op het gebied van belastingen ruim uit te leggen, althans bij de vaststelling van de grenzen en de draagwijdte van het begrip „algemene maatregel”, waardoor het selectieve karakter van de betrokken belastingregeling wordt uitgesloten.³⁸ Deze opvatting – die waarschijnlijk kan worden verklaard door de behoefte om te voorkomen dat lidstaten met behulp van gesofisticeerde belastingmaatregelen de regelgeving op het gebied van staatssteun kunnen omzeilen – heeft de nodige kritiek opgeleverd omdat zij indirect de vrijheid van de lidstaten bij het maken van beleidskeuzes op het gebied van nationale belastingen en economie beperkt.³⁹ In wezen wordt het namelijk aan de Commissie overgelaten om bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun overeenkomstig artikel 107, lid 3, VWEU de rechtmatigheid te toetsen van de doelen die de lidstaten door het vaststellen van maatregelen op het gebied van directe belastingen nastreven. Het lijkt weliswaar geen twijfel dat de lidstaten bij de uitoefening van hun bevoegdheden het Unierecht moeten naleven, waaronder de bepalingen op het gebied van overheidssteun, doch het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat „de vaststelling van de heffingsgrondslagen en de verdeling van de belastingdruk over de verschillende productiefactoren en economische sectoren, bij gebreke van regelgeving van de Unie op dit gebied, behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten en van de lagere openbare lichamen die over voldoende fiscale autonomie beschikken”.⁴⁰ Onder andere dit delicate evenwicht tussen bevoegdheden vormt het kader waarbinnen het complexe onderzoek naar de selectiviteit van steunmaatregelen moet worden verricht.

22. De door WDFG en het Koninkrijk Spanje aangevoerde grieven zullen hieronder worden onderzocht tegen de achtergrond van de hierboven in herinnering gebrachte criteria en mijn overwegingen tot dusver. Alvorens ik met dit onderzoek begin, moeten evenwel nog de strekking van het arrest WDFG en het belang daarvan voor de analyse van de onderhavige hogere voorzieningen worden verduidelijkt.

³⁷ Zie bijvoorbeeld de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 22 december 2008, *British Aggregates/Commissie* (C-487/06 P, EU:C:2008:757), en 8 september 2011, *Commissie/Nederland* (C-279/08 P, EU:C:2011:551), en de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten *Andres* en *WDFG*.

³⁸ Zie in die zin de arresten *Gibraltar* en *WDFG*. Bij de concrete vaststelling van het discriminerende karakter van de betrokken regeling blijft er evenwel (ook omdat dat een moeilijk onderzoek is) ruimte over voor een striktere oplossing. Zie bijvoorbeeld – doch niet op belastinggebied – arrest van 21 december 2016, *Commissie/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

³⁹ Zie bijvoorbeeld de conclusies van de advocaten-generaal Kokott in de zaak *Finanzamt Linz* (C-66/14, EU:C:2015:242, punten 113-115), en *Saugmandsgaard Øe* in de zaak *A-Brauerei* (C-374/17, EU:C:2018:741, punten 74-81). Zie ook de standpunten van Ierland, Spanje en Duitsland in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest *WDFG*, zoals samengevat in punt 52 van dat arrest en, zoals ik hieronder zal toelichten, de weerstand tegen de aanvaarding van de oplossing van het Hof in dat arrest waarvan de Duitse regering blijkt heeft gegeven in haar opmerkingen in de onderhavige zaak.

⁴⁰ Zie arrest van 26 april 2018, *ANGED* (C-236/16, EU:C:2018:291, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

2. Implicaties van het arrest WDFG voor het onderzoek van de onderhavige hogere voorzieningen

23. In het arrest *Autogrill España/Commissie*, waarbij de litigieuze beschikking nietig is verklaard, heeft het Gerecht in de eerste plaats overwogen dat in alle gevallen een groep ondernemingen moet worden aangewezen die als enige door de betrokken maatregel wordt bevoordeeld, wil aan de selectiviteitsvoorwaarde zijn voldaan, en dat wanneer alle ondernemingen potentieel in aanmerking komen voor de betrokken maatregel, zoals in het geval van de omstreden maatregel, de selectiviteit niet kan volgen uit de enkele vaststelling dat is afgeweken van de algemene of „normale” belastingregeling.⁴¹ In de tweede plaats heeft het Gerecht overwogen dat fiscale differentiatie als zodanig nog niet betekent dat er sprake is van steun, maar dat daarvoor eveneens een bijzondere groep ondernemingen moet kunnen worden aangewezen die op basis van specifieke eigenschappen kan worden onderscheiden.⁴² Tot slot heeft het Gerecht de op de rechtspraak inzake staatssteun voor uitvoer gebaseerde argumenten van de Commissie afgewezen, door te oordelen dat het Hof in de door de Commissie aangehaalde rechtspraak⁴³ hoe dan ook een groep begunstigde ondernemingen had aangewezen die op basis van specifieke kenmerken kon worden onderscheiden.⁴⁴

24. In het arrest *WDFG* heeft het Hof beide grieven van de Commissie aanvaard, waarvan de eerste was gericht tegen de door het Gerecht aan haar opgelegde verplichting een groep ondernemingen met speciale kenmerken aan te wijzen om het selectieve karakter van een nationale maatregel aan te tonen, en de tweede tegen de uitlegging door het Gerecht van de rechtspraak op het gebied van uitvoersteun. Ten aanzien van de eerste grief heeft het Hof, na de methode voor de analyse van de selectiviteit in drie fasen in herinnering te hebben gebracht, overwogen dat, aangezien de omstreden maatregel ten goede kan komen aan de gehele groep van ondernemingen met fiscale vestigingsplaats in Spanje die deelnemingen van ten minste 5 % verwerven in ondernemingen met fiscale vestigingsplaats buiten die lidstaat, het daarbij om een steunregeling kan gaan en de Commissie bijgevolg diende aan te tonen dat die maatregel weliswaar een voordeel van algemene strekking toekent, maar dat voordeel enkel toekomt aan bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren.⁴⁵ Vervolgens heeft het Hof vastgesteld dat de redenering van het Gerecht was gebaseerd op een onjuiste toepassing van de selectiviteitsvoorwaarde, en dat voor een nationale maatregel die een belastingvoordeel van algemene strekking toekent, de selectiviteitsvoorwaarde wordt vervuld wanneer de Commissie erin slaagt aan te tonen dat de maatregel afwijkt van de algemene of „normale” belastingregeling die in de betrokken lidstaat van toepassing is, en door zijn concrete gevolgen marktdeelnemers verschillend behandelt, hoewel de marktdeelnemers die het belastingvoordeel genieten en degenen die het niet ontvangen zich, gelet op het doel van die belastingregeling van de betrokken lidstaat, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.⁴⁶ Het Gerecht heeft volgens het Hof dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de omstreden maatregel geen selectieve maar een algemene maatregel was, aangezien hij niet bedoeld was voor een bijzondere groep ondernemingen of producties, de toepassing ervan losstond van de aard van de bedrijfsactiviteit, en hij a priori of potentieel openstond voor alle ondernemingen die deelnemingen van ten minste 5 % in buitenlandse ondernemingen wilden verwerven en deze

⁴¹ Zie met name de punten 44, 45, 53 en 62 van het arrest *Autogrill España/Commissie*.

⁴² Zie de punten 67 en 68 van het arrest *Autogrill España/Commissie*.

⁴³ Te weten de arresten van 10 december 1969, *Commissie/Frankrijk* (6/69 en 11/69, EU:C:1969:68); 7 juni 1988, *Griekenland/Commissie* (57/86, EU:C:1988:284), en 15 juli 2004, *Spanje/Commissie* (C-501/00, EU:C:2004:438).

⁴⁴ Zie de punten 79-81 van het arrest *Autogrill España/Commissie*.

⁴⁵ Zie punt 62 van het arrest *WDFG*.

⁴⁶ Zie punt 67 van het arrest *WDFG*.

gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar in hun bezit hielden.⁴⁷ Het Hof heeft eveneens gespecificeerd dat, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, aan de mogelijk selectieve aard van de omstreden maatregel niet wordt afgedaan door het feit dat het verkrijgen van het in het kader van die maatregel verleende belastingvoordeel afhankelijk wordt gesteld van de noodzakelijke voorwaarde dat een economische transactie, met name een handeling „van zuiver financiële aard” wordt verricht, waarvoor geen minimaal te investeren bedrag is vastgesteld en die losstaat van de aard van de activiteiten die door de begunstigde ondernemingen worden verricht.⁴⁸ Bijgevolg is het Hof tot de slotsom gekomen dat het Gerecht de conclusies van de Commissie betreffende de selectiviteit van de omstreden maatregel ten onrechte heeft bekritiseerd zonder na te gaan of de Commissie concreet had gecontroleerd of en aangetoond dat die maatregel discriminerend was.⁴⁹ Ten aanzien van de tweede grief van de Commissie – voor zover die in de onderhavige zaken relevant is – heeft het Hof beslist dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de rechtspraak over exportsteun waarop de Commissie zich had gebaseerd, in die zaak niet van toepassing was. In punt 119 van het arrest WDFG heeft het Hof geoordeeld dat de methode van de analyse van de selectiviteit in drie fasen „onverkort geld[t] voor fiscale steunmaatregelen bij uitvoer”, en daarbij gepreciseerd dat een maatregel als de omstreden maatregel kan worden aangemerkt als selectief als hij ondernemingen die grensoverschrijdende transacties verrichten – met name investeringen – begunstigt ten nadele van andere ondernemingen die zich, gelet op het doel van de betrokken belastingregeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en soortgelijke transacties verrichten op het nationale grondgebied.

25. Het arrest WDFG voegt zonder meer een belangrijk element toe aan de definitie van het begrip „selectiviteit van fiscale steunmaatregelen”. Op grond van dit arrest kan een nationale maatregel ook selectief zijn wanneer vooraf geen specifieke groep begunstigten is aangewezen en indien alle op het nationale grondgebied van de betrokken lidstaat gevestigde ondernemingen, ongeacht hun omvang, rechtsvorm, de sector waarin zij actief zijn en andere specifieke kenmerken, in aanmerking komen voor het voordeel dat door deze maatregel wordt geboden onder de voorwaarde dat een bepaald soort investering wordt verricht.⁵⁰ De door het Hof gehanteerde benadering, volgens welke ook onderzoek moet worden gedaan naar discriminatie bij maatregelen die zonder onderscheid van toepassing lijken en een voordeel bieden waarvoor juridisch en feitelijk alle ondernemingen in aanmerking komen, is niet aanvaardbaar voor degenen volgens wie een strikte toepassing van de analysemethode in drie fasen, die niet wordt afgezwakt door de gelijktijdige toepassing van een criterium dat is gebaseerd op de algemene beschikbaarheid van het belastingvoordeel, het begrip steun te ver oprekt en de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van directe belastingen aantast.⁵¹ In deze gedachtegang passen de opmerkingen van de Duitse regering, die ervoor pleit de strekking van het arrest WDFG te beperken en dit arrest te contextualiseren.

⁴⁷ Zie punt 69 van het arrest WDFG.

⁴⁸ Zie punt 81 van het arrest WDFG.

⁴⁹ Zie punt 93 van het arrest WDFG.

⁵⁰ Tot het arrest WDFG werd gewezen leek de mogelijkheid om een voordeel waarvoor alle ondernemingen, zonder onderscheid, in aanmerking komen als selectief te beschouwen – ook al werd daaraan de voorwaarde verbonden dat een bepaalde transactie is verricht – te worden verhinderd door het feit dat algemene maatregelen in beginsel niet selectief kunnen zijn. In dat arrest heeft het Hof evenwel verduidelijkt dat voor de beoordeling van het selectieve karakter van een maatregel ook een ongelijke behandeling die kan worden herleid tot het gedrag van de ondernemingen, relevant is. Dit is mijns inziens het meest delicate aspect van het arrest WDFG, waarop het Gerecht niet voor niets uitdrukkelijk, met een kritische ondertoon, heeft willen wijzen in de punten 82 en 83 van het bestreden arrest.

⁵¹ Zie de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741, punten 74-81). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de gevoegde zaken ANGED (C-236/16 en C-237/16, EU:C:2017:854, punt 85), waarin zij tracht de strekking van het arrest te relativiseren door te benadrukken dat de omstreden maatregel naar zijn aard de export stimuleert.

26. Wat dat betreft, heeft het Hof in het arrest WDFG weliswaar een standpunt ingenomen in een specifieke context die wordt gekenmerkt door een maatregel die in bepaalde opzichten vergelijkbaar is met exportsteun – die bij de kwalificatie als steunmaatregel doorgaans strenger worden beoordeeld – maar mijns inziens kan de strekking van dit arrest niet te sterk worden gerelativeerd. Gezien de formulering van dit arrest en het feit dat het in latere arresten van het Hof is bevestigd, ook door de Grote kamer⁵², blijkt dit namelijk een beginsel arrest, waarin niet alleen de methode voor de analyse van de selectiviteit in drie fasen is bevestigd, maar tevens is gespecificeerd dat elke regeling waarin voorwaarden voor de verkrijging van een belastingvoordeel zijn vastgesteld, ook indien potentieel alle ondernemingen daarvoor in aanmerking komen, selectief kan blijken indien zij leidt tot een verschillende behandeling van ondernemingen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden.

27. In het licht van het bovenstaande merk ik op dat het belang van het arrest WDFG voor het onderzoek van de onderhavige hogere voorzieningen vrij beperkt is. Geen van de grieven van rekwiranten is immers gericht tegen de overwegingen waarmee het Gerecht de argumenten van WDFG dat de omstreden maatregel van algemene aard is, afwijst door de beginselen toe te passen die het Hof in dat arrest heeft ontwikkeld.⁵³ Bovendien heeft het Hof in dat arrest – hoewel het zijn redenering heeft gebaseerd op de premisse dat de Commissie de omstreden maatregel als selectief had aangemerkt op grond van het afwijkende karakter van deze maatregel en de ongelijke behandeling tussen ingezetene vennootschappen die daarbij werd ingevoerd – geen standpunt ingenomen ten aanzien van deze twee aspecten, terwijl die in de onderhavige hogere voorzieningen juist centraal staan.⁵⁴ Met andere woorden, het Hof heeft enkel de onderzoeksmethode goedgekeurd die de Commissie toepast om het selectieve karakter van de omstreden maatregel aan te tonen, maar niet het resultaat van deze toepassing, dat daarentegen in de onderhavige gevoegde zaken aan de orde is. Hieruit volgt dat de argumenten van de Duitse regering in haar memorie van antwoord, voor zover zij daarin kritiek levert op het feit dat in de onderhavige zaak is gekozen voor de onderzoeksmethode van de selectiviteit in drie fasen die gebaseerd is op discriminatie, en niet voor de methode gebaseerd op de algemene beschikbaarheid van het belastingvoordeel, voor het onderzoek van de onderhavige hogere voorzieningen niet ter zake doen.

B. Hogere voorzieningen

28. WDFG en het Koninkrijk Spanje voeren ter staving van hun respectieve hogere voorzieningen elk één middel aan met betrekking tot een onjuiste uitlegging van artikel 107, lid 1, VWEU wat betreft het selectiviteitscriterium. Beide middelen omvatten meerdere onderdelen: vier primaire en twee subsidiaire onderdelen voor het enige middel van WDFG en vier onderdelen voor het enige middel van het Koninkrijk Spanje.

⁵² Zie met name het arrest A-Brauerei, waarin het Hof, na door advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe te zijn gewaarschuwd (zie conclusie C-374/17, EU:C:2018:741, punt 115) voor de gevolgen van een restrictieve lezing van het arrest WDFG, heeft bevestigd dat de daarin gehanteerde benadering ook wordt toegepast buiten de specifieke context waarin dat arrest is gewezen.

⁵³ Zie de punten 77-89 van het bestreden arrest.

⁵⁴ Ik wijs er evenwel op dat er verschillende lezingen bestaan van het arrest WDFG [zie de conclusies van de advocaten-generaal Wahl in zaak Andres (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, punt 107), en Kokott in de gevoegde zaken ANGED (C-236/16 en C-237/16, EU:C:2017:854, punt 85)], op grond waarvan het Hof een standpunt heeft ingenomen ten aanzien van het referentiestelsel of de selectiviteit van de omstreden maatregel.

29. De grieven in de vier primaire onderdelen van WDFG en de vier onderdelen waarin het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje is verdeeld, stemmen grotendeels met elkaar overeen of overlappen elkaar.⁵⁵ Deze grieven kunnen dus worden gebundeld en gezamenlijk worden onderzocht. Vervolgens zal ik de subsidiair aangevoerde onderdelen van het enige middel in hogere voorziening van WDFG onderzoeken.

1. Eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en eerste en tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje: onjuiste vaststelling van het referentiestelsel

a) Ontvankelijkheid

30. De grieven in het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en in het eerste en het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje hebben betrekking op de eerste fase van de selectiviteitsanalyse waarin, zoals gezien, het referentiestelsel moet worden vastgesteld. Volgens de Commissie zijn deze grieven over het geheel genomen niet-ontvankelijk omdat WDFG bij het Gerecht geen middelen heeft aangevoerd ten aanzien van vermeende fouten bij de vaststelling van het referentiestelsel. Indien rekwiranten werd toegestaan in hogere voorziening nieuwe grieven aan te voeren, zou dit betekenen dat zij bij het Hof een geschil aanhangig kunnen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen.

31. De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moet mijns inziens worden afgewezen.

32. Het klopt zonder meer dat Hof volgens de door de Commissie aangehaalde vaste rechtspraak in hogere voorziening enkel bevoegd is om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen en de argumenten die voor het Gerecht zijn aangevoerd, en dat het een partij in beginsel niet is toegestaan om voor het eerst voor het Hof een middel aan te voeren dat zij niet voor het Gerecht had aangevoerd.⁵⁶

33. Het Hof heeft evenwel verduidelijkt dat een verzoeker in hogere voorziening middelen mag aanvoeren die op het bestreden arrest zelf zijn gebaseerd en die ertoe strekken in rechte de gegrondheid daarvan te betwisten.⁵⁷

⁵⁵ In zijn memorie van antwoord in zaak C-51/19 heeft het Koninkrijk Spanje erop gewezen dat de hogere voorziening van WDFG in essentie overeenstemt met zijn enige middel in hogere voorziening en met de daarin gevolgde redenering.

⁵⁶ Zie onder andere arresten van 1 februari 2007, Sison/Raad (C-266/05 P, EU:C:2007:75, punt 95), en 28 februari 2019, Alfamicro/Commissie (C-14/18 P, EU:C:2019:159, punt 38).

⁵⁷ Zie arresten van 29 november 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commissie (C-176/06 P, niet gepubliceerd, EU:C:2007:730, punt 17); 10 april 2014, Commissie/Siemens Österreich e.a. (C-231/11 P–C-233/11 P, EU:C:2014:256, punt 102); 20 december 2017, EUIPO/European Dynamics Luxembourg e.a. (C-677/15 P, EU:C:2017:998, punt 28); 6 september 2018, Tsjechië/Commissie (C-4/17 P, EU:C:2018:678, punt 24), en laatstelijk 26 februari 2020, EDEO/Alba Aguilera e.a. (C-427/18 P, EU:C:2020:109, punt 54).

34. Dus ook indien in casu werd verondersteld dat de door WDFG en het Koninkrijk Spanje aangevoerde grieven „nieuwe middelen” zijn ten opzichte van de middelen die WDFG ter staving van haar beroep bij het Gerecht had aangevoerd⁵⁸, zoals de Commissie betoogt, zou dat op zich niet volstaan om deze middelen niet-ontvankelijk te verklaren. Aangezien in het bestreden arrest is onderzocht of de Commissie in het kader van de eerste fase van de selectiviteitsanalyse de referentebelastingregeling juist heeft vastgesteld⁵⁹, zijn WDFG en het Koninkrijk Spanje immers gerechtigd om de bevindingen van het Gerecht dienaangaande in rechte aan te vechten, los van het feit dat zij in eerste aanleg geen specifieke argumenten hebben aangevoerd tegen dit aspect van de beschikking van de Commissie.

35. Overigens hebben WDFG en het Koninkrijk Spanje met de argumenten die zij in het kader van de onderzochte onderdelen van hun respectieve enige middelen in hogere voorziening hebben aangevoerd, specifieke en omstandig beargumenteerde kritiek op de motivering van het bestreden arrest geleverd. Zij betogen hoofdzakelijk dat het Gerecht de grenzen van zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid niet in acht heeft genomen, en laken tevens de wijze waarop die toetsing is verricht. Deze middelen konden dus niet bij het Gerecht worden aangevoerd.⁶⁰

36. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het eerste en het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje ontvankelijk moeten worden verklaard.

b) Ten gronde

1) Inleidende opmerkingen

37. In de mededeling betreffende het begrip „staatssteun” definieert de Commissie de referentieregeling als „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”.⁶¹ Er zij echter op gewezen dat deze definitie niet is overgenomen door het Hof, dat het referentiestelsel nog steeds definieert als de „*algemene of ,normale’ belastingregeling* [die] geldt in de betrokken lidstaat”.⁶²

38. Gezien de complexiteit van de nationale belastingstelsels en de vele variabelen die van invloed zijn op de vaststelling van de belastingdruk op ondernemingen, is er van verschillende kanten op gewezen dat het moeilijk het is om concreet vast te stellen wat een dergelijke „normale belastingregeling” is, en dat deze vaststelling uiteenlopende resultaten kan opleveren.⁶³ Gezien deze problemen en uitgaande van de vaststelling dat het niet mogelijk is om één referentiestelsel

⁵⁸ In dit verband merk ik op dat het Gerecht in de punten 32 en 33 van het bestreden arrest heeft vermeld dat de tweede grief van het eerste middel in hogere voorziening van WDFG betrekking heeft op „een onjuiste bepaling van het referentiestelsel”, en dat deze grief werd onderbouwd door algemene argumenten die ook kunnen gelden voor de derde grief betreffende de omstandigheid dat de omstreden maatregel gerechtvaardigd wordt door de aard en de opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt. In punt 94 van het bestreden arrest specificeert het Gerecht dat het betoog van WDFG bij hem „vragen op[roept] over de relevantie van het in casu door de Commissie gekozen referentiekader”.

⁵⁹ Zie de punten 92-141 van het bestreden arrest.

⁶⁰ Zie in deze zin arrest van 1 juni 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie (C-442/03 P en C-471/03 P, EU:C:2006:356, punt 60).

⁶¹ Punt 133.

⁶² Zie arrest WDFG, punt 57. Cursivering van mij.

⁶³ Advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe heeft deze problemen in de punten 121-140 van zijn conclusie in de zaak A-Brauerei bijzonder duidelijk geïllustreerd. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Andres (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, punten 101-105).

vast te stellen, is zelfs gesuggereerd deze handeling geen beslissend karakter te geven en de aandacht eerder te richten op de ongelijke behandeling die de betrokken maatregel tot gevolg heeft⁶⁴ of terug te keren naar een stelsel waarin het begrip „algemene maatregel” centraal staat⁶⁵.

39. Een van de gecompliceerdste handelingen in het kader van het onderzoek van het selectiviteitscriterium blijft ongetwijfeld de vaststelling van het referentiestelsel, ook omdat het Hof terughoudend is in het formuleren van precieze criteria die de Commissie en de autoriteiten van de lidstaten daarbij kunnen hanteren⁶⁶. Het is inmiddels evenwel vaste rechtspraak van het Hof – dat ertoe neigt het begrip selectiviteit gelijk te stellen aan het begrip discriminatie – dat deze handeling niet achterwege kan worden gelaten en dat het belang daarvan evenmin kan worden ontkend. Elk onderzoek naar discriminatie moet namelijk worden uitgevoerd in het licht van een tertium comparationis, dat wil zeggen een parameter die als referentie dient bij de vaststelling of er sprake is van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling. Het referentiebelastingstelsel, gezien in het licht van het doel daarvan, vormt bij de beoordeling van de selectiviteit een dergelijke parameter⁶⁷, en om deze reden lijkt mij dat de centrale rol van dat stelsel – waarop het Hof meerdere malen heeft gewezen, met name met betrekking tot het onderzoek van belastingmaatregelen⁶⁸ – niet ter discussie kan worden gesteld.⁶⁹

40. Op basis van welke criteria moet dit stelsel evenwel worden vastgesteld?

41. Mijns inziens is het in de eerste plaats fundamenteel dat de regels van het stelsel op grond van objectieve criteria worden bepaald, ook om het mogelijk te maken dat beoordelingen die op grond daarvan zijn verricht, aan rechterlijke toetsing worden onderworpen.

42. Soms kan de objectieve reconstructie van de belastingdruk op de voor de vaststelling van het referentiestelsel relevante ondernemingen weliswaar eisen dat bepalingen in aanmerking worden genomen die geen deel uitmaken van de specifieke belastingregeling waarvan de omstreden maatregel deel uitmaakt⁷⁰, maar het is belangrijk dat deze vaststelling niet uitmondt in een abstracte constructie⁷¹. In die zin moet volgens mij worden uitgegaan van de veronderstelling dat het de betrokken lidstaat is die, door zijn exclusieve bevoegdheden op het gebied van directe belastingen uit te oefenen, het referentiestelsel vaststelt. Zoals ik hieronder zal toelichten, wil dit niet zeggen dat de Commissie in het kader van het onderzoek naar de selectiviteit van een nationale maatregel bij haar analyse altijd het door de betrokken lidstaat aangeduide referentiestelsel als uitgangspunt moet nemen zonder daartegen bezwaren te kunnen aanvoeren, maar uitsluitend dat dit stelsel bestaat uit een geheel van regels en beginselen die uit de belastingregeling van een lidstaat voortkomen, en dat dit stelsel op basis van die belastingregeling moet worden vastgesteld.

⁶⁴ Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de gevoegde zaken ANGED (C-236/16 en C-237/16, EU:C:2017:854, punt 88).

⁶⁵ Zie de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak A-Brauerei.

⁶⁶ Zie de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Andres (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, punt 101).

⁶⁷ Zie in deze zin het arrest Andres, punt 89.

⁶⁸ Het Hof heeft in dit verband erop gewezen dat „het bestaan van een voordeel slechts ten opzichte van een ‚normale’ belasting kan worden vastgesteld”. Zie in die zin arresten van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03 (EU:C:2006:511, punt 56), en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 55), en arrest Andres, punten 88 en 89.

⁶⁹ Hierboven heb ik echter reeds kunnen specificeren dat dit geldt voor „de jure” selectieve maatregelen, aangezien de analysemethode in drie fasen niet van toepassing is op „de facto” selectieve maatregelen.

⁷⁰ Zoals in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

⁷¹ Het Hof heeft in het arrest Andres (punt 103) reeds kunnen specificeren dat de selectiviteit van een belastingmaatregel niet juist kan worden beoordeeld aan de hand van een referentiekader dat bestaat uit enkele bepalingen die kunstmatig uit een ruimer rechtskader zijn gelicht.

43. Tot slot moeten de normen waarvan wordt vastgesteld dat zij deel uitmaken van het referentiestelsel een coherent geheel vormen, overeenkomstig de definitie in de mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun”. In dit verband moet erop worden gewezen dat het coherentievereiste dient als limiet voor de Commissie en tevens als element waarop de Commissie zich kan baseren om het door de betrokken lidstaat voorgestelde referentiestelsel te betwisten.

44. Objectiviteit, concreetheid en coherentie zijn dus de criteria die moeten worden gehanteerd bij de bepaling van het referentiestelsel in de eerste fase van het onderzoek naar de selectiviteit van een nationale belastingmaatregel. Nu moet nog een methode worden omschreven die ervoor kan zorgen dat deze vaststelling met minder onzekerheden gepaard gaat.⁷²

45. In deze optiek lijkt het mij dat al te veel vereenvoudiging niet noodzakelijkerwijs de juiste weg is. Het Hof heeft ten aanzien van de maatregelen die deel uitmaken van de algemene regeling van vennootschapsbelasting van een lidstaat immers zonder meer voor een ruime benadering gekozen.⁷³ Deze constatering moet mijns inziens evenwel niet automatisch ertoe leiden dat deze regeling wordt aangemerkt als het referentiestelsel voor de beoordeling van deze maatregelen, zoals de Commissie lijkt te suggereren in haar schriftelijke opmerkingen en zoals ook in de rechtsleer is geopperd.⁷⁴ Ook al gebeurt dat in een groot deel van de gevallen uiteindelijk wel, het is volgens mij methodologisch niet correct als het vervolgens een automatisme wordt, met als gevolg dat voor een hele categorie belastingmaatregelen elk concreet belang aan de eerste en de tweede fase van het onderzoek naar de selectiviteit wordt ontnomen. Dat wil evenwel niet zeggen dat de bepaling van het referentiestelsel niet deels andere criteria kan volgen, naargelang het soort maatregel dat aan de orde is en de belastingregeling waarvan deze deel uitmaakt, zoals ik hieronder zal toelichten.

46. Gelet op het bovenstaande moet bij de bepaling van het referentiestelsel mijns inziens noodzakelijkerwijs worden uitgegaan van de analyse van de omstreden maatregel, en meer in het bijzonder van de differentiaties tussen ondernemingen die deze maatregel door de toepassing van de daarin vastgestelde criteria aanbrengt.

47. De vaststelling van de criteria op grond waarvan de situatie van een onderneming verschilt van die van een andere onderneming, en derhalve een andere belastingregeling van toepassing is, valt onder de beoordelingsbevoegdheid van de nationale wetgever. De regels op het gebied van steun stellen grenzen aan deze beoordelingsbevoegdheid, en wel daar waar voor situaties met homogene kenmerken regelingen gelden waarvan de toepassing leidt tot discriminatie bij het in aanmerking komen voor een belastingvoordeel. In deze context kan het referentiestelsel concreet worden bepaald door bij de selectiviteitsanalyse uit te gaan van de differentiaties tussen ondernemingen als het gevolg van de toepassing van de onderzochte maatregel.

48. Aan de hand van het onderzoek van deze maatregel en van de gevolgen van de toepassing ervan kunnen namelijk zowel de groepen ondernemingen worden gevonden waartussen onderscheid wordt gemaakt als de factor in verband waarmee dit onderscheid wordt gemaakt. Met andere woorden, met behulp van dat onderzoek kan worden bepaald „tussen wie” een

⁷² Ik ben mij er goed van bewust hoe moeilijk deze taak is, en dat het argument dat het referentiestelsel niets anders is (en kan zijn) dan het resultaat van een subjectieve keuze, zonder meer hout snijdt. Gezien de centrale plaats die dit begrip bij de analyse van de selectiviteit van de belastingmaatregelen heeft verworven, kan volgens mij beter worden gezocht naar een manier om „daarmee te leven” dan te blijven wijzen op de objectieve moeilijkheden bij de praktische toepassing daarvan.

⁷³ Zie de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak *Andres* (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, punt 106).

⁷⁴ Zie in deze zin *Ismer, R., en Piotrowski, S., Selectivity in Corporate Tax Matters After World Duty Free: A Tale of Two Consistencies Revisited*, Intertax, 2018, blz. 156-158.

ongelijke behandeling tot stand wordt gebracht en „in verband waarmee”. Deze ongelijkheid kan met name verband houden met aspecten van de regeling van een bepaalde rechtsfiguur of een bepaalde belastingregeling of onderdeel zijn van het belastingstelsel van de lidstaat als geheel.

49. In die context zal de identificatie van het referentiestelsel doorgaans eenvoudiger zijn indien het onderscheid tussen ondernemingen wordt gemaakt in het kader van een ad-hocbelastingregeling – bijvoorbeeld een nieuwe milieubelasting – zoals de regelingen in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 26 april 2018, ANGED⁷⁵ (hierna: „arrest ANGED”), en 22 december 2008, British Aggregates/Commissie⁷⁶ (hierna: „arrest British Aggregates”). In dergelijke gevallen wordt dit onderscheid – of dat nu inherent is aan de onderworpenheid aan de belasting of de wijze van toepassing daarvan betreft – namelijk gemaakt met betrekking tot een specifiek en afzonderlijk geheel van regels dat wordt gevormd door de belastingregeling in kwestie. Dit geheel van regels vormt het referentiestelsel voor de beoordeling van de selectiviteit van de maatregel. De zaak ligt evenwel ingewikkelder indien de onderzochte maatregel deel uitmaakt van een of meer substelsels binnen het kader van een reeds bestaande algemene belastingregeling, zoals in de zaken die hebben geleid tot de arresten Andres en A-Brauerei, of op zichzelf staat. In dergelijke gevallen moet de regeling die de betrokken situatie beheerst, worden gereconstrueerd – met de onderzochte maatregel als uitgangspunt – en wel zodanig dat zij een zowel coherent als volledig normatief geheel vormt. Deze regeling kan overeenkomen met een algemene belastingregeling als geheel genomen of een van de substelsels ervan, of overeenkomen met de maatregel zelf, indien dat een voorschrift is met een op zichzelf staande logica en het niet mogelijk is een coherent geheel van regels daarbuiten te identificeren. Indien de onderzochte maatregel niet kan worden losgemaakt van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat als geheel, moet dat stelsel als referentiestelsel worden genomen.

50. Tot slot moet het referentiestelsel mijns inziens – in dialoog met de betrokken lidstaat – worden bepaald in het licht van de inhoud, de structuur, de systematische indeling en het onderlinge verband tussen de betrokken bepalingen, maar niet van de doelstellingen van de nationale wetgever. Dat is omdat deze doelstellingen in methodologisch opzicht worden vastgesteld in een afzonderlijke fase die volgt op de fase waarin het referentiestelsel wordt vastgesteld, en om dit stelsel zo objectief mogelijk te kunnen bepalen, zoals ik hierboven reeds heb vermeld.⁷⁷

51. In het licht van het bovenstaande zal ik nu de grieven onderzoeken die rekwiranten hebben aangevoerd in het kader van de onderhavige onderdelen van hun respectieve enige middelen in hogere voorziening.

2) Eerste grief van het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje

52. WDFG en het Koninkrijk Spanje voeren met respectievelijk de eerste grief in het eerste onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening en het eerste onderdeel van zijn enige middel in hogere voorziening aan dat het Gerecht zijn eigen gronden in de plaats heeft gesteld

⁷⁵ C-236/16, EU:C:2018:291.

⁷⁶ C-487/06 P, EU:C:2008:757.

⁷⁷ Zoals blijkt uit de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741, punten 149-159) wordt door de doelstellingen van de wetgever in aanmerking te nemen (nog) een subjectief element voor de bepaling van het referentiestelsel toegevoegd, dat deze handeling bovendien veel complexer maakt. In de motivering van zijn arrest maakt het Hof in het deel over de bepaling van het referentiestelsel overigens geen melding van het intensieve debat over de doelstellingen van de relevante bepalingen waarnaar advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in zijn conclusie verwijst.

van die van de litigieuze beschikking door een referentiestelsel te gebruiken dat afwijkt van dat wat de Commissie heeft vastgesteld. Volgens de Commissie wordt het referentiestelsel gevormd door de voorschriften inzake de fiscale behandeling van financiële goodwill, maar het Gerecht heeft op basis van een inhoudelijk andere analyse dan die van de Commissie ook de fiscale behandeling van niet-financiële goodwill bij dit stelsel inbegrepen.⁷⁸

53. In dit verband herinner ik eraan dat het Hof en het Gerecht in het kader van de in artikel 263 VWEU bedoelde wettigheidstoetsing bevoegd zijn uitspraak te doen inzake elk beroep wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het VWEU of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid. Artikel 264 VWEU bepaalt dat indien het beroep gegrond is, de betwiste handeling nietig wordt verklaard. Het Hof en het Gerecht kunnen hun eigen motivering dus niet in de plaats stellen van die van de instelling die de handeling heeft verricht.⁷⁹ In het arrest van 27 januari 2000, *DIR International Film e.a./Commissie*⁸⁰, heeft het Hof evenwel gepreciseerd dat het Gerecht „[i]n een beroep tot nietigverklaring [...] de motivering van de bestreden handeling weliswaar anders [kan] uitleggen dan de betrokken instelling, en in bepaalde omstandigheden de formele motivering van die instelling zelfs [kan] verwerpen”, maar dat dit niet mogelijk is „wanneer de materiële elementen zulks niet rechtvaardigen”.⁸¹

54. De grief van rekwiranten dat het Gerecht aan zijn analyse een ander referentiestelsel ten grondslag heeft gelegd dan de Commissie in de litigieuze beschikking heeft vastgesteld, lijkt op het eerste gezicht niet ongegrond. Zoals WDFG en het Koninkrijk Spanje terecht hebben opgemerkt, vermeldt de Commissie in overweging 96 van de litigieuze beschikking dat het „*gepaste referentiekader voor de beoordeling van de omstreden maatregel*” wordt gevormd door „*de voorschriften inzake de fiscale behandeling van financiële goodwill*”⁸² die in het Spaanse stelsel van vennootschapsbelasting zijn vervat. Het Gerecht geeft in de punten 70, 92 en 140 van het bestreden arrest daarentegen aan dat de Commissie als referentiekader voor haar selectiviteitsanalyse de *fiscale behandeling van goodwill* in aanmerking heeft genomen, en specificeert in punt 92 dat zij „dat kader niet [heeft] beperkt tot de fiscale behandeling van financiële goodwill alleen”.

55. Na een diepgaande analyse ben ik evenwel van mening dat het Gerecht de bestreden beslissing niet onjuist heeft opgevat en evenmin zijn eigen motivering voor die van de beschikking in de plaats heeft gesteld. De onderzochte grief is toegespitst op een verschil in bewoordingen tussen de litigieuze beschikking en het bestreden arrest dat, anders dan rekwiranten aanvoeren en zoals de Commissie daarentegen terecht benadrukt, niet inhoudt dat er twee inhoudelijk verschillende referentiestelsels zijn vastgesteld.

56. Om te kunnen inzien dat de resultaten van de analyse van de Commissie en de uitlegging die het Gerecht daaraan heeft gegeven inhoudelijk overeenstemmen, moet worden verwezen naar overweging 89 van de litigieuze beschikking, die in punt 70 van het bestreden arrest is overgenomen. In deze passage weerlegt de Commissie, vooruitlopend op de conclusie waartoe zij na haar selectiviteitsanalyse komt, de argumenten van de Spaanse regering dat het referentiestelsel

⁷⁸ WDFG verwijst met name naar de punten 92 en 140 van het bestreden arrest.

⁷⁹ Zie arresten van 27 januari 2000, *DIR International Film e.a./Commissie* (C-164/98 P, EU:C:2000:48, punt 38); 22 december 2008, *British Aggregates/Commissie* (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 141), en 24 januari 2013, *Frucona Košice/Commissie* (C-73/11 P, EU:C:2013:32, punt 89).

⁸⁰ C-164/98 P, EU:C:2000:48.

⁸¹ Punt 42.

⁸² Cursivering van mij.

beperkt moest blijven tot de fiscale behandeling van de financiële goodwill die voortkomt uit de verwerving van een deelneming in een buiten Spanje gevestigde vennootschap. De Commissie verklaart in duidelijke bewoordingen dat de omstreden maatregel volgens haar „moet worden beoordeeld aan de hand van de algemene voorschriften van de regeling inzake de vennootschapsbelasting, die voor situaties gelden waarbij het ontstaan van goodwill tot een fiscaal voordeel leidt”, en preciseert dat haar standpunt wordt verklaard door de constatering dat „situaties waarin de financiële goodwill kan worden afgeschreven [...] niet de gehele categorie van belastingplichtigen, die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden, dekken”.

57. Naar mijn oordeel heeft de Commissie een lineaire redenering gevolgd. Het uitgangspunt is de constatering dat de goodwill volgens de omstreden regeling na de verwerving van een deelneming uitsluitend wordt afgeschreven in geval van deelnemingen in een buiten Spanje gevestigde onderneming. Naar aanleiding van deze constatering heeft de Commissie zich afgevraagd of de omstreden maatregel selectief kan zijn omdat daardoor ondernemingen worden gediscrimineerd die op vergelijkbare wijze deelnemingen verwerven, maar in ondernemingen die in Spanje zijn gevestigd. Het referentiestelsel voor de beoordeling van de selectiviteit moet dus de regels voor de fiscale behandeling van uit dergelijke verwervingen voortvloeiende goodwill omvatten. Zoals blijkt uit de voornoemde overweging 89 gaat de Commissie uit van de veronderstelling dat, op basis van de beginselen van het Spaanse boekhoud- en belastingstelsel, op de uit de verwerving van Spaanse deelnemingen resulterende financiële goodwill regels van toepassing zijn die vergelijkbaar zijn met de regels die de goodwill in het algemeen beheersen⁸³, op grond waarvan deze goodwill als een afzonderlijk immaterieel actief moet worden opgenomen zodra de verwervende vennootschap de zeggenschap over de verworven onderneming verkrijgt⁸⁴ en alleen kan worden afgeschreven na een bedrijfscombinatie⁸⁵. Voor deze opvatting pleit ook uitdrukkelijk overweging 99 van de litigieuze beschikking, waarin de Commissie stelt dat in Spanje „het afzonderlijk boeken van de goodwill” – in algemene zin en dus niet alleen als financiële goodwill – voor fiscale doeleinden „slechts [is] toegestaan na een bedrijfscombinatie”, om meteen daarna te preciseren dat „[w]anneer de overname van een onderneming door de verwerving van haar aandelen plaatsvindt [...] er alleen goodwill [kan] ontstaan indien de verwervende vennootschap vervolgens een fusie aangaat met de verworven onderneming, waarover zij aldus de zeggenschap verwerft”. In overweging 100 van de litigieuze beschikking stelt de Commissie nog duidelijker dat „de kwestieuze maatregel, doordat zij mogelijk maakt dat goodwill, welke de goodwill is die geboekt zou zijn indien de ondernemingen waren gefuseerd, ook afzonderlijk geboekt mag worden wanneer de ondernemingen niet fuseren, een uitzondering op het referentiestelsel [vormt]”, om meteen daarna te preciseren dat „de uitzondering niet voortvloeit uit de duur van de periode gedurende welke de financiële goodwill wordt afgeschreven in vergelijking met de tijdsduur die voor de afschrijving van de traditionele goodwill geldt, maar uit het verschil in behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende operaties”.

58. Dus waar de Commissie, volgens de logica van de litigieuze beschikking, in de overwegingen 92 tot en met 96 aangeeft dat het referentiestelsel wordt gevormd door de „regels betreffende de fiscale behandeling van financiële goodwill”, verwijst zij niet alleen naar de regels die specifiek van toepassing zijn op de afschrijving van de goodwill in geval van verwerving van

⁸³ In dit verband wijs ik erop dat de Commissie in overweging 22 van de litigieuze beschikking artikel 89, lid 3, TRLIS, waarin de afschrijving is geregeld van de uit de verwerving van in Spanje gevestigde deelnemingen resulterende financiële goodwill na een bedrijfscombinatie, op hetzelfde plan stelt als artikel 11, lid 4, TRLIS, waarin de voorwaarden zijn vastgesteld voor de afschrijving van de uit een verwerving resulterende goodwill voor de vaststelling van de belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting.

⁸⁴ Zie overweging 18 van de litigieuze beschikking.

⁸⁵ Zie overweging 19 van de litigieuze beschikking.

deelnemingen, maar ook naar de regels van het „Spaanse algemene stelsel van vennootschapsbelasting” die de afschrijving van de goodwill in het algemeen regelen, aangezien zij een relevant beoordelingskader voor deze regels geven.

59. Afgezien van de verschillende bewoordingen die in de litigieuze beschikking en in het bestreden arrest zijn gebruikt, en ofschoon dit punt in het arrest specifiek had kunnen worden gemotiveerd, blijkt uit het voorgaande dat het door het Gerecht gebruikte referentiestelsel niet afwijkt van dat wat de Commissie heeft aangeduid. Het Gerecht heeft zijn eigen motivering dus niet in de plaats van die van de litigieuze beschikking gesteld, en heeft de inhoud ervan niet verdraaid of onjuist uitgelegd. De uitlegging in de punten 70, 92 en 140 van het bestreden arrest wordt gerechtvaardigd door inhoudelijke aspecten van de litigieuze beschikking.

60. Om de bovenstaande redenen ben ik bijgevolg van mening dat de eerste grief van het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje ongegrond moeten worden verklaard.

3) Tweede grief van het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje

61. WDFG en het Koninkrijk Spanje voeren met respectievelijk de tweede grief van het eerste onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening en het tweede onderdeel van zijn enige middel in hogere voorziening twee afzonderlijke bezwaren aan.

62. Met het eerste, door WDFG primair aangevoerde bezwaar verwijten rekwiranten het Gerecht dat het zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van de litigieuze beschikking door uit te sluiten dat de omstreden maatregel een zelfstandig referentiestelsel kan vormen. In essentie stellen zij dat de Commissie heeft uitgesloten dat de omstreden maatregel een zelfstandig referentiestelsel kan vormen enkel op de grond dat er volgens haar geen juridische belemmeringen zijn voor grensoverschrijdende fusies, terwijl het Gerecht zich in de punten 127 tot en met 140 van het bestreden arrest op een volstrekt andere argumentering heeft gebaseerd.

63. In dit verband wijs ik erop, zoals het Gerecht heeft gedaan in punt 70 van het bestreden arrest, dat de Commissie in overweging 89 van de litigieuze beschikking van oordeel was dat het referentiekader zich niet kon beperken tot de bij de omstreden maatregel ingevoerde fiscale behandeling van financiële goodwill, omdat van deze maatregel enkel ondernemingen gebruik konden maken die deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen verworven, en dat om te bepalen of ondernemingen die hetzelfde soort deelnemingen verworven, maar in ingezeten vennootschappen, worden gediscrimineerd, „de algemene voorschriften van de regeling inzake de vennootschapsbelasting, die voor situaties [golden] waarbij het ontstaan van goodwill tot een fiscaal voordeel [leidde]” in aanmerking moeten worden genomen. In de overwegingen 92 tot en met 96 van de litigieuze beschikking, waarop de grief van rekwiranten inzake de gestelde vervanging van de motivering is gebaseerd, heeft de Commissie uitsluitend gereageerd op de opmerkingen van de Spaanse autoriteiten, die vraagtekens hadden gezet bij het provisorisch in het inleidingsbesluit vastgestelde referentiestelsel, en daarbij heeft zij onder andere aangevoerd dat ondernemingen die deelnemingen in buitenlandse vennootschappen verwerven, zich in een andere feitelijke en juridische situatie bevinden dan ondernemingen die deelnemingen in ingezeten vennootschappen verwerven, zodat de omstreden maatregel moet worden geacht een

op zichzelf staand referentiestelsel te vormen. Na te hebben vastgesteld dat deze kritiek feitelijk onvoldoende was onderbouwd, heeft de Commissie het in het inleidingsbesluit vastgestelde referentiestelsel bevestigd.

64. Wat overweging 117 van de litigieuze beschikking betreft, die eveneens door WDFG is aangehaald, merk ik op dat daarnaar wordt verwezen in een deel van de selectiviteitsanalyse van de Commissie dat dient als „aanvulling” op de analyse in de overwegingen 92 tot en met 114, en dat dit deel als opschrift heeft: „analyse van de kwestieuze maatregel in het licht van het referentiestelsel dat in de behandeling van de goodwill bij operaties met derde landen bestaat”.⁸⁶ Ondanks deze context van deze overweging blijkt uit de lezing daarvan dat de daarin vervatte constatering eerder moeten worden gezien in het kader van de vergelijking van de situaties van ondernemingen die het door de omstreden maatregel verschaft voordeel genieten en die welke daarvan zijn uitgesloten, die, zoals gezien, betrekking heeft op de tweede fase van de selectiviteitsanalyse, of in het kader van de beoordeling of er een rechtvaardigingsgrond is voor een „verschil in fiscale behandeling tussen verwerving van Spaanse deelnemingen [...] [en] verwerving van deelnemingen in derde landen [...]”, die daarentegen betrekking heeft op de derde fase. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de overwegingen 114 en 115 van het besluit van 12 januari 2011, waarnaar het Koninkrijk Spanje verwijst, zoals duidelijk blijkt uit de daaraan voorafgaande overweging 113, waarin de Commissie heeft gespecificeerd dat zij „de wetgeving van verscheidene derde landen [heeft] onderzocht, gewoon om de beweringen van de Spaanse autoriteiten over het bestaan van expliciete juridische hinderpalen voor grensoverschrij[d]ende bedrijfscombinaties te toetsen. *Dit onderzoek houdt echter geenszins erkenning in van het feit dat deze hinderpalen in deze zaak een ander referentiekader zouden kunnen rechtvaardigen*”.⁸⁷ Anders dan het Koninkrijk Spanje betoogt, is de procedure die de Commissie heeft gevolgd – door de situatie van ondernemingen die investeren in buiten de Unie gevestigde vennootschappen in een apart besluit te onderzoeken – volledig gerechtvaardigd met het oog op de beoordeling van de vergelijkbaarheid van deze ondernemingen met ondernemingen die investeren in in Spanje gevestigde vennootschappen, of de beoordeling van het bestaan van een rechtvaardigingsgrond voor het verschil in behandeling tussen deze twee groepen ondernemingen, en sluit zij volledig aan op de handhaving van een ruimer referentiekader dan het kader dat door de omstreden maatregel wordt gevormd.

65. De Commissie heeft uitgesloten dat de omstreden maatregel het juiste referentiestelsel is dat bij de selectiviteitsanalyse in aanmerking moet worden genomen, niet omdat zij niet heeft erkend dat er hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties bestaan, zoals rekwiranten betogen, maar omdat deze maatregel volgens haar moet worden beoordeeld in het licht van een ruimer regelgevend kader dat zowel de regels omvat die van toepassing zijn op de afschrijving van de financiële goodwill in het geval van verwerving van deelnemingen in ingezeten vennootschappen, als de beginselen die op de afschrijving van goodwill in het algemeen van toepassing zijn, waaraan deze regels volgens de Commissie zijn aangepast aangezien daarin is bepaald dat de goodwill uitsluitend na een bedrijfscombinatie aftrekbaar is. Deze conclusie wordt mijns inziens bevestigd door de overwegingen 17 tot en met 22 van het inleidingsbesluit, waarnaar de Commissie ter afwijzing van de argumenten van het Koninkrijk Spanje meerdere malen heeft verwezen in de overwegingen 92 tot en met 96 van de litigieuze beschikking.

66. Bijgevolg ben ik op grond van de bovenstaande overwegingen van mening dat de eerste grief, volgens welke het Gerecht in de punten 127 tot en met 140 van het bestreden arrest de motivering van de beschikking heeft vervangen, ongegrond moet worden verklaard.

⁸⁶ Zie overweging 89 en onder A.2 van de litigieuze beschikking.

⁸⁷ Cursivering van mij.

67. Met de tweede, door WDFG subsidiair aangevoerde grief stellen rekwiranten dat het Gerecht in zijn „aanvullende” redenering om uit te sluiten dat de omstreden maatregel een opzichzelfstaand referentiestelsel kan vormen, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Ten eerste voeren zij aan dat de omstreden maatregel tot doel heeft fiscale neutraliteit te garanderen met betrekking tot verwervingen van deelnemingen in Spanje en in het buitenland, en dat het doel daarvan derhalve niet mag worden beperkt tot het oplossen van een specifiek probleem, zoals het Gerecht daarentegen in punt 139 van het bestreden arrest heeft opgemerkt. Ten tweede voeren zij aan dat de redenering van het Gerecht ertoe leidt dat de selectiviteit van een maatregel verschillend wordt beoordeeld naargelang de nationale wetgever heeft besloten een afzonderlijke belasting in het leven te roepen dan wel een algemene belasting te wijzigen, en dus naargelang van de gebruikte regelgevingstechniek.

68. Uit punt 94 van het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht met zijn redenering in de punten 95 tot en met 141 van dit arrest beoogt het argument van WDFG te weerleggen dat de Commissie de omstreden maatregel als referentiestelsel had moeten aanduiden omdat er hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties bestaan.

69. Deze redenering kan in drie delen worden opgesplitst.

70. Het eerste deel, in de punten 95 tot en met 108, behandelt in het algemeen het vraagstuk van de methodologie die van toepassing is op de bepaling van het referentiestelsel in het kader van de eerste fase van het onderzoek naar de selectiviteit. Het Gerecht oordeelt in punt 98 dat de materiële afbakening van dat stelsel geschiedt in verband met de onderzochte maatregel, en in punt 102, na een analyse van de arresten van 8 september 2011, *Paint Graphos*⁸⁸ (hierna: „arrest *Paint Graphos*”), en 8 september 2011, *Commissie/Nederland*⁸⁹ (hierna: „arrest *Commissie/Nederland*”), dat „naast het bestaan van een verband tussen het voorwerp van de maatregel in kwestie en dat van de normale regeling, ook het onderzoek van de vergelijkbaarheid van enerzijds de onder die maatregel vallende situaties en anderzijds de onder de normale regeling vallende situaties het mogelijk maakt de reikwijdte van die regeling materieel af te bakenen”. Vervolgens verklaart het Gerecht in de punten 103 en 104 dat, aangezien op grond van de vergelijkbaarheid van deze situaties ook kan worden besloten dat er sprake is van een afwijking, wanneer de onder de omstreden maatregel vallende situaties anders worden behandeld dan de onder de normale regeling vallende situaties, „een globale redenering die betrekking heeft op de eerste twee stappen van de [...] methode [voor de analyse van de selectiviteit], in sommige gevallen [kan] leiden tot de vaststelling van zowel de normale regeling als het bestaan van een afwijking.”

71. In het tweede onderdeel van zijn redenering, in de punten 109 tot en met 125 van het bestreden arrest, heeft het Gerecht de in de punten 95 tot en met 108 uiteengezette methodologie toegepast om te onderzoeken of ondernemingen die deelnemingen verwerven in ingezeten vennootschappen en ondernemingen die deelnemingen verwerven in niet-ingezeten vennootschappen, zich – gelet op het doel van de door de Commissie bepaalde normale regeling – in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. Deze vergelijking, die normaal gesproken in de tweede fase van de analyse inzake selectiviteit plaatsvindt, wordt dus naar de eerste fase verlegd, en het Gerecht laat de juiste afbakening van het referentiestelsel van de uitkomst daarvan afhangen (punt 109 van het bestreden arrest). Na deze vergelijking komt het Gerecht tot de slotsom dat „ondernemingen die deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen verwerven, zich in een juridische en feitelijke situatie [bevinden] die uit het oogpunt van de doelstelling die wordt nagestreefd met de fiscale behandeling van goodwill,

⁸⁸ C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550.

⁸⁹ C-279/08 P, EU:C:2011:551.

vergelijkbaar is met de situatie van ondernemingen die deelnemingen in ingezeten vennootschappen verwerven” (punt 122 van het bestreden arrest), en dat de Commissie terecht „als normale regeling de fiscale behandeling van goodwill in aanmerking heeft genomen in plaats van de bij de [omstreden] maatregel ingevoerde fiscale behandeling van financiële goodwill” (punt 123 van het bestreden arrest). Na te hebben opgemerkt dat deze maatregel „de afschrijving van goodwill bij de verwerving van deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen mogelijk maakt zonder dat er sprake is van een bedrijfscombinatie, zodat hij dergelijke operaties anders behandelt dan de verwerving van deelnemingen in ingezeten vennootschappen, terwijl de juridische en feitelijke situatie bij deze twee soorten operaties vergelijkbaar is uit het oogpunt van de doelstelling die met de normale regeling wordt nagestreefd” (punt 124 van het bestreden arrest), wijst het Gerecht ter afsluiting van dit deel van zijn redenering de argumenten van WDFG af, niet alleen omdat zij gericht zijn tegen de afbakening van het referentiestelsel in het kader van de eerste fase van de selectiviteitsanalyse, maar ook omdat zij gebaseerd zijn op de conclusie dat de in het kader van de tweede fase toe te passen omstreden maatregel een afwijking inhoudt, door te bevestigen „dat er sprake is van verbanden tussen deze twee stappen of zelfs, zoals in casu, van een globale redenering” (punt 125 van het bestreden arrest).

72. Tot slot onderzoekt het Gerecht in het derde deel van zijn redenering, in de punten 126 tot en met 141, of „[o]fschoon er een belastingregeling bestaat die verband houdt met de [omstreden] maatregel en waarmee een doelstelling wordt nagestreefd uit het oogpunt waarvan bij operaties waarvoor deze maatregel niet geldt, sprake is van een situatie die vergelijkbaar is met die bij operaties waarvoor die maatregel wel geldt, [...] evenwel nog [dient] te worden onderzocht of de [omstreden] maatregel – gelet op zijn specifieke kenmerken en dus los van elke vergelijkende analyse – op zichzelf een autonoom referentiekader zou kunnen vormen”.

73. Rekwiranten hebben geen kritiek op de methodologie die het Gerecht in de punten 95 tot en met 108 van het bestreden arrest heeft beschreven. Daarom merk ik in dit verband enkel op dat de samensmelting van de eerste en de tweede fase die uit deze punten volgt mij niet in overeenstemming lijkt met de arresten *Paint Graphos*⁹⁰ en *Commissie/Nederland*⁹¹, waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd, en evenmin met de recentere rechtspraak van het Hof, waarin deze fasen duidelijk van elkaar worden onderscheiden, en alvorens het referentiestelsel af te bakenen het doel van dit stelsel wordt vastgesteld, en voorafgaand daaraan wordt vastgesteld welke ondernemingen zich bevinden in een vergelijkbare situatie als de ondernemingen die door de omstreden maatregel worden begunstigd. Een dergelijke samensmelting, die waarschijnlijk het resultaat is van de structuur van de litigieuze beschikking en de argumenten van WDFG, maakt het reeds complexe kader dat uit de rechtspraak inzake de analyse van de selectiviteit van

⁹⁰ In punt 49 van dat arrest, waarin de onderzoeksmethode in drie fasen voor het eerst is geformuleerd, zet het Hof uiteen wat vervolgens in de latere rechtspraak steeds wordt overgenomen, dat wil zeggen dat ten eerste de algemene of „normale” belastingregeling moet worden vastgesteld en pas daarna of de onderzochte maatregel eventueel van deze regeling afwijkt, door na te gaan of deze maatregel differentiaties invoert tussen ondernemingen die zich, gelet op het doel van het belastingstelsel, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. In de daaropvolgende punten 50-62 van dit arrest heeft het Hof deze methode nauwgezet gevolgd, door eerst vast te stellen dat het juridische referentiestelsel door de vennootschapsbelasting wordt gevormd, en vervolgens na te gaan of de vrijstelling van deze belasting ten gunste van coöperatieve vennootschappen een afwijking vormt (punten 51 en 52) en te beoordelen of de situatie van deze ondernemingen vergelijkbaar kan worden geacht met die van commerciële ondernemingen (punten 54-62). Tot slot heeft het Hof in punt 64 eveneens het voorwerp van de derde fase van de selectiviteitsanalyse vermeld.

⁹¹ In het arrest *Commissie/Nederland* heeft het Hof, weliswaar volgens een minder strikt schema, een onderzoeksmethode toegepast die vergelijkbaar is met die van het arrest *Paint Graphos*, door ten eerste het referentiestelsel vast te stellen van de nationale regeling volgens welke de onderneming waarvan de verrichtingen NO_x-emissies teweegbrengen, aan verplichtingen inzake de beperking of de vermindering van die emissies moet voldoen (punt 64), en ten tweede vast te stellen dat met betrekking tot de doelstelling betreffende milieubeheer en luchtvervuiling van deze maatregel, de ondernemingen die van deze maatregel profiteren en de ondernemingen die daarvoor niet in aanmerking komen maar aan vergelijkbare verplichtingen voor de beperking van NO_x-emissies onderworpen zijn, in een vergelijkbare situatie verkeren. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Commissie/Nederland* (C-279/08 P, EU:C:2010:799, punten 43 en 44).

belastingmaatregelen volgt, nog gecompliceerder. Zoals gezien⁹² is het belangrijk dat het referentiestelsel wordt vastgesteld in samenhang met de betrokken maatregel en met de differentiaties die daardoor worden ingevoerd, maar deze vaststelling moet zo objectief mogelijk plaatsvinden, dat wil zeggen, zonder reeds in deze fase rekening te houden met het veronderstelde doel van dat stelsel of met de daadwerkelijke vergelijkbaarheid van de situatie van de ondernemingen die van de maatregel kunnen profiteren en die van ondernemingen die er niet voor in aanmerking komen.

74. De argumenten die rekwiranten in het kader van de onderzochte grieven hebben aangevoerd en waarmee het tweede deel van de redenering van het Gerecht wordt betwist, te weten de punten 109 tot en met 125 van het bestreden arrest, zullen worden behandeld in het kader van de onderdelen van hun respectieve enige middelen in hogere voorziening waarmee specifiek de bepaling van het doel van het referentiestelsel wordt betwist.

75. De argumenten die betrekking hebben op het derde onderdeel van deze redenering, te weten de punten 126 tot en met 141 van het bestreden arrest, moeten mijns inziens worden afgewezen.

76. In de eerste plaats ben ik, anders dan rekwiranten, van mening dat de analyse van het Gerecht op grond waarvan het tot de slotsom is gekomen dat de omstreden maatregel, „gelet op zijn specifieke kenmerken”, geen autonoom referentiekader zou kunnen vormen⁹³, niet is gebaseerd op de regelgevingstechniek waarvoor de Spaanse wetgever heeft gekozen, die om de omstreden regeling in te voeren geen bijzondere belastingwet heeft vastgesteld, maar de wet inzake de vennootschapsbelasting heeft gewijzigd.

77. Het is namelijk niet louter om overwegingen van formele aard, maar op basis van het voorwerp en de gevolgen van de omstreden maatregel dat het Gerecht ten eerste heeft vastgesteld dat deze maatregel slechts „een bijzonder voorschrift voor de toepassing van een ruimere belasting”⁹⁴ was en geen „duidelijk afgebakende belastingregeling in het leven [heeft geroepen] waarmee specifieke doelstellingen worden nagestreefd, [...] [en die] zich onderscheidt van elke andere belastingregeling”⁹⁵, en ten tweede opgemerkt dat een dergelijke maatregel „een uitzondering [is] op de algemene regel dat uitsluitend bedrijfscombinaties kunnen leiden tot de afschrijving van goodwill”.

78. In dit verband herinner ik eraan dat het Hof, zoals rekwiranten hebben opgemerkt, inderdaad heeft geoordeeld dat de keuze van de gebruikte regelgevingstechniek niet „toereikend [is] om het voor het onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde relevante referentiekader af te bakenen, aangezien anders kennelijk meer belang wordt gehecht aan de vorm van de overheidsmaatregelen dan aan de gevolgen ervan”⁹⁶, maar het heeft in punt 77 van het arrest WDFG eveneens gepreciseerd dat de omstandigheid dat een belastingmaatregel afwijkt van een algemene belastingregel volstrekt relevant is ten bewijze van zijn selectiviteit wanneer hij ertoe leidt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen twee groepen ondernemers die een verschillende behandeling krijgen, en beide groepen zich in een vergelijkbare situatie bevinden, gelet op het doel van die regeling.⁹⁷ Het Gerecht kan derhalve niet worden verweten zich te hebben gebaseerd op overwegingen die uitsluitend op de regelgevingstechniek betrekking hebben indien het ook

⁹² Zie punt 50 hierboven.

⁹³ Zie punt 126.

⁹⁴ Zie punt 134 van het bestreden arrest.

⁹⁵ Zie punt 127 van het bestreden arrest.

⁹⁶ Zie arrest Andres, punt 92.

⁹⁷ Zie ook punt 93 van het arrest Andres.

belang heeft toegekend aan het, volgens hem, afwijkende karakter van de omstreden maatregel. Overigens wijs ik erop dat het Hof in het arrest Andres het arrest van het Gerecht in die zaak heeft vernietigd, juist omdat het niet had erkend dat het door de Commissie vastgestelde referentiestelsel een uitzondering vormde op een algemene regel.

79. De laatste volzin van punt 137 van het bestreden arrest, waarin is vastgesteld dat de omstreden maatregel „geen ten opzichte van deze regeling autonome herziening van de vennootschapsbelasting” vormt, is een verdere bevestiging van de niet louter formalistische benadering van het Gerecht, dat impliciet erkent dat deze maatregel, ondanks de door de Spaanse wetgever gebruikte regelgevingstechniek, een autonome regeling zou kunnen vormen indien aan de daartoe noodzakelijke voorwaarden was voldaan. Anders dan WDFG stelt, is er geen reden om aan te nemen dat het Gerecht op grond van de door hem gevolgde logica tot een andere analyse van de selectiviteit zou zijn gekomen indien de Spaanse wetgever afzonderlijke en losstaande belastingen voor verwervingen van nationale en buitenlandse deelnemingen had vastgesteld, in plaats van de vennootschapsbelasting te hervormen. Het Gerecht geeft evenwel blijk van de opvatting, in lijn met mijn overwegingen hierboven, dat bij de bepaling van het referentiestelsel de fiscale lasten moeten worden gereconstrueerd die drukken op de door de betrokken maatregel begunstigde ondernemingen en op de ondernemingen waarvan wordt vermoed dat zij bij de toepassing van de betrokken maatregel worden gediscrimineerd, ongeacht of deze lasten deel uitmaken van dezelfde algemene regeling dan wel in bijzondere belastingwetten zijn vastgelegd.

80. In de tweede plaats, voor zover rekwiranten kritiek hebben op de verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Warner in de zaak Italië/Commissie⁹⁸ (hierna: „conclusie van advocaat-generaal Warner”) in de punten 129 en 130 van het bestreden arrest, merk ik om te beginnen op dat hun argumenten niet gericht zijn tegen het uit deze conclusie afgeleide oordeel van het Gerecht dat een fiscale maatregel geen autonoom referentiekader kan zijn indien het „enkel tot doel [heeft] een specifiek probleem op te lossen”⁹⁹, maar tegen de conclusie – waartoe het Gerecht in punt 138 van het bestreden arrest is gekomen – dat het wegnemen van de effecten van de hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties op de fiscale behandeling van goodwill een „specifiek probleem” vormt, en de situatie die in de onderhavige zaak aan de orde is eveneens gelijkenissen vertoont met de situatie die het voorwerp is van de voornoemde conclusie.

81. Daarnaast merk ik op dat, anders dan rekwiranten stellen, de reden waarom het Gerecht heeft uitgesloten dat de omstreden maatregel een op zichzelf staand stelsel kan vormen niet het „specifieke” karakter van de door deze maatregel nagestreefde doelstelling is. Uit de punten 135 en 136 van het bestreden arrest blijkt immers duidelijk dat het Gerecht tot die conclusie is gekomen op grond van het feit dat deze maatregel „een uitzondering [vormt] op de algemene regel dat uitsluitend bedrijfscombinaties kunnen leiden tot de afschrijving van goodwill”, die ertoe strekt de ongunstige effecten van de toepassing van deze regel te ondervangen, alsmede de constatering dat deze maatregel de verwerving van deelnemingen niet verhief tot een nieuw algemeen criterium voor de fiscale behandeling van goodwill, maar „het voordeel van de

⁹⁸ 173/73, EU:C:1974:52, blz. 728.

⁹⁹ De voornoemde conclusie van advocaat-generaal Warner bevat overigens een gedetailleerdere beoordeling van de maatregel die het voorwerp is van zaak 173/73, die voorziet in een tijdelijke ontheffing van bepaalde sociale lasten ten gunste van de textielindustrie en bedoeld is om compensatie te bieden voor de benadeling die het eerdere stelsel had voor sectoren met een hoog aandeel vrouwelijk personeel. Volgens advocaat-generaal Warner vormde die maatregel geen autonome belastingregeling, niet alleen omdat hij tot doel had een probleem van een specifieke industriector op te lossen, maar ook gezien de tijdelijke aard daarvan, het feit dat hij deel uitmaakte van een wet voor de „herstructurering, reorganisatie en omschakeling” van de betrokken textielindustrie, en de constatering dat hij niet was gebaseerd op algemene criteria die rekening hielden met het aandeel vrouwelijk personeel in de verschillende industrietakken.

afschrijving van goodwill [...] voor[behield] aan de verwerving van deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen” (punt 136 van het bestreden arrest). Voor het Gerecht was dus uiteindelijk de „beperkte” aard van de doelstelling van de omstreden maatregel niet doorslaggevend, ondanks zijn opmerking ter afsluiting van zijn analyse in punt 139 van het bestreden arrest, waarop rekwiranten zich toespitsen.

82. In deze omstandigheden ben ik van mening dat de argumenten waarmee rekwiranten ten eerste betwisten dat de onderhavige zaak gelijkenissen vertoont met de zaak die het voorwerp is van de conclusie van advocaat-generaal Warner, en ten tweede willen aantonen dat de omstreden maatregel tot doel heeft het beginsel van fiscale neutraliteit te beschermen, en niet een „specifiek probleem” op te lossen, niet volstaan om de redenering van het Gerecht in de punten 126 tot en met 141 van het bestreden arrest te ontkrachten.

83. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat de tweede grief van het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje ongegrond moeten worden verklaard.

4) Derde grief van het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG

84. In het kader van de derde grief van het eerste onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening voert WDFG ten eerste aan dat het door het Gerecht gebruikte referentiestelsel op arbitraire wijze is vastgesteld, aangezien niet duidelijk is welk criterium is gebruikt voor de bepaling van het coherente kader waarvan de omstreden maatregel deel uitmaakt.

85. Net als de Commissie ben ik van mening dat deze kritiek moet worden afgewezen en dat het Gerecht een afdoende motivering heeft verschaft voor de redenering op grond waarvan het in casu heeft vastgesteld dat het referentiestelsel wordt gevormd door de regels inzake de fiscale behandeling van goodwill met het oog op de vaststelling van de vennootschapsbelasting, en dienaangaande de analyse van de litigieuze beschikking inhoudelijk heeft bevestigd. In dit verband beperk ik mij ertoe naar de punten 56 tot en met 58 hierboven te verwijzen.

86. Ten tweede voert WDFG aan dat het Gerecht onjuist heeft bepaald wat in het door haar vastgestelde referentiestelsel de regel is en wat daarentegen de uitzondering is, en deze bepaling niet heeft gemotiveerd. Volgens deze rekwirante heeft het Gerecht in punt 135 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat de regel is dat goodwill niet kan worden afgeschreven – ondanks dat zowel artikel 12, lid 6, TRLIS als artikel 89, lid 5, van die wet deze afschrijving wel toestaan – en dat de omstreden maatregel een uitzondering op deze regel vormt. Volgens haar heeft het Gerecht, net als in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Andres, de regel met de uitzondering verward.

87. Ook dit bezwaar moet mijns inziens worden afgewezen. Zoals gezegd heeft het Gerecht in punt 135 van het bestreden arrest de analyse in de litigieuze beschikking bevestigd dat volgens het Spaanse recht, op grond van artikel 89, lid 3, TRLIS, goodwill normaal gesproken alleen na een bedrijfscombinatie kan worden afgeschreven, ook in het geval van financiële goodwill die resulteert uit de verwerving van deelnemingen in ingezeten vennootschappen. Anders dan WDFG lijkt te stellen, is de algemene regel waarvan de omstreden maatregel afwijkt volgens het Gerecht dus niet dat de financiële goodwill niet wordt afgeschreven, maar het beginsel dat afschrijving normaal gesproken uitsluitend mogelijk is in geval van een bedrijfscombinatie. Dit beginsel leidt het Gerecht af uit de bepalingen inzake de fiscale behandeling van de goodwill voor de vennootschapsbelasting, ongeacht of dit bepalingen inzake de afschrijving van goodwill in geval

van verwerving van een onderneming betreft dan wel bepalingen inzake de afschrijving van financiële goodwill die voortvloeit uit de verwerving van deelnemingen in ingezeten vennootschappen gevolgd door een fusie. Het argument dat de Spaanse regering tijdens de formele onderzoeksprocedure heeft aangehaald, waarnaar WDFG in haar schriftelijke opmerkingen verwijst, dat in het Spaanse recht de afschrijving van de goodwill de regel is en de niet-afschrijving van de financiële goodwill die voortvloeit uit de verwerving van deelnemingen in ingezeten vennootschappen die niet wordt gevolgd door fusie, eerder de uitzondering is, doet in die context niet ter zake, aangezien het uitgangspunt van het Gerecht, te weten dat in het Spaanse recht de afschrijving van de goodwill normaal gesproken afhangt van het bestaan van een bedrijfscombinatie, daarmee niet kan worden weerlegd.

88. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat ook de derde grief van het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG, en bijgevolg het eerste onderdeel van dat middel, ongegrond moeten worden verklaard.

2. Tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en derde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje: onjuiste vaststelling van de doelstelling die bij de vergelijking als uitgangspunt moet worden genomen

89. De grieven van WDFG en het Koninkrijk Spanje in het kader van het tweede en het derde onderdeel van hun respectieve enige middelen in hogere voorziening hebben betrekking op de punten 143 tot en met 164 van het bestreden arrest, en zijn gericht tegen de overwegingen waarin het Gerecht de doelstelling van het referentiestelsel heeft vastgesteld en in het licht van die doelstelling de situatie van de door de omstreden maatregel begunstigde ondernemingen heeft vergeleken met die van de ondernemingen die daarvan zijn uitgesloten.

a) Ontvankelijkheid

90. De Commissie werpt de exceptie op dat het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het derde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje in hun geheel niet-ontvankelijk zijn. Tot staving van haar exceptie voert zij twee middelen aan. Het eerste middel is identiek aan het middel dat zij heeft aangevoerd met betrekking tot het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het eerste en het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje, dat reeds in de punten 31 tot en met 34 hierboven is onderzocht. Op grond van de overwegingen in die punten, waarnaar ik verwijs, ben ik van oordeel dat dit middel moet worden afgewezen voor de gezamenlijke grieven die WDFG en het Koninkrijk Spanje hebben aangevoerd in het kader van de onderhavige onderdelen van hun respectieve enige middelen in hogere voorziening.

91. Met het tweede middel voert de Commissie daarentegen aan dat deze grieven niet-ontvankelijk zijn omdat zij betrekking hebben op feitenkwesties, zoals de vaststelling van de inhoud en de werkingssfeer van het nationale recht moeten worden aangemerkt.

92. In dit verband breng ik in herinnering dat volgens vaste rechtspraak de beoordeling van de feiten en de bewijzen weliswaar geen rechtsvraag oplevert die als zodanig vatbaar is om in het kader van een hogere voorziening door het Hof te worden getoetst, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van deze feiten en bewijzen, maar dat het Hof, wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, krachtens artikel 256 VWEU bevoegd is om toezicht uit te

oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden.¹⁰⁰ Wanneer het Hof in hogere voorziening de beoordelingen van het Gerecht met betrekking tot het nationale recht toetst – die op het gebied van staatssteun feitelijke beoordelingen vormen – is het dus enkel bevoegd te onderzoeken of dat recht onjuist is opgevat.¹⁰¹ Het onderzoek in hogere voorziening van de juridische kwalificatie die het Gerecht in het licht van een bepaling van Unierecht aan dat nationale recht heeft gegeven, dat een rechtsvraag vormt, valt daarentegen wel onder de bevoegdheid van het Hof.¹⁰²

93. Hieruit volgt dat de argumenten van WDFG en het Koninkrijk Spanje betreffende *de inhoud of de werkingssfeer* van de bepalingen van Spaans recht op grond waarvan het Gerecht heeft vastgesteld dat de samenhang tussen het fiscale en het boekhoudkundige resultaat het doel is van het referentiestelsel, wegens het ontbreken van een nauwgezette en onderbouwde stelling dat er sprake is van een onjuiste opvatting¹⁰³, niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. De argumenten die vraagtekens zetten bij de keuze van de doelstelling op basis waarvan de situatie van de ondernemingen die profiteren van het uit de toepassing van de omstreden maatregel voortvloeiende voordeel en die van de ondernemingen die daarvan zijn uitgesloten, dienen te worden beoordeeld, moeten daarentegen ontvankelijk worden verklaard. Net als bij de vaststelling van het „referentiestelsel” in het kader van de eerste fase van de analyse van de selectiviteitsvoorwaarde, wordt ook de „doelstelling” in het licht waarvan de vergelijking in de tweede fase van deze analyse wordt verricht, voorafgegaan door een juridische kwalificatie van het nationale recht op grond van een bepaling van Unierecht.¹⁰⁴

b) Ten gronde

94. Met het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening betwist WDFG ten eerste de stelling in de punten 143, 150, 155 en 156 van het bestreden arrest dat de rechtspraak van het Hof onsamenhangend is ten aanzien van de vraag of de situatie van begunstigde ondernemingen en die van ondernemingen waarop de onderzochte regeling niet van toepassing is, moeten worden vergeleken in het licht van het doel van die maatregel dan wel het doel van het stelsel waarvan die maatregel deel uitmaakt. Volgens WDFG moeten deze doelen namelijk overeenkomen, en als dat niet het geval is, is dat omdat de nationale wetgever in het belastingstelsel een maatregel heeft ingevoerd die niet in de logica ervan past.

95. In dit verband merk ik enkel op dat deze grief geen invloed heeft op de rechtmatigheid van het bestreden arrest. WDFG bestrijdt namelijk niet de conclusie van het Gerecht in punt 156 van het bestreden arrest – die luidt dat de vergelijking in de tweede fase van de selectiviteitsanalyse volgens de recentste rechtspraak moet worden verricht in het licht van het doel van het referentiestelsel waarvan de onderzochte maatregel deel uitmaakt, en niet in het licht van het doel van die maatregel – maar betoogt enkel dat de keuze tussen de ene of de andere doelstelling irrelevant is, aangezien zij in beginsel overeen moeten komen.

¹⁰⁰ Zie arrest Andres, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹⁰¹ Zie arrest Andres, punt 78, alsook, in vergelijkbare zin, arresten van 3 april 2014 (Frankrijk/Commissie, C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 20 december 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commissie (C-66/16 P–C-69/16 P, EU:C:2017:999, punt 98), en 20 september 2018, Spanje/Commissie (C-114/17 P, EU:C:2018:753, punt 75).

¹⁰² Zie arrest Andres, punt 78, alsook, in vergelijkbare zin, arresten van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 83), en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punten 61-63).

¹⁰³ In casu is een dergelijke stelling niet uitdrukkelijk geformuleerd, en ondanks de argumenten van met name Spanje volgt uit het dossier mijns inziens niet duidelijk dat de bepalingen van nationaal recht verkeerd zijn opgevat, terwijl dat in de rechtspraak wel is vereist. Zie arrest van 20 september 2018, Spanje/Commissie (C-114/17 P, EU:C:2018:753, punt 75).

¹⁰⁴ Zie naar analogie arrest Andres, punt 80.

96. Ten tweede stelt WDFG dat het Gerecht in punt 121 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat de vennootschapsbelasting tot doel heeft te zorgen dat „fiscaal en boekhoudkundig resultaat parallel lopen”. Dit is niet alleen een arbitraire, maar ook volstrekt ongegronde stelling, aangezien alle vennootschapsbelastingen per definitie van het boekhoudkundig resultaat afwijken. Wat meer in het bijzonder de bepalingen inzake de afschrijving van goodwill betreft, is het doel dat de verschillende in het TRLIS geregelde gevallen met elkaar gemeen hebben niet dat samenhang tussen de fiscale behandeling en de boekhoudkundige behandeling van de goodwill wordt gewaarborgd, maar dat dubbele belasting wordt vermeden en fiscale neutraliteit wordt gewaarborgd. In de onderhavige zaak stemmen het door het Gerecht vastgestelde doel van het referentiestelsel en dat van de omstreden maatregel dus overeen. WDFG benadrukt daarnaast dat er meerdere gevallen zijn waarin de fiscale en de boekhoudkundige afschrijving van goodwill niet parallel lopen. In het derde onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening dient het Koninkrijk Spanje vergelijkbare grieven in, en voert zij ter staving daarvan argumenten aan die grotendeels overeenstemmen met die van WDFG.

97. De voornoemde grieven zijn mijns inziens niet-ontvankelijk, aangezien daarmee wordt beoogd de inhoud en de werkingssfeer van het Spaanse recht zoals door het Gerecht vastgesteld opnieuw ter discussie te stellen. Met de gezamenlijke argumenten die ter staving daarvan zijn aangevoerd, worden namelijk de overwegingen in de punten 116 tot en met 120 van het bestreden arrest betwist. Daar heeft het Gerecht verklaard: „Dat de fiscale behandeling van goodwill is gebaseerd op het criterium van het al dan niet bestaan van een bedrijfscombinatie, houdt verband met een boekhoudkundige logica”. Op grond van die overwegingen is het Gerecht in punt 121 van dit arrest tot de slotsom gekomen dat de fiscale behandeling van goodwill tot doel heeft „te zorgen voor enige samenhang” tussen deze behandeling en de boekhoudkundige behandeling van goodwill, en dat de fiscale behandeling van goodwill er derhalve niet toe „strekt [...] compensatie te bieden voor het bestaan van hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties of een gelijke behandeling van de verschillende soorten verwervingen van deelnemingen te waarborgen”. De bovenstaande vaststellingen van het Gerecht, die voortvloeien uit de uitlegging van de fiscale en boekhoudkundige beginselen van het Spaanse recht op het gebied van goodwill, kunnen in het kader van een hogere voorziening niet door het Hof worden getoetst, tenzij wordt aangevoerd en aangetoond dat deze beginselen verkeerd zijn opgevat.

98. Ten derde voeren WDFG en het Koninkrijk Spanje naast de bovenstaande grieven aan dat het Gerecht met betrekking tot de vaststelling van het doel van het referentiestelsel zijn motivering in de plaats van die van de litigieuze beschikking heeft gesteld. Het in punt 121 van het bestreden arrest vermelde doel „te zorgen voor enige samenhang tussen de fiscale behandeling van goodwill en de boekhoudkundige behandeling ervan” is volgens hen niet terug te vinden in de litigieuze beschikking, en evenmin in de opmerkingen die het Koninkrijk Spanje tijdens de administratieve procedure heeft ingediend.

99. Deze grief moet mijns inziens worden aanvaard. De Commissie heeft in de litigieuze beschikking immers niet vermeld dat het door haar vastgestelde referentiestelsel tot doel heeft enige samenhang tussen de fiscale behandeling en de boekhoudkundige behandeling van goodwill te handhaven. Het Gerecht bevestigt wel de conclusies van de litigieuze beschikking waar wordt vermeld dat de fiscale behandeling van goodwill is gebaseerd op het criterium van het al dan niet bestaan van een bedrijfscombinatie (punten 116 en 118), en waar onder verwijzing naar de overwegingen 19 en 99 van deze beschikking wordt uiteengezet dat dit terug is te voeren op de omstandigheid dat na een verwerving of bijdrage van vermogensbestanddelen van onafhankelijke ondernemingen, dan wel na een fusie of splitsing „de goodwill [...] als een afzonderlijk immaterieel actief [wordt] opgenomen in de boekhouding van de uit de bedrijfscombinatie voortgekomen

onderneming” (punt 117 van het bestreden arrest). En ook de stelling in punt 116 van het bestreden arrest dat de fiscale behandeling van goodwill verband houdt met een boekhoudkundige logica is in overeenstemming met de bevindingen van de Commissie in de litigieuze beschikking (zie met name de overwegingen 97-100). Maar de conclusie van het Gerecht dat de regels inzake de afschrijving van fiscale goodwill in de Spaanse wet op de vennootschapsbelasting tot doel hebben te zorgen voor samenhang tussen de fiscale behandeling van goodwill en de boekhoudkundige behandeling ervan, en dat ten opzichte van dat doel de situatie van ondernemingen die in Spaanse vennootschappen investeren vergelijkbaar is met die van ondernemingen die in niet-ingezeten vennootschappen investeren, staat volledig los van deze beschikking en is gebaseerd op een eigen uitlegging van de Spaanse fiscale en boekhoudkundige regels.

1) Gevolgen van de gegrondheid van de grief inzake de vervanging van de motivering

100. Het is vaste rechtspraak dat wanneer blijkt dat door de motivering van een arrest van het Gerecht het Unierecht is geschonden, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt, dit niet betekent dat dit arrest moet worden vernietigd, maar dat het anders dient te worden gemotiveerd.¹⁰⁵ Bijgevolg moet worden onderzocht of de tweede grief van het eerste middel van het beroep van WDFG in eerste aanleg – voor zover de Commissie daarin wordt verweten niet te hebben aangetoond dat de verwervingen van deelnemingen in ingezeten vennootschappen en die in niet-ingezeten vennootschappen vergelijkbaar waren in het licht van het doel van fiscale neutraliteit dat door de omstreden maatregel wordt nagestreefd – ondanks de fout van het Gerecht dient te worden afgewezen.

101. In dit verband breng ik allereerst in herinnering dat op grond van de in de punten 13 tot en met 15 hierboven vermelde rechtspraak het vergelijkbaarheidsonderzoek dat in het kader van de tweede fase van de selectiviteitsanalyse moet plaatsvinden, dient te worden verricht in het licht van het doel van het referentiestelsel, en niet dat van de omstreden maatregel. In de terugverwijzingsprocedure voor het Gerecht heeft WDFG aangevoerd dat deze doelen in casu overeenstemmen en in beide gevallen fiscale neutraliteit betreffen.

102. Ondanks dat de Commissie in de litigieuze beschikking heeft gesteld dat de omstreden maatregel tevens tot doel had het internationale concurrentievermogen van Spaanse ondernemingen te verbeteren (overweging 112), heeft zij onderzocht of deze maatregel kan worden gerechtvaardigd in het licht van het beginsel van fiscale neutraliteit. Zoals WDFG zelf heeft vermeld in haar beroep bij het Gerecht is de Commissie tot de slotsom gekomen dat de omstreden maatregel om twee redenen niet kan worden gerechtvaardigd. Ten eerste heeft zij het argument van het Koninkrijk Spanje afgewezen dat een verschillende behandeling van buitenlandse investeringen noodzakelijk was wegens hinderpalen voor grensoverschrijdende fusies. Deze motivering is vervat in de overwegingen 92 tot en met 95 van de litigieuze beschikking in het deel over de vaststelling van het referentiestelsel. Ten tweede is de omstreden maatregel volgens haar hoe dan ook niet evenredig (overwegingen 107-114 en 118 van de litigieuze beschikking).

103. Uit de lezing van de litigieuze beschikking blijkt evenwel niet dat de Commissie aan het door haar bepaalde referentiestelsel het door WDFG aangevoerde doel van fiscale neutraliteit heeft toegekend. Zonder uitdrukkelijk het doel van dit stelsel te benoemen heeft zij in wezen het

¹⁰⁵ Arrest van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie (C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, EU:C:2011:368, punt 118 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

standpunt ingenomen dat ondernemingen die in nationale vennootschappen investeren en ondernemingen die in buitenlandse vennootschappen investeren zich in een vergelijkbare situatie bevinden ten aanzien van de bij de omstreden maatregel ingevoerde regeling, volgens welke afschrijving van de financiële goodwill, anders dan in het referentiestelsel, ook mogelijk is indien de verwerving van deelnemingen niet wordt gevolgd door een fusie.¹⁰⁶ Met andere woorden, volgens de Commissie kan de bij de omstreden maatregel ingevoerde differentiatie tussen ondernemingen die deelnemingen verwerven in ingezeten vennootschappen, die tot fusie moeten overgaan om de goodwill te kunnen afschrijven, en ondernemingen die daarentegen deelnemingen in buitenlandse ondernemingen verwerven, die de goodwill *automatisch* kunnen afschrijven – ongeacht of de transactie bedoeld was voor een fusie en ongeacht het bewijs dat er werkelijk hinderpalen voor de verwezenlijking van deze fusie bestaan – als discriminatie worden aangemerkt indien het Koninkrijk Spanje daarvoor geen rechtvaardiging aanvoert.

104. Een dergelijke handelswijze kan weliswaar niet volledig in overeenstemming lijken met de selectiviteitsanalyse in drie fasen zoals die is ontwikkeld in de recentere rechtspraak, te beginnen bij het arrest *Paint Graphos*, dat na de litigieuze beschikking is geweest, maar toch ben ik van mening dat deze beschikking niet uitsluitend om deze reden nietig moet worden verklaard.

105. Zoals het Koninkrijk Spanje overigens duidelijk betoogt, is de omstreden maatregel een corrigerende maatregel die dient ter compensatie van de ongunstige effecten van de fiscale behandeling van goodwill in het algemeen, op grond waarvan afschrijving uitsluitend is toegestaan in geval van bedrijfscombinaties (of in geval van zeggenschap en indiening van geconsolideerde jaarrekeningen). Naar zijn aard neigt deze maatregel een gunstigere behandeling voor te behouden aan een bepaalde categorie ondernemingen, in casu ondernemingen die tot een bepaald soort investeringen overgaan, zoals het Hof overigens zelf heeft bevestigd in de punten 62 en 119 van arrest *WDFG*, op grond van de veronderstelling dat deze ondernemingen anders door de toepassing van de normale regeling zouden worden benadeeld. Los van het kader waarin dergelijke maatregelen volgens de rechtspraak worden ingedeeld, moet bij de beoordeling van de daardoor ingevoerde differentiaties volgens mij in beginsel niet alleen worden nagegaan of de daaraan ten grondslag liggende feitelijke veronderstellingen met de waarheid overeenkomen, maar ook of zij evenredig zijn en of het nagestreefde doel daarmee kan worden bereikt, en dus moeten deze differentiaties worden beoordeeld in het kader van de derde fase van de selectiviteitsanalyse, waarmee wordt beoogd na te gaan of de ongelijke behandeling die is ingevoerd bij een afwijkende maatregel die a priori selectief is, wordt gerechtvaardigd door de aard of de structuur van het belastingstelsel waarvan deze maatregel deel uitmaakt. Een dergelijke controle zou daarentegen systematisch worden uitgesloten indien het in de tweede fase van de selectiviteitsanalyse zou volstaan aan te voeren dat het referentiestelsel – in het licht waarvan wordt onderzocht of de situaties waarin sprake is van differentiatie vergelijkbaar zijn – in het algemeen fiscale neutraliteit tot doel heeft, dat het specifieke doel van de correctie die bij de onderzochte maatregel tot stand is gebracht omvat.

106. Fiscale neutraliteit is een van de doelstellingen die elke belastingregeling nastreeft, en het lijkt geen twijfel dat ook de belastingregeling betreffende goodwill in het kader van de Spaanse vennootschapsbelasting op dit beginsel is geïnspireerd. Zoals het Gerecht in de punten 146 en 147 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, heeft de normale regeling evenwel „niet tot doel [...] ervoor te zorgen dat ondernemingen het fiscale voordeel van de afschrijving van goodwill kunnen genieten wanneer zij moeilijkheden ondervinden die hun beletten een bedrijfscombinatie aan te gaan”. Het is eerder de omstreden maatregel die dat voor ogen heeft.

¹⁰⁶ In die zin kunnen meerdere passages van de litigieuze beschikking worden gelezen; zie met name de overwegingen 89-91.

Indien de grief van WDFG werd toegewezen zou – in strijd met de recentste rechtspraak op het gebied van selectiviteit – worden erkend dat het vergelijkbaarheidsonderzoek in de tweede fase van de selectiviteitsanalyse moet worden verricht in het licht van de doelstelling van de omstreden maatregel en niet van die van het referentiestelsel, ongeacht het feit dat deze doelstelling niet uitdrukkelijk in de litigieuze beschikking is benoemd, en ook indien deze doelstelling, zoals WDFG betoogt, fiscale neutraliteit moet zijn.

2) Conclusies betreffende het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het derde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje

107. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging te oordelen dat het Gerecht, door zijn eigen motivering in de plaats te stellen van die van litigieuze beschikking, deze beschikking onjuist heeft uitgelegd, maar dat deze fout niet kan leiden tot de vernietiging van het bestreden arrest, aangezien de grief van WDFG met betrekking waartoe deze fout is gemaakt hoe dan ook moet worden afgewezen.

108. Het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het derde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje moeten mijns inziens dus in hun geheel worden afgewezen.

3. Derde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en vierde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje: onjuiste rechtsopvatting bij de verdeling van de bewijslast

109. Verzoekers voeren aan dat het Gerecht, aangezien het in de eerste twee fasen van de selectiviteitsanalyse niet heeft onderzocht welke ondernemingen zich uit het oogpunt van de doelstelling van het referentiestelsel – te weten fiscale neutraliteit – in een vergelijkbare situatie bevinden en het dit onderzoek naar de derde fase heeft verplaatst, de bewijslast heeft omgekeerd, aangezien deze last uitsluitend in die fasen op de Commissie rust.

110. Deze grief moet mijns inziens worden afgewezen, voor zover daarin wordt verondersteld dat rekwiranten hebben aangetoond dat het Gerecht een fout heeft gemaakt bij de vaststelling van de doelstelling van het referentiestelsel door te oordelen dat de samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill het doel is, en niet fiscale neutraliteit. In de punten 92 en 93 van deze conclusie ben ik tot de conclusie gekomen dat de grieven waarmee het Gerecht wordt verweten een dergelijke fout te hebben gemaakt niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, aangezien daarmee de door het Gerecht gegeven uitlegging van het Spaanse recht in twijfel wordt getrokken, hetgeen volgens vaste rechtspraak kan worden gelijkgesteld aan een feitelijke beoordeling.¹⁰⁷

111. Het derde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en het vierde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje moeten dus worden geacht feitelijk niet gefundeerd te zijn.

¹⁰⁷ Zie de punten 92 en 93 hierboven.

4. Vierde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG: evenredigheid

112. Met het vierde onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening verwijt WDFG het Gerecht de evenredigheid van de omstreden maatregel te hebben onderzocht zonder vooraf in het licht van de juiste doelstelling van het referentiestelsel te hebben onderzocht of deze maatregel op het eerste gezicht selectief leek.

113. De onderzochte grief is, net als de voorgaande, gebaseerd op de veronderstelling dat het Gerecht een fout heeft gemaakt bij het onderzoek naar de vergelijkbaarheid van de ondernemingen waarop de omstreden maatregel van toepassing is en de ondernemingen die daarvan zijn uitgesloten, uit het oogpunt van de juiste doelstelling van het referentiestelsel. Daarom moet deze grief mijns inziens worden afgewezen om dezelfde redenen als ik in de punten 110 en 111 van deze conclusie heb gegeven.

5. Vijfde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG: oorzakelijk verband

114. Subsidiair voert WDFG aan dat het Gerecht in de motivering van het bestreden arrest die betrekking heeft op de derde fase van de selectiviteitsanalyse blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het het Koninkrijk Spanje heeft verzocht bewijs te leveren van een „oorzakelijk verband tussen de onmogelijkheid van ondernemingen om een fusie aan te gaan in het buitenland en de verwerving van deelnemingen in het buitenland”. WDFG voert ten eerste aan dat deze motivering een analyse-element introduceert dat niet in de litigieuze beschikking wordt genoemd en zelfs in strijd is met de ratio decidendi ervan, en ten tweede dat het door het Gerecht gevraagde bewijs onmogelijk kan worden geleverd.

115. De onderzochte grief heeft betrekking op de punten 180 tot en met 189 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht, op basis van de vaststelling dat de omstreden maatregel „noodzakelijkerwijs [berust] op de premisse dat ondernemingen die grensoverschrijdende fusies wensen aan te gaan, maar daartoe niet in staat zijn omdat er [...] hinderpalen voor bedrijfscombinaties bestaan, per definitie deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen verwerven of op zijn minst de deelnemingen behouden waarvan zij reeds in het bezit zijn” (punt 180 van het bestreden arrest), tot de slotsom is gekomen dat het Koninkrijk Spanje – dat een rechtvaardiging diende te geven voor de afwijking ten opzichte van het referentiestelsel die de omstreden maatregel tot stand heeft gebracht – deze premisse niet heeft aangetoond. Het Gerecht heeft in wezen geoordeeld dat, aangezien de verwerving van deelnemingen losstaat van een fusie en geen alternatief daarvoor vormt, de omstreden maatregel in wezen een voordeel heeft toegekend aan de ondernemingen die voornemens zijn in buitenlandse ondernemingen te investeren, maar niet noodzakelijkerwijs tot doel hebben om tot fusie over te gaan, dat wil zeggen aan andere ondernemingen dan de ondernemingen die, volgens de verklaringen van het Koninkrijk Spanje, nadelige gevolgen van de algemene regels inzake de afschrijving van goodwill zouden ondervinden.

116. In dit verband merk ik in de eerste plaats op dat het Gerecht in de punten waartegen de betrokken grief is gericht, weliswaar heeft geoordeeld dat het Koninkrijk Spanje geen bewijs heeft geleverd dat de omstreden maatregel de gestelde nadelige effecten van de normale regeling neutraliseert, maar bij de verdere analyse ervan uitgaat dat dit bewijs is geleverd (punten 190 en 198 van het bestreden arrest). Zoals overigens uitdrukkelijk staat te lezen in punt 199 van het bestreden arrest, heeft het Gerecht zijn oordeel dat de Commissie geen fout heeft begaan door te concluderen dat het Koninkrijk Spanje de met de omstreden maatregel ingevoerde differentiatie

niet heeft gerechtvaardigd, niet uitsluitend gebaseerd op de overwegingen waarop deze grieven betrekking hebben. Dit betekent dat deze conclusie, ook indien de onderzochte grief werd aanvaard, wordt onderbouwd door andere gronden (die zijn uiteengezet in de punten 190-199 van het bestreden arrest). Uit de vaste rechtspraak volgt dat een middel dat is gericht tegen een ten overvloede aangevoerde overweging van het bestreden arrest, waarvan het dictum toereikend is gebaseerd op andere rechtsoverwegingen, in het kader van een hogere voorziening niet ter zake doet en daarom moet worden afgewezen.¹⁰⁸

117. Overigens merk ik op dat de redenering in de punten 180 tot en met 189 van het bestreden arrest weliswaar niet in exact dezelfde bewoordingen in de litigieuze beschikking kan worden teruggevonden, doch niet tegen de ratio decidendi van deze beslissing indruist, zoals WDFG daarentegen betoogt. Integendeel, zij past perfect in de logica op grond waarvan de Commissie heeft vastgesteld dat de omstreden maatregel niet samenhangt met en niet evenredig is aan de gestelde doelstelling de nadelige effecten te neutraliseren die de normale regeling voor afschrijving van goodwill heeft voor ondernemingen die deelnemingen in buitenlandse ondernemingen verwerven en niet kunnen overgaan tot een grensoverschrijdende fusie.¹⁰⁹ Over de stelling dat het door het Gerecht gevraagde bewijs niet kan worden geleverd merk ik enkel op dat het Gerecht, zoals blijkt uit de punten 188 en 189 van het bestreden arrest, in wezen heeft geoordeeld dat de neutraliserende effecten van de omstreden maatregel niet zijn aangetoond omdat deze maatregel onnauwkeurig en vaag is, waardoor niet kon worden vastgesteld dat het daarbij vastgestelde voordeel ten goede komt aan de categorie ondernemingen die door de algemene regeling worden benadeeld. Indien de betrokken lidstaat aanvoert dat een a priori selectieve maatregel een corrigerend karakter heeft, dient deze lidstaat uiteraard de elementen te verstrekken waarmee deze stelling kan worden aangetoond, en kan de maatregel bij gebreke daarvan niet worden geacht te zijn bewezen.

118. Om de bovenstaande redenen is het vijfde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG mijns inziens niet ter zake dienend en, subsidiair, ongegrond.

6. Zesde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG: deelbaarheid van de maatregel

119. Met het zesde, subsidiair aangevoerde onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening verwijt WDFG het Gerecht het middel te hebben afgewezen waarmee zij aanvoert dat de litigieuze beschikking moet worden vernietigd omdat de Commissie in haar analyse geen onderscheid had gemaakt tussen verwervingen van minderheidsdeelnemingen en verwerving van meerderheidsdeelnemingen. Ten eerste wijst WDFG erop dat alle handelingen die zij onder vigeur van de omstreden maatregel heeft verricht, hebben geleid tot de verkrijging van zeggenschap over de beoogde onderneming, en ten tweede dat het Koninkrijk Spanje de Commissie had verzocht de twee situaties afzonderlijk te analyseren. Volgens WDFG volgt uit de rechtspraak dat de Commissie, indien de betrokken lidstaat daarom vraagt, een afzonderlijke analyse van de

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld arrest van 21 december 2011, ACEA/Commissie (C-319/09 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:857, punt 120 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁰⁹ Zie met name overweging 91 van de litigieuze beschikking, waarnaar in punt 189 van het bestreden arrest wordt verwezen. Zie eveneens overweging 113 van deze beschikking.

onderzochte maatregel moet verrichten. Dat de omstreden maatregel kan worden opgedeeld blijkt volgens haar uit de procedurele behandeling die de Commissie heeft voorbehouden aan de analyse van de omstreden maatregel, die tot drie verschillende besluiten heeft geleid.¹¹⁰

120. In dit verband merk ik om te beginnen op dat de onderzochte grief betrekking heeft op ten overvloede geformuleerde overwegingen van het bestreden arrest. Het argument van WDFG dat de Commissie onderscheid had moeten maken tussen verwervingen van deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen waarmee zeggenschap werd verkregen en andere verwervingen, is namelijk ten gronde afgewezen in punt 205 van dit arrest, waarin het Gerecht oordeelt dat „de [omstreden] maatregel tot gevolg heeft dat de fiscale behandeling van goodwill een gebrek aan samenhang vertoont, wat eveneens het geval zou zijn indien hij enkel zou gelden voor de verwerving van meerderheidsdeelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen”. Het Gerecht heeft in de punten 206 tot en met 215 van het bestreden arrest dus louter ten overvloede onderzocht of de Commissie onderscheid diende te maken tussen de verschillende transacties waarop de omstreden maatregel van toepassing was.

121. De argumenten die WDFG heeft aangevoerd tegen de conclusie waartoe het Gerecht na dit onderzoek kwam, moeten mijns inziens hoe dan ook tevens ten gronde worden afgewezen.

122. Ten eerste heeft het Gerecht in de punten 208 tot en met 211 van het bestreden arrest terecht onderscheid gemaakt tussen de onderhavige zaak en de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 22 november 2001, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Commissie*¹¹¹, en 9 juni 2011, *Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie*¹¹². Ook het arrest *ANGED*, dat WDFG in hogere voorziening eveneens heeft aangehaald, is niet relevant. Bij de regeling die aan de orde was in het hoofdgeding dat tot dat arrest heeft geleid, werden namelijk meerdere onderscheidingscriteria ingevoerd, die het Hof elk apart heeft onderzocht om na te gaan of zij discriminatie tussen de afzonderlijke categorieën belastingplichtigen opleverden. Ten tweede heeft het Gerecht in punt 211 van het bestreden arrest mijns inziens geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie niet verplicht is om de gevolgen van de omstreden maatregel die de inhoud of de toepassingsvoorwaarden daarvan zouden hebben gewijzigd, afzonderlijk te analyseren. Tot slot heeft punt 221 van het bestreden arrest, waarin volgens WDFG wordt ontkend dat de omstreden maatregel kan worden opgedeeld, in werkelijkheid betrekking op de voorwaarden voor de toewijzing van een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring, en wordt daarin uitgesloten dat in casu aan deze voorwaarden is voldaan, aangezien „de nietigverklaring van de [litigieuze] beschikking, voor zover daarbij wordt vastgesteld dat ook sprake is van staatssteun als het gaat om de verwerving van meerderheidsdeelnemingen, tot gevolg [zou] hebben dat de kern van die beschikking wordt gewijzigd”.

123. Om de bovenstaande redenen is het zesde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG mijns inziens niet ter zake dienend en, subsidiair, ongegrond.

¹¹⁰ Het derde besluit is besluit (EU) 2015/314 van de Commissie van 15 oktober 2014 betreffende steunmaatregel SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) ten uitvoer gelegd door Spanje – Fiscale afschrijving van financiële goodwill voor verwervingen van buitenlandse deelnemingen (PB 2015, L 56, blz. 38) (hierna: „besluit van 15 oktober 2014”).

¹¹¹ T-9/98, EU:T:2001:271.

¹¹² C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, EU:C:2011:368.

7. Conclusie inzake de hogere voorzieningen van WDFG en van het Koninkrijk Spanje

124. Op basis van al het voorgaande geef ik het Hof in overweging de hogere voorzieningen van WDFG en van het Koninkrijk Spanje af te wijzen.

C. Verzoek van de Commissie om vervanging van de motivering

125. Voor het geval dat het Hof van oordeel zou zijn dat het enige middel in hogere voorziening van WDFG gegrond is, verzoekt de Commissie het Hof om de motivering te wijzigen en het beroep bij het Gerecht niet-ontvankelijk te verklaren. In dit verband herinner ik eraan dat de Commissie na het arrest WDFG in de terugverwijzingsprocedure bij het Gerecht een exceptie van niet-ontvankelijkheid had opgeworpen, waarbij zij primair aanvoerde dat WDFG geen procesbevoegdheid had en subsidiair dat zij geen procesbelang had. Onder verwijzing naar het arrest van 26 februari 2002, Raad/Boehringer¹¹³ (hierna: „arrest Boehringer”), heeft het Gerecht in punt 30 van het bestreden arrest evenwel geoordeeld dat het gerechtvaardigd is het beroep ten gronde te onderzoeken zonder eerst uitspraak te doen over de ontvankelijkheid ervan.¹¹⁴

126. Anders dan WDFG betoogt in repliek, is het verzoek van de Commissie niet onregelmatig wegens niet-inachtneming van de vormvoorschriften van artikel 176, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof inzake de incidentele hogere voorziening. Ingevolge artikel 178, lid 1, van dit Reglement dient de incidentele hogere voorziening te strekken tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van het Gerecht. Aangezien het Gerecht ten gronde uitspraak heeft gedaan op het beroep van WDFG *zonder* zich uit te spreken over de ontvankelijkheid daarvan, had de Commissie in het kader van een eventuele incidentele hogere voorziening geen nietigverklaring van het bestreden arrest kunnen vorderen *op grond van de niet-ontvankelijkheid* van het beroep in eerste aanleg.¹¹⁵ Volgens mij is de vordering van de Commissie dus terecht geformuleerd als verzoek tot wijziging van de motivering, en moet daarover ten gronde worden beslist. Overigens moet het Hof, ook indien het zou oordelen dat dit verzoek onregelmatig is, hoe dan ook uitspraak doen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep die de Commissie in eerste aanleg heeft opgeworpen, althans indien het na de hogere voorziening te hebben toegewezen en het bestreden arrest te hebben vernietigd, besluit de zaak in eerste aanleg zelf af te doen en het beroep ten gronde toewijst. Indien het Hof in die omstandigheden besluit het beroep te verwerpen, zou ook de door het Gerecht gevolgde mogelijkheid, die gebaseerd is op het arrest Boehringer, blijven bestaan. Tot slot breng ik in herinnering dat het Hof volgens vaste rechtspraak, indien bij hem een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie aanhangig is, gehouden is om, desnoods ambtshalve, te oordelen over de ontvankelijkheid van een beroep tot

¹¹³ C-23/00 P, EU:C:2002:118, punt 52.

¹¹⁴ De omkering van de logische of de normale volgorde bij de behandeling van de middelen in beroep die de toepassing van het arrest Boehringer meebrengt in het geval dat de Unierechter een beroep ten gronde verwerpt, ook wanneer een exceptie van niet-ontvankelijkheid is opgeworpen – met name indien deze de openbare orde betreft en is opgeworpen in een afzonderlijk stuk waarin wordt verzocht uitspraak te doen zonder de zaak ten gronde te behandelen – is het voorwerp van kritiek: zie bijvoorbeeld de conclusies van de advocaten-generaal Jääskinen in de zaak Zwitserland/Commissie (C-547/10 P, EU:C:2012:565, punten 46-54), Bot in de zaak Philips Lighting Poland en Philips Lighting/Raad (C-511/13 P, EU:C:2015:206, punten 50-67), Mengozzi in de zaak SNCF Mobilités/Commissie (C-127/16 P, EU:C:2017:577, punt 163), en Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2001:511, punten 30-36). Ondanks deze kritiek wordt het arrest Boehringer nog steeds toegepast door zowel het Gerecht (zie laatstelijk arrest van 11 november 2020, AV en AW/Parlement, T-173/19, niet gepubliceerd, EU:T:2020:535, punt 42) als het Hof (zie voor een recente toepassing in het kader van een procedure in hogere voorziening arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 68).

¹¹⁵ In casu is overigens geen sprake van een van de in artikel 178, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering genoemde gevallen volgens welke de conclusies van de incidentele hogere voorziening „ook [kunnen] strekken tot vernietiging van een uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing betreffende de ontvankelijkheid van het beroep bij het Gerecht”.

nietigverklaring en, derhalve, over het middel van openbare orde met betrekking tot schending van de in artikel 263, vierde alinea, VWEU gestelde voorwaarde dat een verzoeker alleen nietigverklaring kan vorderen van een beslissing die niet tot hem is gericht indien hij daardoor rechtstreeks en individueel wordt geraakt.¹¹⁶

127. Aangezien ik het Hof in overweging geef de hogere voorzieningen af te wijzen, beperk ik mij hieronder tot enkele korte opmerkingen over de inhoud van het verzoek van de Commissie.

128. Met het eerste, primair aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid stelt de Commissie dat WDFG niet heeft aangetoond dat de afschrijving van de financiële goodwill die zij op grond van de omstreden maatregel heeft verricht, betrekking had op een transactie van „directe” verwerving, de enige categorie van verwervingen die door de litigieuze beschikking wordt gedekt, zoals bepaald in het besluit van de Commissie van 15 oktober 2014.¹¹⁷ Dit middel moet mijns inziens worden afgewezen. Uit het op 14 mei 2010 neergelegde verzoekschrift voor het Gerecht blijkt namelijk ten eerste dat Autogrill España (thans WDFG) de financiële goodwill die is voortgevloeid uit de betrokken transactie – waarmee in mei 2008 alle aandelen van de Britse vennootschap World Duty Free Europe werden verworven – op grond van de omstreden maatregel heeft afgeschreven, en ten tweede dat Autogrill España bij de litigieuze beschikking is bevolen de aldus afgetrokken bedragen terug te vorderen. In die omstandigheden, die de Commissie niet heeft betwist, blijkt dat Autogrill España door de Spaanse autoriteiten als de werkelijke begunstigde van de onrechtmatig verklaarde steunregeling werd beschouwd, ondanks dat de Spaanse administratieve en rechterlijke autoriteiten deze regeling destijds nog aldus uitlegden dat zij uitsluitend van toepassing was op directe verwervingen¹¹⁸, en dat Autogrill España op het tijdstip waarop het beroep werd ingesteld de procesbevoegdheid had om op te komen tegen deze beschikking, ter uitvoering waarvan haar een invorderingsopdracht was afgegeven. Ook het tweede, subsidiair aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid, waarmee de Commissie aanvoert dat WDFG na de vaststelling van het besluit van 15 oktober 2014 geen procesbelang meer had, moet naar mijn mening worden afgewezen. Ook al viel de door Autogrill España verrichte transactie, als indirecte verwerving, onder het besluit van 15 oktober 2014, toch blijft WDFG procesbelang houden ten aanzien van de litigieuze beschikking, althans zolang de invorderingsopdracht ter uitvoering van die beschikking niet is ingetrokken.

V. Kosten

129. Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt dat het Hof over de kosten beslist wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Op grond van artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, daarvan van overeenkomstige toepassing

¹¹⁶ Zie arresten van 29 november 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commissie (C-176/06 P, niet gepubliceerd, EU:C:2007:730, punt 18); 20 september 2018, Spanje/Commissie (C-114/17 P, EU:C:2018:753, punt 48), en 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke en Freistaat Sachsen/Commissie (C-654/17 P, EU:C:2019:634, punt 44). Het bestaan van de verplichting – in voorkomend geval ambtshalve – na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden voor ontvankelijkheid van het beroep bij het Gerecht lijkt evenwel niet uit te sluiten dat het Hof het arrest Boehringer kan toepassen (zie in deze zin arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 68).

¹¹⁷ In dat besluit heeft de Commissie zich uitgesproken over de bindende administratieve uitlegging (*consulta vinculante*) van de omstreden maatregel, die op 21 maart 2012 door de Spaanse autoriteiten is vastgesteld en terugwerkende kracht heeft. Na de vaststelling van de litigieuze beschikking en van het besluit van 14 januari 2011 heeft Spanje een nieuwe alinea aan artikel 12, lid 5, TRLIS toegevoegd om te voldoen aan deze twee besluiten van de Commissie. Hoewel artikel 12, lid 5, TRLIS was aangemerkt als onrechtmatige en onverenigbare steun, is het niet formeel ingetrokken omdat het nog altijd kon worden toegepast door begunstigten met gewettigde verwachtingen dat de toegekende steun niet zou worden ingevorderd en voor wie in het eerste en het tweede besluit een overgangsperiode was ingelast (zie voetnoot 9 hierboven en overweging 30 van het besluit van 15 oktober 2014). Voor het begrip directe en indirecte verwervingen verwijs ik naar de overwegingen 25 en 26 van dat besluit.

¹¹⁸ Zie de overwegingen 33-36 van het besluit van 15 oktober 2014.

is op de procedure bij het Hof betreffende een hogere voorziening tegen een beslissing van het Gerecht, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien ik het Hof in overweging geef de hogere voorzieningen van WDFG en het Koninkrijk Spanje af te wijzen, moeten deze partijen overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen. Artikel 184, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt: „Wanneer zij niet zelf de hogere voorziening heeft ingesteld, kan een partij die in eerste aanleg heeft geïntervenieerd alleen in de kosten van de hogere voorziening worden verwezen indien zij aan de schriftelijke of mondelinge behandeling bij het Hof heeft deelgenomen. Wanneer een dergelijke partij aan de procedure deelneemt, kan het Hof beslissen dat zij haar eigen kosten draagt.” Bijgevolg geef ik het Hof in overweging te oordelen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten draagt.

VI. Conclusie

130. Op basis van al het voorgaande geef ik het Hof in overweging de hogere voorzieningen af te wijzen, WDFG en het Koninkrijk Spanje te verwijzen in de kosten en te verklaren dat de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten draagt.