



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

6 oktober 2021*

„Hogere voorziening – Staatssteun – Artikel 107, lid 1, VWEU – Belastingstelsel – Bepalingen inzake de vennootschapsbelasting op grond waarvan ondernemingen met fiscale woonplaats in Spanje goodwill uit de verwerving van deelnemingen in ondernemingen met fiscale woonplaats in het buitenland kunnen afschrijven – Begrip ‚staatssteun‘ – Selectiviteitsvoorwaarde – Referentiestelsel – Afwijking – Verschil in behandeling – Rechtvaardiging van het verschil in behandeling”

In de gevoegde zaken C-51/19 P en C-64/19 P,

betreffende twee hogere voorzieningen krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 25 en 29 januari 2019,

World Duty Free Group SA, voorheen Autogrill España SA, gevestigd te Madrid (Spanje), vertegenwoordigd door J. L. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro, R. Calvo Salinero en A. Lamadrid de Pablo, abogados (C-51/19 P),

Koninkrijk Spanje, aanvankelijk vertegenwoordigd door A. Rubio González en A. Sampol Pucurull, vervolgens door S. Centeno Huerta en S. Jiménez García als gemachtigden (C-64/19 P),

rekwiranten,

andere partijen in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door R. Lyal, B. Stromsky, C. Urraca Caviedes en P. Němečková als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door J. Möller en R. Kanitz als gemachtigden,

Ierland,

interveniënten in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

* Procestaal: Spaans.

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, R. Silva de Lapuerta, vicepresident, A. Arabadjiev, M. Vilaras, E. Regan, M. Ilešič, A. Kumin en N. Wahl (rapporteur), kamerpresidenten, D. Šváby, S. Rodin, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos, P. G. Xuereb en I. Jarukaitis, rechters,

advocaat-generaal: G. Pitruzzella,

griffier: L. Carrasco Marco, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 september 2020,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 januari 2021,

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening in zaak C-51/19 P verzoekt World Duty Free Group SA (hierna: „WDFG”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 november 2018, World Duty Free Group/Commissie (T-219/10 RENV, EU:T:2018:784; hierna: „bestreden arrest”), houdende afwijzing van haar beroep tot nietigverklaring van artikel 1, lid 1, en subsidiair van artikel 4 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 C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast (PB 2011, L 7, blz. 48; hierna: „litigieuze beschikking”).
- 2 Met zijn hogere voorziening in zaak C-64/19 P verzoekt het Koninkrijk Spanje om vernietiging van ditzelfde arrest.

I. Achtergrond van het geding

- 3 De achtergrond van het geding, die door het Gerecht is uiteengezet in de punten 1 tot en met 11 van het bestreden arrest, kan als volgt worden samengevat.
- 4 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 artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde formele onderzoeksprocedure in te leiden 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 2001 (BOE nr. 313 van 31 december 2001, blz. 50493), en die is overgenomen in Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (koninklijk wetgevend besluit 4/2004 houdende goedkeuring van de herziene tekst van de wet op de vennootschapsbelasting) van 5 maart 2004 (BOE nr. 61 van 11 maart 2004, blz. 10951) (hierna: „litigieuze maatregel”).
- 5 De litigieuze maatregel bepaalt dat een in Spanje belastingplichtige onderneming die een deelneming verwerft in een „buitenlandse vennootschap”, de daaruit voortvloeiende goodwill 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. Deze maatregel preciseert dat een vennootschap alleen als „buitenlandse vennootschap” wordt aangemerkt indien zij onderworpen is aan dezelfde belasting als die welke in Spanje geldt en haar inkomsten hoofdzakelijk afkomstig zijn van activiteiten in het buitenland.

- 6 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.
- 7 Bij deze beschikking heeft de Commissie de litigieuze maatregel, waarbij een belastingvoordeel werd toegekend dat erin bestond dat Spaanse vennootschappen de goodwill die voortvloeide uit de verwerving van deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen konden afschrijven, onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt voor zover hij betrekking had op de verwerving van deelnemingen in binnen de Unie gevestigde vennootschappen (artikel 1, lid 1) en heeft zij het Koninkrijk Spanje gelast de uit hoofde van die regeling verleende steun terug te vorderen (artikel 4).
- 8 De Commissie heeft de procedure evenwel niet afgesloten wat de verwerving van deelnemingen buiten de Unie betreft, omdat de Spaanse autoriteiten zich ertoe hadden verbonden aanvullende gegevens te verstrekken over de door hen vermelde hinderpalen voor grensoverschrijdende fusies buiten de Unie.
- 9 Op 12 januari 2011 heeft de Commissie besluit 2011/282/EU inzake de fiscale afschrijving van financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C-45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast (PB 2011, L 135, blz. 1) vastgesteld, waarbij de litigieuze maatregel eveneens onverenigbaar met de interne markt is verklaard voor zover hij werd toegepast op de verwerving van deelnemingen in ondernemingen die buiten de Unie zijn gevestigd.

II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

- 10 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 mei 2010, heeft WDFG een beroep tot nietigverklaring van artikel 1, lid 1, en subsidiair van artikel 4 van de litigieuze beschikking ingesteld.
- 11 Bij arrest van 7 november 2014, Autogrill España/Commissie (T-219/10, EU:T:2014:939), heeft het Gerecht dit beroep toegewezen op grond van de overweging dat de Commissie de selectiviteitsvoorwaarde van artikel 107, lid 1, VWEU onjuist had toegepast. Het Gerecht heeft bij zijn arrest van 7 november 2014, Banco Santander en Santusa/Commissie (T-399/11, EU:T:2014:938), eveneens besluit 2011/282 nietig verklaard.
- 12 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 19 januari 2015, heeft de Commissie hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van 7 november 2014, Autogrill España/Commissie (T-219/10, EU:T:2014:939). 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 van 7 november 2014, Banco Santander en Santusa/Commissie (T-399/11, EU:T:2014:938).

- 13 WDFG heeft geconcludeerd tot afwijzing van de hogere voorziening en werd daarin ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, Ierland en het Koninkrijk Spanje.
- 14 Bij het arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981; hierna: „arrest WDFG”), heeft het Hof de arresten van 7 november 2014, Autogrill España/Commissie (T-219/10, EU:T:2014:939) en Banco Santander en Santusa/Commissie (T-399/11, EU:T:2014:938), vernietigd, de zaken terugverwezen naar het Gerecht, de beslissing omtrent de kosten gedeeltelijk aangehouden en de Bondsrepubliek Duitsland, Ierland en het Koninkrijk Spanje veroordeeld in hun eigen kosten.
- 15 Bij beslissing van de president van de Negende kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 8 december 2017 zijn de zaken T-219/10 RENV, World Duty Free Group/Commissie, en T-399/11 RENV, Banco Santander en Santusa/Commissie, overeenkomstig artikel 68 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht gevoegd voor de mondelinge behandeling, nadat de partijen hierover waren gehoord.
- 16 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep van WDFG verworpen.
- 17 Het Gerecht heeft de drie door WDFG opgeworpen middelen afgewezen. Volgens het eerste middel was de litigieuze maatregel niet selectief (punten 32-228 van het bestreden arrest), volgens het tweede middel werd de begunstigde van de litigieuze maatregel onjuist vastgesteld (punten 229-250 van het bestreden arrest) en volgens het derde middel was het beginsel van gewettigd vertrouwen geschonden (punten 251-327 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft geoordeeld dat het beroep in zijn geheel moest worden verworpen zonder dat het hoefde te beslissen over de ontvankelijkheid ervan, hoewel de Commissie die ter discussie had gesteld (punten 30 en 329 van het bestreden arrest).
- 18 Wat meer bepaald het eerste middel betreft, heeft het Gerecht in de eerste plaats erop gewezen dat een fiscale maatregel die een voordeel verschaft waarvan de toekenning afhankelijk is van een bepaalde economische operatie, blijkens het arrest WDFG ook selectief kan zijn wanneer het, gezien de kenmerken van de betreffende operatie, elke onderneming vrijstaat ervoor te kiezen deze operatie door te voeren (punten 77-89 van het bestreden arrest).
- 19 In de tweede plaats heeft het Gerecht de litigieuze maatregel onderzocht in drie fasen overeenkomstig de methode voor beoordeling van de selectiviteit van nationale belastingmaatregelen, die is uiteengezet in de punten 63 en 64 van het bestreden arrest. Het heeft namelijk eerst vastgesteld welke algemene of „normale” belastingregeling in de betrokken lidstaat van toepassing is, vervolgens beoordeeld of de betrokken belastingmaatregel afwijkt van die algemene regeling doordat hij een onderscheid invoert tussen marktdeelnemers die zich uit het oogpunt van het doel van de algemene regeling in feitelijk en juridisch vergelijkbare situaties bevinden, en tot slot beoordeeld of een dergelijke afwijking gerechtvaardigd wordt door de aard en de opzet van deze regeling.
- 20 Wat de eerste fase betreft, heeft het Gerecht aangegeven dat het in de litigieuze beschikking vastgestelde referentiestelsel, te weten de „fiscale behandeling van goodwill” (punt 92 van het bestreden arrest) het relevante referentiestelsel in die zaak vormde, met name aangezien ondernemingen die deelnemingen verwerven in niet-ingezeten vennootschappen zich in een juridische en feitelijke situatie bevinden die uit het oogpunt van het doel dat met de fiscale behandeling van goodwill wordt nagestreefd, vergelijkbaar is met de situatie van ondernemingen die deelnemingen in ingezeten vennootschappen verwerven. Volgens het Gerecht is het doel van

dit stelsel te zorgen voor een zekere samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill die een onderneming verkrijgt uit de verwerving van een deelneming in een vennootschap (punten 116-122 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft dus het idee verworpen dat de litigieuze maatregel een autonoom referentiestelsel vormt (punten 126-140 van het bestreden arrest), zodat het de grief inzake het bestaan van hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties heeft afgewezen (punten 121, 138 en 141 van het bestreden arrest).

- 21 Wat de tweede fase betreft, heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie zich in de litigieuze beschikking terecht op het standpunt had gesteld dat bij de litigieuze maatregel een afwijking van de normale regeling was ingevoerd. Het heeft dus de grief verworpen volgens welke de Commissie niet haar verplichting was nagekomen om aan te tonen dat het verwerven van deelnemingen in ingezeten en niet-ingezeten vennootschappen vergelijkbaar was uit het oogpunt van de doelstelling van fiscale neutraliteit van de litigieuze maatregel (punten 142 tot en met 164 van het bestreden arrest).
- 22 Wat de derde fase betreft, heeft het Gerecht benadrukt dat geen van de argumenten die specifiek in de betreffende zaak waren aangevoerd de afwijking die bij deze maatregel was ingevoerd en dus het vastgestelde verschil in behandeling kon rechtvaardigen (punten 165-227 van het bestreden arrest).

III. Conclusies van partijen en procedure bij het Hof

- 23 Met haar hogere voorziening verzoekt WDFG (zaak C-51/19 P) het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen;
 - het beroep tot nietigverklaring toe te wijzen en de litigieuze beschikking definitief nietig te verklaren, en
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 24 Met zijn hogere voorziening verzoekt het Koninkrijk Spanje (zaak C-64/19 P) het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen;
 - artikel 1, lid 1, van de litigieuze beschikking nietig te verklaren, voor zover daarin is vastgesteld dat de litigieuze maatregel staatssteun vormt, en
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 25 De Bondsrepubliek Duitsland verzoekt het Hof om de hogere voorzieningen toe te wijzen.
- 26 De Commissie verzoekt het Hof:
- de hogere voorzieningen af te wijzen, en
 - rekwiranten te verwijzen in de kosten.

- 27 Bij beschikkingen van 22 maart 2019 en 2 juni 2020 zijn de zaken C-51/19 P en C-64/19 P gevoegd voor de schriftelijke respectievelijk de mondelinge behandeling, alsook voor het arrest.

IV. Hogere voorzieningen

- 28 Tot staving van hun respectieve hogere voorzieningen voeren WDFG en het Koninkrijk Spanje één middel aan, namelijk schending van artikel 107, lid 1, VWEU, meer bepaald van de selectiviteitsvoorwaarde. Zij verwijten het Gerecht in wezen blijk te hebben gegeven van een aantal onjuiste rechtsopvattingen bij de toepassing van de methode voor de beoordeling in drie fasen van de selectiviteit van belastingmaatregelen, zoals die volgens vaste rechtspraak van het Hof dient te worden toegepast.
- 29 De Bondsrepubliek Duitsland voegt zich in wezen bij het standpunt van rekwiranten. Zij stelt de in de onderhavige zaak gebruikte criteria voor de beoordeling van de selectiviteit van de litigieuze maatregel ter discussie. Zij betoogt met name dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de omstandigheid dat de litigieuze maatregel een maatregel vormt waarvoor alle ondernemingen in aanmerking komen die aan de materiële voorwaarden ervan voldoen, niet meer relevant is bij de beoordeling van de selectiviteit.
- 30 Vooraf moet in herinnering worden gebracht dat een nationale maatregel volgens vaste rechtspraak van het Hof slechts kan worden aangemerkt als een „steunmaatregel van de staat” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU wanneer is voldaan aan alle hierna genoemde voorwaarden. Ten eerste moet het gaan om een maatregel van de staat of om een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. Ten vierde moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (arrest WDFG, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 16 maart 2021, Commissie/Polen, C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 27).
- 31 Het staat vast dat nationale maatregelen tot toekenning van een belastingvoordeel die de situatie van de begunstigten ten opzichte van de andere belastingplichtigen verbeteren, hoewel in dat kader geen staatsmiddelen worden overgedragen, de begunstigten een selectief voordeel kunnen verschaffen en bijgevolg een steunmaatregel van de staat zijn in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (zie in die zin arrest WDFG, punt 56, en arrest van 19 december 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, punt 21).
- 32 Wat betreft de voorwaarde dat een selectief voordeel wordt verschaft, die inherent is aan de kwalificatie van een maatregel als „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU – en die het enige argument vormt in het kader van deze hogere voorzieningen – volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat die voorwaarde vereist dat wordt nagegaan of de betreffende nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde juridische regeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan begunstigen ten opzichte van andere ondernemingen of productietakken die zich uit het oogpunt van de met die regeling nagestreefde doelstelling in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden, waardoor zij een verschillende behandeling ondergaan die in wezen als discriminerend kan worden aangemerkt (arrest van 16 maart 2021, Commissie/Polen, C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 33 Het onderzoek van de vraag of een dergelijke maatregel selectief is, valt derhalve in wezen samen met het onderzoek van de vraag of deze maatregel op niet-discriminerende wijze van toepassing is op een categorie marktdeelnemers (arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 53).
- 34 Wanneer de betrokken maatregel is bedoeld als een steunregeling en niet als een individuele steunmaatregel, dient de Commissie aan te tonen dat die maatregel, hoewel hij voorziet in een voordeel van algemene strekking, dit voordeel uitsluitend verleent aan bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren (arrest WDFG, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 35 Om een nationale belastingmaatregel als „selectief” te kunnen kwalificeren, moet de Commissie eerst vaststellen wat het referentiestelsel is – dat wil zeggen wat de „normale” belastingregeling in de betrokken lidstaat is – en vervolgens aantonen dat de betreffende belastingmaatregel afwijkt van dit referentiestelsel doordat daarmee een verschil in behandeling wordt ingevoerd tussen marktdeelnemers die zich uit het oogpunt van de met dit referentiestelsel nagestreefde doelstelling in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden (zie in die zin arrest van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 36 Het begrip „staatssteun” ziet evenwel niet op maatregelen die a priori selectief zijn omdat zij een verschil in behandeling invoeren tussen ondernemingen die zich bevinden in een feitelijke en juridische situatie die vergelijkbaar is uit het oogpunt van het doel van de betreffende juridische regeling, wanneer de betrokken lidstaat kan aantonen dat die verschillende behandeling gerechtvaardigd is omdat zij voortvloeit uit de aard of de opzet van het stelsel waarvan die maatregelen deel uitmaken (arrest van 19 december 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 37 De verschillende onderdelen van het enige middel dat rekwiranten hebben aangevoerd moeten in het licht van deze overwegingen worden onderzocht.
- 38 Het enige door WDFG opgeworpen middel valt uiteen in zes onderdelen. Deze hebben in wezen betrekking op, ten eerste, de vaststelling van de referentieregeling, ten tweede, de bepaling van de doelstelling van deze regeling, op grond waarvan de vergelijking moet worden gemaakt in de tweede fase van selectiviteitsanalyse, ten derde, de vaststelling wie de bewijslast draagt, ten vierde, eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel, ten vijfde, het bestaan van een causaal verband tussen de onmogelijkheid om in het buitenland een fusie aan te gaan en het verwerven van een deelneming in het buitenland en, ten zesde, het onderzoek van de vraag of de litigieuze maatregel kan worden opgesplitst op basis van het zeggenschapspercentage.
- 39 Het enige door het Koninkrijk Spanje opgeworpen middel bestaat uit vier onderdelen. Deze onderdelen hebben betrekking op, ten eerste, de vaststelling van het referentiekader, ten tweede, de overweging dat de fiscale behandeling van financiële goodwill geen maatregel van algemene aard of een autonoom referentiekader kan zijn, ten derde, de vaststelling van de doelstelling van dit referentiekader en de door het arrest WDFG vereiste vergelijking van situaties en, ten vierde, de vaststelling wie in casu de bewijslast draagt met betrekking tot de bestanddelen van dit referentiekader.

- 40 Aangezien de grieven in het kader van het eerste tot en met het vierde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG en die ter ondersteuning van de vier onderdelen van het enige middel in hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje samenvallen of elkaar grotendeels overlappen, worden zij gezamenlijk onderzocht.

A. 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

1. Argumenten van partijen

- 41 WDFG betoogt dat het Gerecht meerdere fouten heeft gemaakt bij de vaststelling van het referentiestelsel.
- 42 Allereerst heeft het Gerecht een ander referentiestelsel gebruikt dan het in de litigieuze beschikking vastgestelde, aangezien het het referentiestelsel in deze beschikking heeft beschreven als „fiscale behandeling van goodwill” in plaats van het te beperken tot „fiscale behandeling van financiële goodwill” (punten 92 en 140 van het bestreden arrest). Volgens WDFG wijzen deze twee „uitdrukkingen” op twee materieel verschillende benaderingen. Zij is van mening dat het Gerecht, door zijn eigen motivering in de plaats te stellen van die van de litigieuze beschikking en daarmee een lacune in de motivering van die beschikking af te dekken, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waardoor het bestreden arrest moet worden vernietigd.
- 43 Vervolgens heeft het Gerecht aan het slot van de analyse in de punten 126 tot en met 140 van het bestreden arrest ten onrechte uitgesloten dat de litigieuze maatregel een autonoom referentiestelsel kan zijn. In dat opzicht heeft het Gerecht niet alleen zijn eigen redenering in de plaats gesteld van die van de litigieuze beschikking, voor zover die beschikking uitsluitend gebaseerd was op de afwezigheid van hinderpalen voor grensoverschrijdende fusies, maar heeft het bovendien een juridisch onjuist onderzoek uitgevoerd. In de redenering van het Gerecht hangt de vaststelling van het referentiekader namelijk vooral af van de gebruikte regelgevingstechniek.
- 44 Tot slot is het referentiekader dat het Gerecht in het bestreden arrest heeft toegepast hoe dan ook op arbitraire wijze vastgesteld en berust het op een verwarring tussen een uitzondering en een algemene regel. Het is met name onbegrijpelijk waarom het Gerecht heeft geoordeeld dat het nagestreefde doel er slechts in bestond „te zorgen voor enige samenhang tussen de fiscale behandeling van goodwill en de boekhoudkundige behandeling ervan” (punt 121 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft evenmin uitgelegd waarom het heeft aangegeven dat de afwezigheid van een regel die afschrijving van financiële goodwill bij verwerving van een binnenlandse deelneming belet, niets minder is dan de „algemene regel” van het zeer uitgebreide referentiestelsel dat het heeft vastgesteld (punt 135 van het bestreden arrest). Met name onder verwijzing naar de benadering die is gevolgd in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie (C-203/16 P, EU:C:2018:505), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de maatregel die in die zaak aan de orde was niet als uitzondering op een algemene regel kon worden beschouwd, betoogt WDFG dat het referentiekader in de onderhavige zaak te beperkt is vastgesteld, zodat het bestreden arrest moet worden vernietigd.

- 45 Het Koninkrijk Spanje is ook van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen bij de vaststelling van het referentiestelsel.
- 46 In de eerste plaats benadrukt het Koninkrijk Spanje dat de vaststelling van het referentiestelsel, dat zijns inziens het vertrekpunt van iedere selectiviteitsanalyse vormt, een rechtsvraag is die vatbaar is voor toetsing door het Hof. Wat meer bepaald de punten 92 en 140 van het bestreden arrest betreft, meent het Koninkrijk Spanje dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op een ander, breder referentiekader dan het kader dat de Commissie in de litigieuze beschikking heeft toegepast.
- 47 In de tweede plaats is het Koninkrijk Spanje van mening dat het Gerecht in het bestreden arrest ook blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de fiscale behandeling van financiële goodwill geen algemene maatregel of autonoom referentiekader kan vormen. In dit verband komt het uitdrukkelijk op tegen de punten 95, 103, 104, 106, 122, 125 en 138 tot en met 141 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht het argument dat er hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties bestaan heeft verworpen op gronden die zijns inziens geenszins uit de litigieuze beschikking kunnen worden afgeleid en overigens niet overtuigend zijn.
- 48 Dienaangaande betoogt het Koninkrijk Spanje dat de vaststelling van het referentiekader door het Gerecht op vier gronden onjuist is.
- 49 Ten eerste is het bestreden arrest louter op de regelgevingstechniek gebaseerd, hetgeen, zoals blijkt uit de rechtspraak, geen geschikte methode is om het selectieve karakter van een maatregel vast te stellen. Het Gerecht heeft dus onterecht geoordeeld dat de doelstelling van de maatregel wordt afgebakend door de noodzaak om een passende samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige regel te waarborgen (punten 116, 118 en 121 van het bestreden arrest).
- 50 Ten tweede heeft het Gerecht, op basis van een foutieve analyse van de doelstelling van de litigieuze maatregel in de punten 116 tot en met 122 van het bestreden arrest, eveneens ten onrechte geoordeeld dat de betreffende fiscale regelgeving inzake financiële goodwill tot doel heeft een „specifiek probleem” op te lossen. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, is de in casu aan de orde zijnde fiscale wetgeving niet bedoeld om een specifiek probleem op te lossen, maar om volle werking te geven aan het beginsel van fiscale neutraliteit, door ervoor te zorgen dat investeringsbeslissingen op economische en niet op fiscale criteria zijn gebaseerd. In dat verband had het Gerecht moeten nagaan of de Commissie in de litigieuze beschikking het door de Spaanse autoriteiten en de belanghebbenden voorgestelde referentiekader op gerechtvaardigde en samenhangende wijze had afgewezen, met name gelet op de zowel feitelijke als juridische hinderpalen voor grensoverschrijdende fusies. Bij dat onderzoek had het Gerecht eveneens moeten beoordelen of de Commissie, ondanks de uitdrukkelijke aanwijzingen van het Hof in punt 123 van het arrest WDFG en in zijn vaste rechtspraak, in strijd met de in artikel 107 VWEU neergelegde criteria had nagelaten de feitelijke en juridische situaties te vergelijken vanuit het oogpunt van de doelstelling van de litigieuze maatregel.
- 51 Ten derde benadrukt het Koninkrijk Spanje dat de litigieuze maatregel – die ertoe strekte te voldoen aan het beginsel van fiscale neutraliteit, openstond voor alle sectoren en kon worden toegepast zonder enige verplichte minimale investering – geen verband houdt met de maatregel die ten grondslag lag aan de zaak die heeft geleid tot het arrest van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, EU:C:1974:71), waarin het aan de selectiviteitsvoorwaarde ten grondslag liggende specificiteitsvereiste juist door meerdere elementen werd bepaald.

- 52 Ten vierde is het Koninkrijk Spanje van mening dat de benadering van het Gerecht afwijkt van het oordeel van het Hof betreffende bepaalde fiscale maatregelen die eveneens gericht waren op het oplossen van specifieke problemen, maar niet als staatssteun werden beschouwd.
- 53 De Commissie bestrijdt de argumenten van rekwiranten. Zij is primair van mening dat de aangevoerde argumenten in wezen niet-ontvankelijk zijn, aangezien in het kader van het beroep bij het Gerecht niet is aangevoerd dat fouten zijn gemaakt bij de vaststelling van het referentiestelsel. Indien rekwiranten werd toegestaan in hogere voorziening nieuwe argumenten aan te voeren, zou dit erop neerkomen dat zij bij het Hof een geschil aanhangig kunnen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. De Commissie betoogt subsidiair dat de argumentatie van rekwiranten ongegrond is. Anders dan zij betogen, heeft het Gerecht namelijk verwezen naar hetzelfde referentiestelsel als het stelsel dat in de litigieuze beschikking is vastgesteld, kan de litigieuze maatregel niet worden beschouwd als een autonoom referentiestelsel en is het bestreden arrest rechtens genoegzaam gemotiveerd.

2. Beoordeling door het Hof

a) Ontvankelijkheid

- 54 Wat betreft de ontvankelijkheid van de argumenten en elementen die zijn aangevoerd ter ondersteuning van de te onderzoeken onderdelen, die de Commissie bestrijdt omdat de argumenten die rekwiranten ter ondersteuning van hun stellingen betreffende de vaststelling van het referentiekader aanvoeren nieuw zijn, moet in herinnering worden gebracht dat volgens artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof het voorwerp van het geding voor het Gerecht in hogere voorziening niet mag worden gewijzigd.
- 55 Volgens vaste rechtspraak is het Hof dus in hogere voorziening enkel bevoegd om te oordelen over de rechtsbeslissing van de rechter in eerste aanleg op de middelen en argumenten die voor hem zijn aangevoerd. Een partij kan een middel dat zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, dus niet voor het eerst voor het Hof aanvoeren, aangezien zij anders bij het Hof, waarvan de bevoegdheid in hogere voorziening beperkt is, een geschil aanhangig zou mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen (arrest van 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke en Freistaat Sachsen/Commissie, C-654/17 P, EU:C:2019:634, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 56 Een verzoekende partij mag wel een hogere voorziening instellen waarin zij voor het Hof middelen en argumenten aanvoert die voortvloeien uit het bestreden arrest zelf en ertoe strekken de gegrondheid ervan in rechte te betwisten (arresten van 29 november 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commissie, C-176/06 P, EU:C:2007:730, punt 17, niet gepubliceerd, en 4 maart 2021, Commissie/Fútbol Club Barcelona, C-362/19 P, EU:C:2021:169, punt 47).
- 57 In de onderhavige zaak blijkt uit de punten 92 tot en met 141 van het bestreden arrest dat het Gerecht heeft onderzocht of de Commissie de fiscale referentieregeling correct heeft vastgesteld in het kader van de eerste fase van de selectiviteitsanalyse. In deze omstandigheden zijn rekwiranten ontvankelijk om in hogere voorziening de gronden van het bestreden arrest betreffende die eerste fase ter discussie te stellen, ongeacht of zij in eerste aanleg al dan niet argumenten hebben aangevoerd die er specifiek op gericht waren de litigieuze beschikking op dat punt aan te vechten.

- 58 Bovendien dient, zoals de advocaat-generaal in punt 35 van zijn conclusie heeft opgemerkt, te worden vastgesteld dat rekwiranten met de door hen aangevoerde argumenten specifieke en omstandig beargumenteerde kritiek op de motivering van het bestreden arrest leveren. 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 argumenten konden hoe dan ook niet voor het Gerecht worden aangevoerd.
- 59 Gelet op deze overwegingen zijn 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.

b) Ten gronde

- 60 De vaststelling van het referentiekader is van groot belang bij belastingmaatregelen, daar het bestaan van een economisch voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU slechts ten opzichte van een „normale” belasting kan worden vastgesteld. De afbakening van de groep ondernemingen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden, is dus afhankelijk van de voorafgaande vaststelling van de rechtsregeling waarvan de doelstelling het oogpunt vormt van waaruit in voorkomend geval moet worden onderzocht in hoeverre de feitelijke en juridische situatie van de door de betrokken maatregel begunstigde ondernemingen vergelijkbaar is met die waarin de niet-begunstigde ondernemingen verkeren [arresten van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punten 55 en 60, en 28 juni 2018 Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, EU:C:2018:505, punten 88 en 89].
- 61 Om te beoordelen of een fiscale maatregel van algemene draagwijdte een selectief karakter heeft, is het dus van belang dat de gewone fiscale regeling of het toepasselijke referentiestelsel in de betreffende lidstaat op correcte wijze wordt geïdentificeerd in het besluit van de Commissie en wordt onderzocht door de rechter bij wie een bezwaar tegen die identificatie aanhangig wordt gemaakt. De vaststelling van het referentiestelsel is het vertrekpunt van het vergelijkende onderzoek dat moet worden uitgevoerd voor de beoordeling van de selectiviteit van een steunregeling. Een fout in deze vaststelling tast noodzakelijkerwijze de geldigheid van het gehele onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde aan [zie in die zin arresten van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 107, en 16 maart 2021, Commissie/Polen, C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 46].
- 62 In deze context moet vooraf worden verduidelijkt dat de vaststelling van het referentiekader, die moet plaatsvinden na een contradictoir debat met de betrokken lidstaat, moet voortvloeien uit een objectief onderzoek van de inhoud, de onderlinge samenhang en de concrete effecten van de krachtens het nationale recht van die staat toepasselijke normen. De selectiviteit van een fiscale maatregel kan niet worden vastgesteld aan de hand van een referentiekader dat bestaat uit enkele bepalingen uit het nationale recht van de betrokken lidstaat die kunstmatig uit een ruimer rechtskader zijn gelicht [arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 103].
- 63 Zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in punt 49 van zijn conclusie, volgt hieruit dat, wanneer de fiscale maatregel in kwestie niet kan worden losgemaakt van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat als geheel, dat stelsel als referentiestelsel moet worden genomen. Indien daarentegen blijkt dat een dergelijke maatregel duidelijk los te maken is van het stelsel als geheel, kan niet worden uitgesloten dat het referentiekader waarmee rekening moet worden

gehouden, beperkter is dan dat stelsel, of dat de maatregel zelf dat kader vormt als deze een regel met een op zichzelf staande juridische logica vormt en het niet mogelijk is een coherent geheel van regels daarbuiten te identificeren.

- 64 Vervolgens moet worden vastgesteld dat, aangezien de betrokken lidstaat buiten de gebieden waarop het belastingrecht van de Unie is geharmoniseerd, door de uitoefening van zijn exclusieve bevoegdheden op het gebied van rechtstreekse belastingheffing de kenmerken van de belastingen bepaalt, bij de vaststelling van het referentiestelsel of de „normale” fiscale regeling op grond waarvan de selectiviteitsvoorwaarde moet worden onderzocht, rekening moet worden gehouden met deze kenmerken (zie in die zin arrest van 16 maart 2021, Commissie/Polen, C-562/19 P, EU:C:2021:201, punten 38 en 39).
- 65 Bovendien zij erop gewezen dat, voor zover het referentiekader moet worden vastgesteld op basis van een objectief onderzoek van de inhoud en de onderlinge samenhang van de krachtens het nationale recht toepasselijke regels, bij deze eerste fase van het selectiviteitsonderzoek geen rekening mag worden gehouden met de doelstellingen die de wetgever bij de vaststelling van de onderzochte maatregel heeft nagestreefd. Het Hof heeft in dit verband herhaaldelijk geoordeeld dat het door overheidsinterventies nagestreefde doel niet volstaat om meteen uit te sluiten dat het gaat om „steun” in de zin van artikel 107 VWEU, aangezien deze bepaling geen onderscheid maakt naargelang van de redenen of doeleinden van overheidsmaatregelen, maar deze definieert aan de hand van de gevolgen ervan (zie in die zin arresten van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie, C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 84 en 85, en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 48).
- 66 Tot slot moeten de regels die het referentiestelsel moeten uitmaken volgens objectieve criteria worden vastgesteld, met name om een rechterlijke toetsing mogelijk te maken van de beoordelingen waarop deze vaststelling is gebaseerd. De Commissie dient rekening te houden met de elementen die de betrokken lidstaat eventueel naar voren brengt, en meer in het algemeen haar onderzoek grondig uit te voeren en naar behoren te motiveren, om een volledige rechterlijke toetsing mogelijk te maken.
- 67 In het licht van deze overwegingen moet worden beoordeeld of de argumentatie van rekwiranten met betrekking tot de vaststelling van het referentiestelsel als eerste fase van een noodzakelijke premisse voor de selectiviteitsanalyse gegrond is. Zoals blijkt uit de punten 41 tot en met 52 van het onderhavige arrest, betogen rekwiranten in wezen dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen, ten eerste door de motivering van de litigieuze beschikking betreffende de vaststelling van het referentiestelsel door zijn eigen motivering te vervangen, ten tweede door uit te sluiten dat de litigieuze maatregel op zichzelf als autonoom referentiestelsel kan worden beschouwd en ook hier zijn motivering in de plaats te stellen van die van de Commissie, en ten derde door het referentiestelsel op arbitraire wijze vast te stellen.
- 68 Deze drie grieven moeten achtereenvolgens worden onderzocht.

1) Onjuiste rechtsopvatting bij de vaststelling van het referentiestelsel (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)

- 69 WDFG en het Koninkrijk Spanje betogen respectievelijk met de eerste grief van het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening en met het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting

bij de vaststelling van het referentiestelsel, door zijn eigen referentiestelsel in de plaats te stellen van het stelsel dat de Commissie in de litigieuze beschikking heeft toegepast. Deze laatste heeft de voorschriften inzake de fiscale behandeling van financiële goodwill als referentiestelsel aangewezen, maar het Gerecht heeft op basis van een inhoudelijk andere analyse ook de fiscale behandeling van „niet-financiële” goodwill in dit stelsel opgenomen. WDFG en het Koninkrijk Spanje komen met name op tegen de punten 92 en 140 van het bestreden arrest.

- 70 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof en het Gerecht in het kader van de in artikel 263 VWEU bedoelde rechtmatigheidstoetsing bevoegd zijn om te beslissen op beroepen wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, en misbruik van bevoegdheid. Artikel 264 VWEU bepaalt dat de betwiste handeling nietig moet worden verklaard indien het beroep gegrond is. Het Hof en het Gerecht kunnen dus in geen geval hun eigen motivering in de plaats stellen van die van de instelling die de handeling heeft verricht (arresten van 27 januari 2000, *DIR International Film e.a./Commissie*, C-164/98 P, EU:C:2000:48, punt 38, en 4 juni 2020, *Hongarije/Commissie*, C-456/18 P, EU:C:2020:421, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 71 In het kader van een beroep tot nietigverklaring kan het Gerecht de motivering van de bestreden handeling wel anders uitleggen dan de betrokken instelling, en in bepaalde omstandigheden de formele motivering van die instelling zelfs verwerpen, maar niet wanneer dit door geen enkel materieel element wordt gerechtvaardigd (zie in die zin arresten van 27 januari 2000, *DIR International Film e.a./Commissie*, C-164/98 P, EU:C:2000:48, punt 42, en 22 december 2008, *British Aggregates/Commissie*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 142).
- 72 In casu blijkt uit de punten 70, 92, 123 en 140 van het bestreden arrest dat de Commissie naar het oordeel van het Gerecht de fiscale behandeling van „goodwill” heeft gehanteerd als referentiestelsel voor de beoordeling van de selectiviteit van de litigieuze maatregel. In het bijzonder heeft het Gerecht in punt 92 van het bestreden arrest opgemerkt dat de Commissie „dat kader niet [heeft] beperkt tot de fiscale behandeling van financiële goodwill alleen”. Zoals rekwiranten terecht hebben opgemerkt, heeft de Commissie echter in overweging 96 van de litigieuze beschikking aangegeven dat het passende kader voor de beoordeling van de litigieuze maatregel bestond uit de regels betreffende de fiscale behandeling van „financiële goodwill”.
- 73 Uit het feit dat de terminologie in het bestreden arrest afwijkt van die van de litigieuze beschikking kan echter niet worden afgeleid dat het Gerecht zodoende een materieel ander referentiestelsel heeft vastgesteld dan de Commissie, of dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op een andere motivering dan die van de Commissie in de litigieuze beschikking om tot het oordeel te komen dat de fiscale behandeling van goodwill in casu het relevante referentiestelsel is.
- 74 Zoals de Commissie betoogt, kan de behandeling van goodwill in de omstandigheden van de onderhavige zaak namelijk volledig worden gelijkgesteld met die van financiële goodwill.
- 75 In dat verband heeft het Gerecht in punt 70 van het bestreden arrest in herinnering gebracht dat de Commissie – met name als reactie op de argumenten van de Spaanse autoriteiten betreffende de vaststelling van het referentiestelsel – in de litigieuze beschikking uitdrukkelijk heeft uitgesloten dat dit stelsel beperkt moest blijven tot de fiscale behandeling van goodwill uit de verwerving van een deelneming in een buiten Spanje gevestigde vennootschap. Aldus heeft het Gerecht benadrukt dat de Commissie, zoals duidelijk blijkt uit overweging 89 van de litigieuze beschikking, heeft aangegeven dat de litigieuze maatregel moet worden beoordeeld aan de hand van de algemene voorschriften van de regeling inzake vennootschapsbelasting die gelden voor

situaties waarbij het ontstaan van goodwill tot een fiscaal voordeel leidt. De Commissie heeft in deze beschikking toegelicht dat haar standpunt is ingegeven door de vaststelling dat de situaties waarin financiële goodwill kan worden afgeschreven, niet alle belastingplichtigen betreffen die zich feitelijk of rechtens in een vergelijkbare situatie bevinden.

- 76 In deze context moet worden opgemerkt dat het Gerecht, zoals voortvloeit uit punt 71 van het bestreden arrest, de vaststelling van het referentiestelsel met name heeft gebaseerd op de bevindingen van de Commissie in de overwegingen 19, 20, 99 en 100 van de litigieuze beschikking, volgens welke het referentiestelsel afschrijving van goodwill uitsluitend toelaat in het geval van bedrijfscombinaties, zodat de litigieuze maatregel een uitzondering op het referentiestelsel vormt doordat hij het mogelijk maakt om goodwill die geboekt zou zijn indien de ondernemingen een bedrijfscombinatie waren aangegaan, ook te boeken zonder dat een bedrijfscombinatie tot stand is gekomen.
- 77 Voorts heeft het Gerecht, eveneens onder verwijzing naar overweging 100 van de litigieuze beschikking, zich tevens gebaseerd op de overweging van de Commissie dat de litigieuze maatregel een verschil in behandeling invoert tussen nationale en grensoverschrijdende transacties, aangezien de afschrijving van goodwill die louter uit de verwerving van deelnemingen voortvloeit uitsluitend is toegestaan bij grensoverschrijdende en niet bij binnenlandse deelnemingen, zodat deze maatregel niet kan worden beschouwd als een volwaardige nieuwe algemene regel.
- 78 Uit deze passages van de litigieuze beschikking, waarnaar in het bestreden arrest wordt verwezen, blijkt ondubbelzinnig dat de Commissie, zoals het Gerecht heeft geoordeeld, bij het aanwijzen van „de regels betreffende de fiscale behandeling van financiële goodwill” als referentiestelsel niet alleen heeft willen verwijzen naar de regels die specifiek gelden voor de afschrijving van goodwill bij de verwerving van deelnemingen, maar ook naar de algemene Spaanse regeling voor vennootschapsbelasting die de afschrijving van goodwill in het algemeen regelt. Deze regeling biedt namelijk een relevant beoordelingskader voor eerstgenoemde regels.
- 79 Hieruit volgt dat het Gerecht zich er in de punten 70, 92, 123 en 140 van het bestreden arrest toe heeft beperkt de litigieuze beschikking, voor zover hierin het referentiestelsel is vastgesteld, uit te leggen overeenkomstig de in die beschikking verstrekte aanwijzingen, en zijn motivering dus niet in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie in de zin van de rechtspraak die in punt 70 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht. Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de vaststelling van het referentiestelsel.
- 80 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 moeten dus ongegrond worden verklaard.

2) Weigering om de litigieuze maatregel als een autonoom referentiestelsel te beschouwen (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)

i) Vervanging van de motivering

- 81 Rekwiranten verwijten het Gerecht dat het bij de vaststelling dat de litigieuze maatregel geen volwaardig referentiestelsel kan vormen, zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van de litigieuze beschikking. De Commissie heeft namelijk haar beoordeling in die beschikking dat de litigieuze maatregel geen autonoom referentiestelsel kan vormen enkel hierop gebaseerd dat er volgens haar geen juridische belemmeringen voor grensoverschrijdende fusies zijn, terwijl het Gerecht zich in de punten 127 tot en met 140 van het bestreden arrest op een andere argumentatie heeft gebaseerd.
- 82 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Gerecht, zoals is opgemerkt in punt 75 van het onderhavige arrest, heeft geoordeeld dat het referentiestelsel zich uit het oogpunt van de Commissie niet kon beperken tot de fiscale behandeling van financiële goodwill waarin de litigieuze maatregel voorzag, aangezien deze maatregel slechts ten goede kwam aan ondernemingen die deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen verwierven en er voor de beoordeling of er sprake was van discriminatie tegen ondernemingen die dezelfde verwervingen verrichtten in ingezeten vennootschappen, rekening moest worden gehouden met de algemene bepalingen van de regeling inzake vennootschapsbelasting die van toepassing zijn op situaties waarin het ontstaan van goodwill tot een fiscaal voordeel leidt.
- 83 Derhalve kan niet worden geconcludeerd dat het Gerecht zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van de litigieuze beschikking, door voorbij te gaan aan het feit dat de Commissie in werkelijkheid op grond van de afwezigheid van hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties had uitgesloten dat de litigieuze maatregel het fiscale referentiestelsel kon vormen.
- 84 De Commissie heeft weliswaar, zoals rekwiranten betogen, daadwerkelijk in de overwegingen 93 tot en met 96 en 117 van deze beschikking verwezen naar de vermeende afwezigheid van juridische hinderpalen voor grensoverschrijdende fusies, maar zij heeft daarmee slechts een standpunt ingenomen over de opmerkingen van de Spaanse autoriteiten waarbij zowel het referentiestelsel dat voorlopig was vastgesteld in de beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure van 10 oktober 2007, als de vergelijkings- en rechtvaardigingscriteria die in de tweede en de derde fase van het selectiviteitsonderzoek in aanmerking konden worden genomen, opnieuw ter discussie werden gesteld.
- 85 Zoals de advocaat-generaal in punt 65 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft de Commissie, anders dan rekwiranten betogen, haar vaststelling dat de litigieuze maatregel niet het juiste referentiestelsel is dat bij de selectiviteitsanalyse in aanmerking moet worden genomen, niet gebaseerd op de overweging dat er geen hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties bestaan, maar op de overweging dat deze maatregel moet worden beoordeeld in het licht van een ruimer regelgevend kader dat zowel de regels omvat die van toepassing zijn op de afschrijving van 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, waarop bovengenoemde regels volgens de Commissie zijn afgestemd voor zover daarin is bepaald dat de goodwill uitsluitend bij een bedrijfscombinatie aftrekbaar is.

86 Hieruit volgt dat het verwijt dat het Gerecht in de punten 127 tot en met 140 van het bestreden arrest zijn motivering in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, ongegrond is.

ii) Onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht doordat het weigert om de litigieuze maatregel als een autonoom referentiestelsel te beschouwen

87 Rekwiranten betogen subsidiair dat de redenering op basis waarvan het Gerecht heeft uitgesloten dat de litigieuze maatregel een autonoom referentiestelsel kan vormen, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Ten eerste voeren zij aan dat deze 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, anders dan het Gerecht in punt 139 van het bestreden arrest ten onrechte heeft opgemerkt, niet mag worden beperkt tot het oplossen van een specifiek probleem. 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.

88 In casu moet worden opgemerkt dat het Gerecht met zijn redenering in de punten 95 tot en met 141 van het bestreden arrest beoogde de argumentatie te weerleggen dat de Commissie de litigieuze maatregel als referentiestelsel had moeten aanduiden omdat er hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties bestaan.

89 Rekwiranten hebben weliswaar geen kritiek op de methode voor de bepaling van het referentiestelsel dat in het kader van de eerste fase van het selectiviteitsonderzoek is toegepast in de punten 95 tot en met 108 van het bestreden arrest, maar wel op het verdere onderzoek van het Gerecht in de punten 109 tot en met 141 van dat arrest.

90 Wat in de eerste plaats de redenering in de punten 109 tot en met 125 van het bestreden arrest betreft, deze heeft betrekking op de vraag of ondernemingen die deelnemingen in ingezeten vennootschappen verwerven zich vanuit het oogpunt van het doel van de door de Commissie vastgestelde normale regeling in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden met ondernemingen die deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen verwerven.

91 Dit vergelijkbaarheidsonderzoek heeft echter geen direct verband met de afbakening van het referentiekader die in de eerste fase van het selectiviteitsonderzoek moet worden verricht, niettegenstaande het feit dat het Gerecht in punt 125 van het bestreden arrest heeft geconstateerd dat „er sprake is van verbanden tussen deze twee stappen of zelfs, zoals in casu, van een globale redenering”. De argumentatie van rekwiranten tegen de vaststelling van de doelstelling van het referentiestelsel zal dus later worden beoordeeld, in het kader van het onderzoek van 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, waarmee zij betogen dat de doelstelling op grond waarvan het vergelijkbaarheidsonderzoek moest worden uitgevoerd niet correct is vastgesteld.

92 In de tweede plaats heeft het Gerecht in de punten 126 tot en met 141 van het bestreden arrest onderzocht of de litigieuze maatregel, gelet op zijn eigen kenmerken en dus los van enige vergelijkende analyse, op zichzelf een autonoom referentiekader kan vormen.

- 93 In dit verband zij ten eerste opgemerkt dat rekwiranten ten onrechte betogen dat het Gerecht hoofdzakelijk op grond van de door de Spaanse wetgever gekozen regelgevingstechniek heeft geoordeeld dat de litigieuze maatregel een selectief karakter heeft. Uit het bestreden arrest blijkt namelijk dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op het voorwerp en de effecten van deze maatregel, en niet louter op overwegingen van formele aard. In het bijzonder heeft het Gerecht in punt 135 van dit arrest opgemerkt dat de genoemde maatregel een uitzondering vormt op de algemene regel dat goodwill uitsluitend in het kader van een bedrijfscombinatie kan worden afgeschreven.
- 94 Rekwiranten stellen wel terecht dat uit de rechtspraak blijkt dat de keuze voor een welbepaalde regelgevingstechniek er niet toe kan leiden dat nationale fiscale bepalingen a priori aan het in het VWEU bedoelde toezicht op staatssteun ontsnappen, en dat een dergelijke keuze evenmin een voldoende basis vormt om het voor het onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde relevante referentiekader af te bakenen, aangezien dat zou betekenen dat kennelijk meer belang wordt gehecht aan de vorm van de overheidsmaatregelen dan aan de gevolgen ervan. De gebruikte regelgevingstechniek kan derhalve geen beslissende factor zijn voor de vaststelling van het referentiekader [zie in die zin arrest WDFG, punt 76, en arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 92].
- 95 Uit diezelfde rechtspraak volgt echter dat de gebruikte regelgevingstechniek weliswaar niet doorslaggevend is om te bepalen of een belastingmaatregel selectief is, zodat die maatregel ook selectief kan zijn zonder dat hij afwijkt van een algemene belastingregeling, maar dat het feit dat deze maatregel wegens het gebruik van die regelgevingstechniek een dergelijk afwijkend karakter heeft, relevant is voor de vaststelling van de selectiviteit wanneer hij ertoe leidt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen twee groepen ondernemers die a priori een verschillende behandeling krijgen, namelijk de groep die onder de afwijkende maatregel valt en die waarop de algemene belastingregeling van toepassing blijft, hoewel beide groepen zich uit het oogpunt van het doel van die regeling in een vergelijkbare situatie bevinden [arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 96 Bijgevolg kan het Gerecht niet worden verweten dat het bij het onderzoek naar het selectieve karakter van de litigieuze maatregel naast andere overwegingen ook het afwijkende karakter ervan in aanmerking heeft genomen.
- 97 Wat ten tweede de kritiek van rekwiranten op de verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Warner in de zaak Italië/Commissie (173/73, EU:C:1974:52, blz. 728, niet gepubliceerd; hierna: „conclusie van advocaat-generaal Warner”) betreft, heeft het Gerecht in punt 135 van het bestreden arrest terecht opgemerkt dat met de litigieuze maatregel, zoals de Commissie in overweging 100 van de litigieuze beschikking heeft verklaard, geen volwaardige nieuwe algemene norm inzake afschrijving van goodwill is ingevoerd, maar een „uitzondering op de algemene regel” dat uitsluitend bedrijfscombinaties kunnen leiden tot de afschrijving van goodwill, welke uitzondering volgens het Koninkrijk Spanje de ongunstige effecten van de algemene regel op de verwerving van deelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen ondervangt.
- 98 Uit het bestreden arrest blijkt derhalve dat het Gerecht zich ter ondersteuning van zijn oordeel dat het referentiestelsel niet beperkt kon zijn tot de litigieuze maatregel, niet uitsluitend heeft gebaseerd op de omstandigheid dat deze maatregel, net als die welke aan de orde was in de zaak waarin advocaat-generaal Warner conclusie heeft genomen, een welomschreven doelstelling had

en een specifiek probleem beoogde op te lossen. Hieruit volgt dat de argumenten waarmee rekwiranten ten eerste opkomen tegen het feit dat de onderhavige zaak wordt gelijkgesteld met de zaak die het voorwerp is van de conclusie van advocaat-generaal Warner, en ten tweede willen aantonen dat de litigieuze maatregel tot doel heeft het beginsel van fiscale neutraliteit te beschermen, en niet om een specifiek probleem op te lossen, de redenering van het Gerecht niet kunnen ontkrachten en dus niet ter zake dienend zijn.

- 99 Hoe dan ook zij in herinnering gebracht dat het enkele feit dat de litigieuze maatregel algemeen van aard is in die zin dat hij a priori ten gunste kan komen aan alle ondernemingen die vennootschapsbelasting moeten afdragen, niet uitsluit dat hij selectief van aard kan zijn. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld met betrekking tot een nationale maatregel die een fiscaal voordeel van algemene strekking toekent, zoals de litigieuze maatregel, is de selectiviteitsvoorwaarde namelijk vervuld wanneer de Commissie kan aantonen 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 die welke het niet ontvangen zich uit het oogpunt van het doel van die belastingregeling in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (arrest WDFG, punt 67).
- 100 Gelet op het bovenstaande moeten 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 als niet ter zake dienend en hoe dan ook als ongegrond worden afgewezen.

3) Arbitraire vaststelling van het referentiestelsel (derde grief van het tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG)

- 101 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 moeilijk uit te maken valt welk criterium precies gebruikt is ter bepaling van het coherente kader waarvan de litigieuze maatregel deel uitmaakt. Ten tweede voert zij aan dat het Gerecht niet correct en zonder enige motivering heeft bepaald wat in het referentiestelsel dat het heeft vastgesteld de regel is en wat de uitzondering. Volgens WDFG heeft het Gerecht in punt 135 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat goodwill in de regel niet kon worden afgeschreven en dat met de litigieuze maatregel een uitzondering op die regel werd ingevoerd. Haars inziens heeft het Gerecht, net als in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie (C-203/16 P, EU:C:2018:505), de regel verward met de uitzondering.
- 102 Het eerste verwijt, dat het Gerecht het referentiestelsel in kwestie op arbitraire wijze heeft vastgesteld, moet worden verworpen aangezien het Gerecht, zoals blijkt uit de punten 75 tot en met 78 van het onderhavige arrest, rechtens genoegzaam heeft gemotiveerd op grond van welke redenering het in de omstandigheden van deze zaak heeft verwezen naar de krachtens Spaans recht geldende regels betreffende de fiscale behandeling van goodwill met het oog op de vaststelling van de vennootschapsbelasting, en aldus heeft bevestigd wat op dit punt in de litigieuze beschikking is geoordeeld. De premisse waarop de Commissie zich heeft gebaseerd berust namelijk op de vaststelling, die het Gerecht heeft bevestigd, dat goodwill naar Spaans recht normaal gesproken slechts kan worden afgeschreven indien sprake is van een bedrijfscombinatie.

- 103 Het tweede verwijt, dat het Gerecht niet correct en zonder enige motivering heeft vastgesteld wat de regel en wat de uitzondering is, moet eveneens worden afgewezen. Volgens de uitlegging die het Gerecht geeft van de Spaanse belastingwetgeving, kan goodwill namelijk normaal gesproken overeenkomstig artikel 89, lid 3, van de wet inzake de vennootschapsbelasting, zoals goedgekeurd bij koninklijk wetgevend besluit 4/2004, uitsluitend in geval van een bedrijfscombinatie worden afgeschreven, hetgeen ook geldt voor financiële goodwill uit de verwerving van deelnemingen in ingezeten vennootschappen. De algemene regel waarvan de litigieuze maatregel afwijkt is dus niet dat financiële goodwill niet kan worden afgeschreven, maar dat afschrijving normaal gesproken, in beginsel, uitsluitend mogelijk is in geval van een bedrijfscombinatie. Dit beginsel heeft het Gerecht afgeleid uit de bepalingen inzake de fiscale behandeling van goodwill met het oog op de vaststelling van de vennootschapsbelasting, ongeacht of het gaat om bepalingen inzake de afschrijving van goodwill in geval van verwerving van een onderneming dan wel om bepalingen inzake de afschrijving van financiële goodwill die voortvloeit uit de verwerving van deelnemingen in ingezeten vennootschappen, gevolgd door een fusie.
- 104 Gelet op deze overwegingen moet de derde grief van het eerste onderdeel van het enige middel van WDFG, en daarmee het gehele eerste onderdeel van dit middel, ongegrond worden verklaard.

B. 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 het vergelijkbaarheidsonderzoek als uitgangspunt wordt genomen

1. Argumenten van partijen

- 105 WDFG en het Koninkrijk Spanje bestrijden in het kader van het tweede en het derde onderdeel van hun enige middel in hogere voorziening in wezen de motivering van het bestreden arrest in de punten 143 tot en met 164, waarin het Gerecht de doelstelling van het referentiestelsel heeft vastgesteld en in het licht van die doelstelling de situatie van de door de litigieuze maatregel begunstigde ondernemingen heeft vergeleken met die van de ondernemingen die niet van die maatregel profiteren.
- 106 In de eerste plaats betoogt WDFG dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de vaststelling van de doelstelling die als uitgangspunt dient te worden genomen bij de vergelijking in de tweede fase van het onderzoek naar de selectiviteit van de litigieuze maatregel. Het Gerecht is ook op dit punt afgeweken van de litigieuze beschikking en heeft de rechtspraak betreffende de vaststelling van de op een fiscale maatregel toepasselijke doelstelling verkeerd uitgelegd. Anders dan het Gerecht laat uitschijnen, bestaat er geen tegenstrijdigheid in de rechtspraak van het Hof over de vraag of de situaties van ondernemingen die profiteren van de „maatregel in kwestie” en ondernemingen die dat niet doen, vergeleken moeten worden tegen het licht van het doel van die maatregel of uit het oogpunt van het doel van het „systeem waar deze deel van uitmaakt”. Volgens WDFG moeten deze doelstellingen samenvallen en als dat niet het geval is, komt dat doordat de nationale wetgever in het belastingstelsel een maatregel heeft ingevoerd die niet past in de logica van dat stelsel. Zoals de Commissie zelf in de litigieuze beschikking heeft erkend, is in het onderhavige geval fiscale neutraliteit de werkelijke doelstelling van de regeling aan de hand waarvan de vergelijking moet worden uitgevoerd. Dit is een veel algemenere en logischere doelstelling dan de door het Gerecht genoemde samenhang tussen de boekhoudkundige en de fiscale behandeling van goodwill

waarvan een onderneming profiteert omdat zij een deelneming in een vennootschap heeft verworven, aangezien vennootschapsbelastingen in beginsel per definitie afwijken van het boekhoudkundige resultaat.

- 107 In de tweede plaats is WDFG van mening dat het Gerecht in punt 121 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat de fiscale bepalingen inzake goodwill beogen te zorgen voor enige samenhang tussen de fiscale behandeling van goodwill en de boekhoudkundige behandeling ervan. Dit is niet alleen een arbitraire, maar ook een volstrekt ongegronde stelling, aangezien vennootschapsbelastingen per definitie afwijken van het boekhoudkundige resultaat. Wat meer in het bijzonder de bepalingen inzake afschrijving van goodwill betreft, hebben de verschillende gevallen waarin de wet inzake de vennootschapsbelasting, zoals goedgekeurd door koninklijk wetgevend besluit 4/2004, voorziet, niet als gemeenschappelijk doel te zorgen voor samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill, maar om dubbele belasting te vermijden en fiscale neutraliteit te waarborgen.
- 108 Het Koninkrijk Spanje betoogt ook dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het doel van het referentiekader niet correct vast te stellen en de door het arrest WDFG vereiste vergelijking fout uit te voeren. Zijns inziens is niet alleen het in het bestreden arrest vastgestelde referentiekader anders omschreven dan in de litigieuze beschikking, maar heeft het Gerecht bovendien ten onrechte geoordeeld dat de litigieuze maatregel ten doel had om te zorgen voor samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill. De boekhoudkundige en de fiscale regel aangaande de erkenning van goodwill en zelfs de afschrijving ervan verschillen op veel punten. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, streeft de litigieuze maatregel fiscale neutraliteit na, om ervoor te zorgen dat vergelijkbare investeringsbeslissingen op economische en niet op fiscale criteria worden gebaseerd.
- 109 De Commissie verzoekt om dit betoog, dat volgens haar niet-ontvankelijk en in ieder geval ongegrond is, af te wijzen.

2. Beoordeling door het Hof

a) Ontvankelijkheid

- 110 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. Zij betoogt dat de naar voren gebrachte argumenten niet voor het Gerecht zijn opgeworpen of betrekking hebben op feitelijke kwesties, waartoe ook de uitlegging van de inhoud en de draagwijdte van het nationale recht behoort.
- 111 De eerste door de Commissie aangevoerde grond van niet-ontvankelijkheid moet worden afgewezen om dezelfde redenen als die welke in de punten 56 tot en met 58 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet. Een partij is namelijk ontvankelijk wanneer zij middelen en argumenten aanvoert die voortvloeien uit het bestreden arrest zelf en ertoe strekken de gegrondheid ervan in rechte te betwisten. Rekwiranten zijn dus ontvankelijk wanneer zij opkomen tegen de vaststellingen van het Gerecht, ongeacht of zij in eerste aanleg al dan niet argumenten hebben aangevoerd die er specifiek op gericht waren de litigieuze beschikking op dit punt aan te vechten.

- 112 Wat betreft de tweede grond van niet-ontvankelijkheid die de Commissie heeft opgeworpen, die inhoudt dat rekwiranten feitelijke vaststellingen ter discussie willen stellen, die in beginsel niet vatbaar zijn voor toetsing door het Hof, zij erop gewezen dat de beoordeling van de feiten en de bewijzen, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag oplevert die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in hogere voorziening. Alleen wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof bevoegd om krachtens artikel 256 VWEU toezicht uit te oefenen op de wijze waarop deze juridisch zijn gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden (arrest van 25 juli 2018, Commissie/Spanje e.a., C-128/16 P, EU:C:2018:591, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 113 Wanneer het Hof in hogere voorziening de vaststellingen van het Gerecht betreffende het nationale recht onderzoekt, die op het gebied van staatssteun feitelijke beoordelingen vormen, is het dus enkel bevoegd om te onderzoeken of dit nationale recht onjuist is opgevat. 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, die een rechtsvraag vormt, valt daarentegen wel onder de bevoegdheid van het Hof [arrest van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, EU:C:2018:505, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 114 Bovendien kan het Gerecht, zoals in punt 70 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, in ieder geval niet zijn eigen motivering in de plaats stellen van die van de instelling die de bestreden handeling heeft vastgesteld. Het Hof is dus in het kader van een hogere voorziening bevoegd om te toetsen of het Gerecht zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van de auteur van de handeling en aldus blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 115 Aangezien rekwiranten met hun in de punten 105 tot en met 108 van het onderhavige arrest samengevatte argumentatie het Gerecht in wezen verwijten dat het zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van de litigieuze beschikking wat betreft de „doelstelling” aan de hand waarvan moet worden onderzocht of de situatie van ondernemingen die voordeel halen uit de toepassing van de litigieuze maatregel vergelijkbaar is met die van ondernemingen die daarvan zijn uitgesloten, is deze argumentatie ontvankelijk.

b) Ten gronde

- 116 In de eerste plaats moeten de argumenten die zijn aangevoerd tegen het oordeel van het Gerecht dat de rechtspraak geen coherent antwoord geeft op de vraag of de doelstelling van de onderzochte maatregel dan wel die van het stelsel waarvan deze deel uitmaakt als uitgangspunt voor de vergelijking moet worden genomen, worden verworpen als niet ter zake dienend.
- 117 WDFG stelt namelijk enkel dat de keuze tussen de twee doelstellingen niets uitmaakt, omdat deze in beginsel moeten samenvallen. Zelfs gesteld dat de beoordeling van het Gerecht inzake de draagwijdte van de rechtspraak van het Hof onjuist is, moet dus worden vastgesteld dat WDFG geen bezwaar maakt tegen de conclusie van het Gerecht in punt 156 van het bestreden arrest dat het vergelijkbaarheidsonderzoek in de tweede fase van de selectiviteitsanalyse moet worden uitgevoerd aan de hand van het doel van het referentiestelsel waarvan de onderzochte maatregel deel uitmaakt, en niet aan de hand van het doel van die maatregel.
- 118 In de tweede plaats verwijten rekwiranten het Gerecht dat het zijn eigen motivering met betrekking tot de vaststelling van de doelstelling van het referentiestelsel in de plaats heeft gesteld van die van de litigieuze beschikking. Zij stellen dat 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” niet wordt genoemd in de litigieuze beschikking of in de opmerkingen die het Koninkrijk Spanje tijdens de administratieve procedure heeft ingediend. WDFG betoogt bovendien dat de bewering dat de fiscale bepalingen inzake goodwill een dergelijke doelstelling zouden nastreven, hoe dan ook arbitrair en ongegrond is.

- 119 In casu moet worden vastgesteld dat de Commissie nergens in de litigieuze beschikking heeft vermeld dat het door haar vastgestelde referentiestelsel tot doel heeft enige samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill te handhaven.
- 120 Het Gerecht heeft in de punten 117 tot en met 119 van het bestreden arrest wel naar bepaalde vaststellingen in deze beschikking verwezen, waar het heeft verklaard dat de fiscale behandeling van goodwill is gebaseerd op het criterium van het al dan niet bestaan van een bedrijfscombinatie, en waar het onder verwijzing naar de overwegingen 19 en 99 van deze beschikking toelicht dat deze omstandigheid is terug te voeren op het feit dat, na een verwerving of inbreng van vermogensbestanddelen door 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). Ook de stelling dat de fiscale behandeling van goodwill „verband houdt met een boekhoudkundige logica” (punt 116 van het bestreden arrest) past in het verlengde van bepaalde overwegingen van de Commissie in de litigieuze beschikking, met name de overwegingen 97 tot en met 100.
- 121 Daartegenover staat dat het Gerecht los van die beschikking en op basis van zijn eigen uitlegging van de naar Spaans recht toepasselijke fiscale en boekhoudkundige regels heeft vastgesteld dat de regels inzake de afschrijving van financiële goodwill in de wet op de vennootschapsbelasting, zoals goedgekeurd bij koninklijk wetgevend besluit 4/2004, tot doel hebben te zorgen voor samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill, en dat de situatie van ondernemingen die in Spaanse vennootschappen investeren uit het oogpunt van dat doel vergelijkbaar is met die van ondernemingen die in niet-ingezeten vennootschappen investeren.
- 122 Het Gerecht heeft dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn eigen motivering in de plaats te stellen van die van de litigieuze beschikking.
- 123 Evenwel moet worden onderzocht of, ondanks de onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht, de tweede grief van het eerste middel dat WDFG ter ondersteuning van haar beroep voor die rechterlijke instantie heeft opgeworpen hoe dan ook moest worden afgewezen, voor zover de Commissie met die grief werd verweten niet te hebben aangetoond dat verwervingen van deelnemingen in ingezeten vennootschappen en die in niet-ingezeten vennootschappen vergelijkbaar zijn uit het oogpunt van het door de litigieuze maatregel beoogde doel om fiscale neutraliteit te verzekeren.
- 124 Het is namelijk vaste rechtspraak dat, wanneer blijkt dat de motivering van een arrest van het Gerecht in strijd is met het Unierecht, maar het dictum op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt, het arrest niet hoeft te worden vernietigd vanwege die strijdigheid (arresten van 30 september 2003, Biret International/Raad, C-93/02 P, EU:C:2003:517, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 14 oktober 2014, Buono e.a./Commissie, C-12/13 P en C-13/13 P, EU:C:2014:2284, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 125 In dit verband moet er overeenkomstig de in punt 35 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, waarnaar het Gerecht in punt 145 van het bestreden arrest terecht heeft verwezen, op worden gewezen dat het vergelijkbaarheidsonderzoek dat in de tweede fase van de selectiviteitsanalyse moet plaatsvinden, dient te worden verricht in het licht van het doel van het referentiestelsel en niet in het licht van het doel van de litigieuze maatregel.
- 126 Rekwiranten betogen in casu dat de doelstelling van het referentiestelsel, die volgens hen samenvalt met die van de litigieuze maatregel, het behoud van fiscale neutraliteit is. Zij benadrukken dat ondernemingen die deelnemingen verwerven in ingezeten vennootschappen en ondernemingen die deelnemingen verwerven in grensoverschrijdende vennootschappen zich uit het oogpunt van deze doelstelling in verschillende situaties bevinden, gelet op het bestaan van hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties.
- 127 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, kan een maatregel als die welke hier ter discussie staat, die de export beoogt te stimuleren, worden aangemerkt als selectief wanneer hij ondernemingen die grensoverschrijdende operaties – met name investeringen – verrichten, begunstigt ten nadele van andere ondernemingen die zich uit het oogpunt van het doel van de betrokken belastingregeling in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en soortgelijke transacties verrichten op het nationale grondgebied (arrest WDFG, punt 119).
- 128 In het onderhavige geval heeft het Gerecht in punt 122 van het bestreden arrest terecht vastgesteld dat de situatie van ondernemingen die deelnemingen verwerven in niet-ingezeten vennootschappen, uit het oogpunt van het doel van de fiscale behandeling van goodwill juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van ondernemingen die deelnemingen verwerven in ingezeten vennootschappen. Aangezien ondernemingen die grensoverschrijdende minderheidsdeelnemingen verwerven ook kunnen profiteren van de litigieuze maatregel, terwijl ze niet worden getroffen door de vermeende hinderpalen voor bedrijfscombinaties waar WDFG naar verwijst, kan namelijk niet worden beweerd dat de begunstigden van de betreffende maatregel zich vanwege die hinderpalen in een juridisch en feitelijk verschillende situatie bevinden ten opzichte van ondernemingen die onder de normale belastingregeling vallen.
- 129 Gelet op deze overwegingen moet worden geconcludeerd dat, ondanks de onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht bij het onderzoek naar de doelstelling van het referentiestelsel blijk heeft gegeven door zijn eigen motivering in de plaats te stellen van die van de litigieuze beschikking, 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 ongegrond moeten worden verklaard.

C. 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

1. Argumenten van partijen

- 130 Rekwiranten betogen dat het Gerecht de bewijslast heeft omgekeerd door tijdens de eerste en de tweede fase van de selectiviteitsanalyse niet te onderzoeken welke ondernemingen zich in een vergelijkbare situatie bevinden uit het oogpunt van de doelstelling van het referentiestelsel – fiscale neutraliteit – en dat onderzoek uit te stellen tot de derde fase. Volgens hen blijkt uit de

rechtspraak dat het in de eerste en de tweede fase van het onderzoek naar de selectiviteit van een maatregel aan de Commissie staat om te bewijzen dat de situaties vergelijkbaar zijn uit het oogpunt van het nagestreefde doel.

- 131 De Commissie is van mening dat de argumentatie van rekwiranten niet ontvankelijk en hoe dan ook ongegrond is.

2. Beoordeling door het Hof

- 132 In de eerste plaats moet de door de Commissie tegen het betoog van rekwiranten aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen op dezelfde gronden als die welke in de punten 56 tot en met 58 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet. Een partij is namelijk ontvankelijk wanneer zij middelen en argumenten aanvoert die voortvloeien uit het bestreden arrest zelf en ertoe strekken de gegrondheid ervan in rechte te betwisten. Rekwiranten zijn dus ontvankelijk wanneer zij de vaststellingen van het Gerecht aan de orde stellen, ongeacht of zij in eerste aanleg al dan niet argumenten hebben aangevoerd die er specifiek op gericht waren de litigieuze beschikking op dit punt aan te vechten.
- 133 Wat de gegrondheid betreft van 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, verwijten rekwiranten het Gerecht juist dat het er uitsluitend in de derde fase van het onderzoek naar de selectiviteit van de litigieuze maatregel rekening mee heeft gehouden dat deze maatregel fiscale neutraliteit nastreeft, en niet in de eerste twee fasen van die analyse.
- 134 De argumentatie van rekwiranten berust op de premisse dat het Gerecht bij de vaststelling van het doel van het referentiestelsel blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat dit doel gelegen is in de samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill en niet in de fiscale neutraliteit.
- 135 In dit verband kan echter worden volstaan met de opmerking dat, zoals blijkt uit de overwegingen in de punten 116 tot en met 129 van het onderhavige arrest, het Gerecht weliswaar ten onrechte heeft geoordeeld dat het referentiestelsel tot doel heeft de samenhang tussen de fiscale en de boekhoudkundige behandeling van goodwill te verzekeren, maar dat niet is vastgesteld dat de doelstelling van fiscale neutraliteit in de tweede fase van de selectiviteitsanalyse kan uitsluiten dat de steun selectief is.
- 136 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 afgewezen als niet ter zake dienend.

D. Vierde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG: foutieve toepassing van het evenredigheidsbeginsel

1. Argumenten van partijen

- 137 WDFG betoogt in wezen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de evenredigheid van de litigieuze maatregel te onderzoeken zonder eerst te hebben beoordeeld of de situaties in kwestie vergelijkbaar zijn uit het oogpunt van de doelstelling van het

correct vastgestelde referentiestelsel, te weten die van fiscale neutraliteit. Zij voert aan dat het onderzoek van de litigieuze maatregel uit het oogpunt van de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel in de derde fase van de selectiviteitsanalyse in het onderhavige geval geen zin heeft en iedere rechtvaardiging mist. Pas na onderzoek van de vraag of de maatregel in het licht van zijn doelstelling discriminatie veroorzaakt tussen vergelijkbare situaties moet worden onderzocht of die maatregel wordt gerechtvaardigd door het feit dat hij inherent is aan de grondbeginselen van het stelsel waar hij toe behoort, en voldoet aan de beginselen van samenhang en evenredigheid.

- 138 De Commissie stelt dat het vierde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG niet ter zake dienend en hoe dan ook ongegrond is.

2. Beoordeling door het Hof

- 139 De argumentatie van WDFG berust op de stelling dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de evenredigheid van de litigieuze maatregel pas te analyseren in de derde fase van het selectiviteitsonderzoek.

- 140 Deze argumentatie kan niet worden aanvaard. Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat de vraag of een selectief voordeel voldoet aan het evenredigheidsbeginsel gesteld wordt in de derde fase van het selectiviteitsonderzoek, in het kader waarvan wordt onderzocht of dat voordeel gerechtvaardigd wordt door de aard of de algemene opzet van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat. In deze fase wordt de lidstaat dus verzocht aan te tonen dat een verschil in behandeling dat voortvloeit uit de doelstelling van de maatregel voldoet aan het evenredigheidsbeginsel in die zin dat de maatregel niet verder gaat dan nodig is om die doelstelling te bereiken en dat de doelstelling niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt (zie in die zin arrest van 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 75).

- 141 Ook het vierde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG moet dus worden verworpen.

E. Vijfde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG: onjuiste rechtsopvatting inzake het causale verband tussen de onmogelijkheid om grensoverschrijdende fusies tot stand te brengen en de verwerving van deelnemingen in buitenlandse vennootschappen

1. Argumenten van partijen

- 142 WDFG voert in wezen aan dat het Gerecht in de motivering van het bestreden arrest inzake de derde fase van de selectiviteitsanalyse in de punten 180 tot en met 189 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door van het Koninkrijk Spanje het bewijs te eisen van een „oorzakelijk verband tussen de onmogelijkheid voor ondernemingen om een fusie in het buitenland aan te gaan en de verwerving van deelnemingen in het buitenland”. WDFG voert ten eerste aan dat met deze motivering een beoordelingselement wordt geïntroduceerd dat niet in de litigieuze beschikking wordt genoemd en dat zelfs in strijd is met de *ratio decidendi* ervan, en ten tweede dat het door het Gerecht geëiste bewijs onmogelijk kan worden geleverd.

143 De Commissie verzoekt om dit onderdeel af te wijzen.

2. Beoordeling door het Hof

- 144 In de punten 180 tot en met 189 van het bestreden arrest, waartegen het vijfde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG uitsluitend gericht is, heeft het Gerecht uiteengezet waarom het Koninkrijk Spanje niet had aangetoond dat de litigieuze maatregel de vermeende nadelen van de normale regeling niet neutraliseerde.
- 145 Het Gerecht heeft zijn analyse echter aangevuld, uitgaande van de hypothese dat dit bewijs wel was geleverd (punten 190-198 van het bestreden arrest). De gronden van het bestreden arrest waartegen het vijfde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG gericht is, zijn dus niet de enige waarop het Gerecht zijn conclusie heeft gebaseerd dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat het Koninkrijk Spanje het door de litigieuze maatregel ingevoerde onderscheid niet heeft gerechtvaardigd.
- 146 Volgens de rechtspraak is een middel dat gericht is tegen een overweging van een bestreden arrest waarvan het dictum rechtens genoegzaam op andere rechtsoverwegingen is gebaseerd, in het kader van een hogere voorziening niet ter zake dienend, zodat het moet worden afgewezen. Zelfs gesteld dat het vijfde onderdeel in casu gegrond is, moet het als niet ter zake dienend worden afgewezen omdat het niet tot vernietiging van het bestreden arrest kan leiden, aangezien bovengenoemde conclusie ook op andere overwegingen berust (zie in die zin arrest van 29 maart 2011, *Anheuser-Busch/Budějovický Budvar*, C-96/09 P, EU:C:2011:189, punt 211 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 147 Hieruit volgt dat het vijfde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG moet worden afgewezen als niet ter zake dienend.

F. Zesde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG: onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de vraag of de litigieuze maatregel kan worden opgesplitst op basis van het zeggenschapspercentage

1. Argumenten van partijen

- 148 WDFG verwijt het Gerecht dat het haar middel heeft afgewezen waarmee zij aanvoert dat de Commissie in haar analyse geen onderscheid heeft gemaakt tussen de verwerving van minderheidsdeelnemingen en die van meerderheidsdeelnemingen. Ten eerste benadrukt WDFG dat alle operaties die zij in het kader van de litigieuze maatregel heeft verricht, hebben geleid tot de verkrijging van zeggenschap over de beoogde vennootschap, en ten tweede dat het Koninkrijk Spanje de Commissie had verzocht de twee soorten deelnemingen afzonderlijk te analyseren. Volgens WDFG volgt uit de rechtspraak dat de Commissie, indien de betrokken lidstaat daarom vraagt, de analyse van de onderzochte maatregel moet opsplitsen. Dat de litigieuze maatregel kan worden opgedeeld blijkt volgens haar uit de wijze waarop de Commissie de analyse van deze maatregel procedureel heeft afgehandeld. Deze afhandeling heeft geleid tot drie verschillende besluiten.

2. *Beoordeling door het Hof*

- 149 Met het zesde onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening bekritiseert WDFG de punten 206 tot en met 215 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft onderzocht of de Commissie gehouden was een onderscheid te maken tussen de verschillende operaties die voor toepassing van de litigieuze maatregel in aanmerking kwamen.
- 150 In casu moet worden vastgesteld dat de overwegingen in deze punten van het bestreden arrest, die een antwoord beogen te vormen op het betoog van WDFG dat de Commissie een onderscheid had moeten maken tussen verwervingen van zeggenschapsdeelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen en andere verwervingen van deelnemingen en op grond daarvan had moeten vaststellen dat de toepassing van de litigieuze maatregel in het eerste geval geen staatssteun inhield, slechts ten overvloede zijn uiteengezet.
- 151 Het argument van WDFG dat de Commissie gehouden was om een dergelijk onderscheid te maken, is namelijk primair verworpen in punt 205 van het bestreden arrest. Het Gerecht heeft daarin in wezen geoordeeld dat het gebrek aan samenhang dat de fiscale behandeling van goodwill ten gevolge van de litigieuze maatregel vertoont ook zou bestaan als die maatregel slechts ten goede kwam aan meerderheidsdeelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen.
- 152 Zoals in punt 146 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, is een middel dat gericht is tegen een ten overvloede aangevoerde overweging van een bestreden arrest waarvan het dictum rechtens genoegzaam is gebaseerd op andere rechtsoverwegingen, in het kader van een hogere voorziening niet ter zake dienend en moet het dus worden afgewezen.
- 153 Hoe dan ook is het betoog van WDFG in het kader van het zesde onderdeel van haar enige middel in hogere voorziening ongegrond.
- 154 De Commissie heeft weliswaar in het kader van de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid de mogelijkheid om in het besluit dat zij na afloop van haar onderzoek vaststelt een onderscheid te maken tussen de begunstigden van de aangemelde steunregeling, gelet op bepaalde kenmerken die zij vertonen of de voorwaarden waaraan zij voldoen. Zoals het Gerecht in punt 206 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, was het daarentegen niet de taak van de Commissie om in de litigieuze beschikking voorwaarden voor de toepassing van de litigieuze maatregel vast te stellen die het voor haar in bepaalde gevallen mogelijk hadden gemaakt om die maatregel niet als steun aan te merken. Een dergelijke kwestie dient namelijk te worden behandeld in het kader van de dialoog tussen de Spaanse autoriteiten en de Commissie naar aanleiding van de aanmelding van de betreffende regeling, die vóór de uitvoering daarvan had moeten plaatsvinden.
- 155 In de onderhavige zaak heeft WDFG in het kader van haar beroep in eerste aanleg de Commissie in wezen verweten dat zij heeft nagelaten onderscheid te maken tussen verwervingen van zeggenschapsdeelnemingen in niet-ingezeten vennootschappen en andere verwervingen van deelnemingen, en aldus niet heeft vastgesteld dat de toepassing van de litigieuze maatregel in het eerste geval geen staatssteun inhield. Het Gerecht heeft in punt 212 van het bestreden arrest met betrekking tot de vraag of het uit de betreffende maatregel voortvloeiende verschil in behandeling gerechtvaardigd is, in herinnering gebracht dat het aan de betrokken lidstaat is om te bewijzen dat dit het geval is en om de inhoud van de betreffende maatregel of de voorwaarden voor de toepassing ervan aan te passen indien blijkt dat die maatregel slechts gedeeltelijk gerechtvaardigd is. Het Gerecht heeft dus zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting in punt 214 van het bestreden arrest vastgesteld dat, gesteld al dat de Commissie en het Koninkrijk Spanje op

basis van gedocumenteerde verzoeken die door deze lidstaat zijn ingediend, specifieke discussies zouden hebben gevoerd over het door de Commissie in het kader van de formele onderzoeksprocedure verrichte onderzoek van het geval waarin meerderheidsdeelnemingen worden verworven, de grief van WDFG in de omstandigheden van de onderhavige zaak hoe dan ook moest worden afgewezen.

- 156 Het zesde onderdeel van het enige middel in hogere voorziening van WDFG moet dus als niet ter zake dienend worden afgewezen en hoe dan ook ongegrond worden verklaard.
- 157 Aangezien geen van de onderdelen van het enige middel dat rekwiranten ter ondersteuning van hun respectieve hogere voorzieningen hebben aangevoerd, is aanvaard, moeten deze hogere voorzieningen in hun geheel worden afgewezen.

V. Kosten

- 158 Krachtens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Volgens artikel 138, lid 1, van dat Reglement voor de procesvoering, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.
- 159 Aangezien de Commissie in de onderhavige zaak heeft gevorderd dat rekwiranten in de kosten worden verwezen en zij in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij worden verwezen in de kosten van de onderhavige hogere voorzieningen en van de procedures voor het Gerecht.
- 160 Volgens artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, dragen de lidstaten die in het geding hebben geïntervenieerd hun eigen kosten. De Bondsrepubliek Duitsland, die heeft geïntervenieerd in het kader van het beroep bij het Gerecht en heeft deelgenomen aan de procedure bij het Hof, zal dus haar eigen kosten dragen.

Het Hof (Grote kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorzieningen worden afgewezen.**
- 2) World Duty Free Group SA en het Koninkrijk Spanje worden verwezen in hun eigen kosten en in die van de Europese Commissie.**
- 3) De Bondsrepubliek Duitsland draagt haar eigen kosten.**

ondertekeningen