



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
N. WAHL  
van 20 december 2017<sup>1</sup>

### Zaak C-203/16 P

**Dirk Andres (curator van Heitkamp BauHolding GmbH), voorheen Heitkamp BauHolding GmbH  
tegen**

### Europese Commissie

„Hogere voorziening – Staatssteun – Duitse wettelijke belastingregeling betreffende de overdracht van de verliezen naar toekomstige belastingjaren – Besluit waarbij de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Beroep tot nietigverklaring – Ontvankelijkheid – Artikel 263, vierde alinea, VWEU – Individueel geraakt – Begrip staatssteun – Selectief karakter – Referentiestelsel – Vergelijking – Rechtvaardiging”

1. Met zijn hogere voorziening verzoekt de curator van Heitkamp BauHolding GmbH (hierna: „rekwirant” of „HBH”) het Hof, het arrest van het Gerecht in zaak T-287/11 te vernietigen.<sup>2</sup> In dit arrest heeft het Gerecht verwerpend beslist op het door rekwirant ingestelde beroep tot nietigverklaring van besluit 2011/527/EU van de Commissie<sup>3</sup> betreffende de steunmaatregel die Duitsland ten uitvoer had gelegd op grond van een regeling volgens welke verliezen kunnen worden overgedragen in geval van sanering van ondernemingen in moeilijkheden.
2. In de hogere voorziening worden twee vragen aan de orde gesteld die de kern van het Unierecht inzake staatssteun raken.
3. De eerste vraag is een procedurele vraag en betreft de in artikel 263, vierde alinea, VWEU geformuleerde voorwaarden voor procesbevoegdheid van particulieren: wordt rekwirant individueel geraakt door het litigieuze besluit in de zin van de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van het Hof in de zaak Plaumann?<sup>4</sup> Wanneer meer in het bijzonder een uit de bestreden nationale maatregel voortvloeiende belastingbesparing niet bij een definitieve belastingaanslag is vastgesteld, kan een onderneming dan niettemin voldoen aan het criterium van individuele geraaktheid? In dat verband wordt het Hof in deze zaak de mogelijkheid geboden om in het kader van belastingmaatregelen te oordelen over het beweerdelijk onduidelijke onderscheid tussen ondernemingen met procesbevoegdheid en ondernemingen zonder procesbevoegdheid.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Arrest van 4 februari 2016, Heitkamp BauHolding/Commissie, T-287/11, EU:T:2016:60 (hierna: „bestreden arrest”).

3 Besluit van de Commissie van 26 januari 2011 betreffende de steunmaatregel van Duitsland C 7/10 (ex CP 250/09 en NN 5/10) „KStG, Sanierungsklausel” (PB 2011, L 235, blz. 26; hierna: „litigieus besluit”).

4 Arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, EU:C:1963:17.

4. De tweede vraag is een materiële vraag en heeft betrekking op de wezenlijke bestanddelen van staatssteun. Hoe dient het begrip selectiviteit te worden uitgelegd binnen de specifieke context van maatregelen op het gebied van directe belastingen? Ten gevolge op het arrest *World Duty Free*<sup>5</sup> kan het Hof in deze zaak een leidraad geven over de parameters aan de hand waarvan het normale belastingstelsel (het referentiestelsel) wordt vastgesteld. Deze vraag is in het bijzonder van belang aangezien het referentiestelsel de benchmark vormt voor het beoordelen of een belastingmaatregel selectief is.<sup>6</sup>

## I. Achtergrond van de zaak

5. Met betrekking tot de achtergrond van de onderhavige zaak blijkt uit het litigieuze besluit en uit het bestreden arrest het volgende.

### A. Nationale bepalingen

6. In Duitsland is de belasting van rechtspersonen voornamelijk gebaseerd op het *Einkommensteuergesetz* (wet inkomstenbelasting) en het *Körperschaftsteuergesetz* (wet vennootschapsbelasting; hierna: „KStG”).

7. Overeenkomstig § 10d (2) van de wet inkomstenbelasting mogen de in de loop van een belastingjaar gemaakte verliezen worden overgedragen op latere belastingjaren, wat betekent dat de verliezen kunnen worden afgetrokken van de belastbare inkomsten van de volgende jaren (hierna: „regel van overdracht van de verliezen”). Op grond van § 8 (1) KStG geldt de regel van overdracht van de verliezen ook voor ondernemingen die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

8. De mogelijkheid om verliezen over te dragen, leidde ertoe dat „lege vennootschappen” uitsluitend voor verlaging van de belastingschuld werden overgenomen. Deze vennootschappen hadden hun bedrijfsactiviteit al enige tijd stopgezet, maar beschikten nog over overgedragen verliezen.

9. Om de handel in dergelijke vennootschappen tegen te gaan, is in 1997 § 8 (4) KStG ingevoerd. Deze bepaling beperkte de overdracht van de verliezen tot de ondernemingen die juridisch en economisch identiek waren aan de ondernemingen die de verliezen hadden gemaakt (hierna: „oude regel van het laten vervallen van de verliezen”). Deze bepaling bevatte weliswaar geen definitie van het begrip „economisch identiek”, maar wel één negatief voorbeeld en twee positieve voorbeelden:

- (a) van economische identiteit is geen sprake wanneer meer dan de helft van de aandelen van een kapitaalvennootschap wordt overgedragen en de kapitaalvennootschap haar bedrijfsactiviteiten met overwegend nieuw bedrijfskapitaal voortzet of opnieuw opneemt;
- (b) van economische identiteit is daarentegen wél sprake wanneer de inbreng van nieuw bedrijfskapitaal alleen dient voor de sanering van de entiteit die de verliezen maakt, en de vennootschap de bedrijfsactiviteiten tijdens de vijf volgende jaren in een, alle economische verhoudingen in acht genomen, vergelijkbare omvang voortzet;
- (c) van economische identiteit is eveneens sprake wanneer de overnemer, in plaats van nieuw bedrijfskapitaal in te brengen, de verliezen compenseert die de met verlies werkende onderneming heeft opgelopen.

5 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.

6 Arresten van 6 september 2006, Portugal/*Commissie*, C-88/03, EU:C:2006:511, punt 56, en 21 december 2016, Commissie/*Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 55.

10. De uitzondering op het laten vervallen van de verliezen (punten b en c) werd gewoonlijk de *Sanierungsklausel* genoemd, een regeling op grond waarvan sanering van verlieslijdende vennootschappen kon plaatsvinden.

11. In januari 2008 werd de oude, in § 8 (4) van het KStG neergelegde regel van het laten vervallen van de verliezen ingetrokken en werd in het KStG een nieuwe § 8c, lid 1, ingevoegd (hierna: „regel van het laten vervallen van de verliezen”). Deze bepaling beperkte de mogelijkheid van overdracht van de verliezen in geval van verwerving van minimaal 25 % van de aandelen van een vennootschap (hierna: „schadelijke deelneming”). Meer bepaald gold dat indien meer dan 25 %, maar maximaal 50 %, van het maatschappelijk kapitaal, van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten wordt overgedragen, de onbenutte verliezen evenredig met de procentuele wijziging van de samenstelling van de aandeelhouders vervallen. Wanneer meer dan 50 % van het maatschappelijk kapitaal, van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap aan een overnemer wordt overgedragen, vervallen de verliezen volledig.

12. Toen de regel van het laten vervallen van de verliezen van kracht werd, voorzag deze niet in uitzonderingen. De belastingautoriteiten konden echter, in geval van een schadelijke deelneming ter sanering van een onderneming in moeilijkheden, naar billijkheid belastingvrijstelling toekennen op grond van het saneringsdecreet van het Duitse ministerie van Financiën van 27 maart 2003.

13. In juni 2009 is § 8c (1a) in het KStG ingevoegd, volgens welke overdracht van de verliezen mogelijk blijft in geval van een onderneming in moeilijkheden met het oog op de sanering ervan wordt overgenomen (hierna: „saneringsclausule” of „litigieuze maatregel”).

14. Meer bepaald kan volgens deze clausule een overgenomen entiteit ook in geval van een schadelijke deelneming de verliezen overdragen onder de volgende voorwaarden: (i) de aandelen worden verworven met het oog op sanering van de vennootschap; (ii) ten tijde van de verwerving is de onderneming insolvent of torst zij een te zware schuldenlast, of dreigt zij insolvent te worden of een te zware schuldenlast te torsen; (iii) de essentiële bedrijfsstructuren worden behouden; (iv) binnen vijf jaar na de verwerving vindt geen overschakeling naar een andere sector plaats, en (v) ten tijde van de verwerving had de onderneming haar bedrijfsactiviteiten niet stopgezet.

15. De saneringsclausule is op 10 juli 2009 in werking getreden met terugwerkende kracht tot 1 januari 2008, dat wil zeggen tot op de datum van inwerkingtreding van de regel van het laten vervallen van de verliezen.

## **B. Litigieus besluit**

16. Het litigieuze besluit is vastgesteld op 26 januari 2011. Volgens artikel 1 daarvan is de op grond van § 8c (1a) van het KStG toegekende staatssteun die Duitsland in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU onrechtmatig heeft verleend, onverenigbaar met de interne markt.

17. Met betrekking tot het bestaan van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU heeft de Commissie met name geoordeeld dat de saneringsclausule een uitzondering vormde op de algemene regel van verval van de onbenutte verliezen van vennootschappen waarvan de samenstelling van de aandeelhouders was veranderd. Die clausule kon volgens Commissie een selectief voordeel verlenen aan de vennootschappen die voldeden aan de voorwaarden om daarvoor in aanmerking te komen. Dat verschil in behandeling werd niet gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het stelsel. Volgens het litigieuze besluit was de saneringsclausule bovendien bedoeld om de uit de economische en financiële crisis voortvloeiende problemen aan te pakken, en ligt dat doel buiten het belastingstelsel.

18. In de artikelen 2 en 3 van het litigieuze besluit werd vastgesteld dat de krachtens § 8c (1a) van de saneringsregeling verleende beperkte individuele steun aan bepaalde begunstigden niettemin verenigbaar was met de interne markt, mits aan bepaalde voorwaarden was voldaan.

19. In de artikelen 4 en 6 van het litigieuze besluit heeft de Commissie Duitsland gelast de onverenigbare steun die onder de litigieuze maatregel was verleend, terug te vorderen van de begunstigden en een lijst van de begunstigden van de steunregeling aan de Commissie te verstrekken.

### **C. Aan de hogere voorziening ten grondslag liggende feiten**

20. Toen het litigieuze besluit werd vastgesteld, dreigde HBH insolvent te worden. Op 20 februari 2009 heeft de moedermaatschappij van HBH, Heitkamp KG, de aandelen van HBH overgenomen met het oog op fusie van de twee vennootschappen. Ten tijde van die verrichting voldeed rekwirant aan de voorwaarden voor toepassing van de saneringsclausule, zoals blijkt uit een bindende inlichting van het Finanzamt Herne (belastingdienst Herne, Duitsland) van 11 november 2009 (hierna: „bindende inlichting”). Op 29 april 2010 heeft rekwirant van de belastingdienst een vooruitbetalingsaanslag in de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 2009 ontvangen, waarin rekening was gehouden met de op grond van de saneringsclausule overgedragen verliezen.

21. Op 24 februari 2010 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland in kennis gesteld van haar beslissing om de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden met betrekking tot de litigieuze maatregel. Het Duitse ministerie van Financiën heeft de belastingdienst bij brief van 30 april 2010 gelast, de saneringsclausule niet meer toe te passen.

22. Op 27 december 2010 werd de vooruitbetalingsaanslag van 29 april 2010 vervangen door een nieuwe vooruitbetalingsaanslag in de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 2009, waarin geen rekening was gehouden met de saneringsclausule.

23. Op 1 april 2011 heeft HBH de aanslagen in de vennootschapsbelasting en in de bedrijfsbelasting voor het belastingjaar 2009 ontvangen. Omdat de saneringsclausule niet was toegepast, heeft rekwirant zijn op 31 december 2008 bestaande verliezen niet kunnen overdragen.

24. Op 19 april 2011 heeft de belastingdienst de bindende inlichting ingetrokken.

25. Op 22 juli 2011 heeft de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie overeenkomstig de bepalingen van het litigieuze besluit de lijst meegedeeld van de ondernemingen die het voordeel van de litigieuze maatregel hadden genoten. De Bondsrepubliek heeft de Commissie tevens een lijst meegedeeld van de ondernemingen waarvoor bindende inlichtingen betreffende de toepassing van de saneringsclausule waren ingetrokken. HBH stond op deze laatste lijst.

26. Rekwirant heeft bezwaar bij de belastingdienst ingediend en beroep bij de voor belastingzaken bevoegde rechterlijke instantie ingesteld tegen bovengenoemde vooruitbetalingsaanslagen en belastingaanslagen. Bij beschikking van 1 augustus 2011 heeft het Finanzgericht Münster (belastingrechter Münster, Duitsland) opschorting van de tenuitvoerlegging van die aanslagen verleend.

### **II. Procedure voor het Gerecht en bestreden arrest**

27. Bij verzoekschrift van 6 juni 2011 heeft HBH bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

28. Bij afzonderlijke akte van 16 september 2011 heeft de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.

29. Bij akte van 29 augustus 2011 heeft de Bondsrepubliek Duitsland om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van rekwirant verzocht. Bij beschikking van 5 oktober 2011 heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht deze interventie toegestaan.

30. Bij beschikking van 21 mei 2014 is de exceptie van niet-ontvankelijkheid bij de zaak ten gronde gevoegd.

31. Ter ondersteuning van zijn beroep voerde HBH twee gronden aan: enerzijds dat de litigieuze maatregel niet selectief was en anderzijds dat deze niet werd gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het stelsel.

32. Met betrekking tot haar exceptie van niet-ontvankelijkheid voerde de Commissie aan dat HBH geen procesbevoegdheid in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU had. Meer bepaald stelde zij dat HBH niet individueel werd geraakt door het litigieuze besluit en dat het litigieuze besluit uitvoeringsmaatregelen vergde. Daarnaast stelde de Commissie dat HBH geen begunstigde van de steun was en daarom geen procesbelang had.

33. In het bestreden arrest heeft het Gerecht eerst de exceptie van niet-ontvankelijkheid afgewezen. In het kader daarvan heeft het Gerecht geoordeeld dat HBH rechtstreeks en individueel werd geraakt door het litigieuze besluit. Het Gerecht heeft vervolgens het beroep van HBH ongegrond verklaard.

### **III. Procedure voor het Hof en conclusies van partijen**

34. Met zijn hogere voorziening verzoekt HBH het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen voor zover het Gerecht het beroep ongegrond heeft verklaard (punten 2 en 3 van het dictum van het arrest) en het litigieuze besluit nietig te verklaren;
- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen voor zover het Gerecht het beroep ongegrond heeft verklaard (punten 2 en 3 van het dictum van het arrest) en de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

35. De Commissie verzoekt het Hof, de hogere voorziening af te wijzen en HBH te verwijzen in de kosten.

36. Met haar incidentele hogere voorziening verzoekt de Commissie het Hof:

- punt 1 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen;
- het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk te verklaren;
- de hogere voorziening af te wijzen;
- punt 3 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen en de Commissie te verwijzen in een derde van haar kosten;
- HBH te verwijzen in de kosten van de procedure voor het Gerecht en het Hof.

37. HBH verzoekt het Hof, de incidentele hogere voorziening af te wijzen en de Commissie te verwijzen in de kosten.

38. HBH, de Commissie en de Duitse regering hebben pleidooi gehouden ter terechtzitting van 19 oktober 2017.

#### IV. Analyse

39. HBH voert ter ondersteuning van haar hogere voorziening twee middelen aan. Het eerste middel is dat het Gerecht in het bestreden arrest de motiveringsplicht niet is nagekomen. Het bestreden arrest zou berusten op een ontoereikende of tegenstrijdige motivering. Het tweede middel is dat het Gerecht artikel 107, lid 1, VWEU heeft geschonden. HBH voert aan dat het recht op verschillende punten onjuist is toegepast bij de beoordeling of de litigieuze maatregel selectief is.

40. De Commissie vordert, beide middelen niet-ontvankelijk of ongegrond te verklaren.

41. De Commissie heeft tevens incidentele hogere voorziening ingesteld tegen het bestreden arrest. Zij voert in haar ene middel van hogere voorziening aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven een onjuiste rechtsopvatting door het beroep door HBH ingestelde beroep tot nietigverklaring ontvankelijk te verklaren. HBH zou namelijk geen procesbevoegdheid hebben omdat hij door het litigieuze besluit niet individueel wordt geraakt. Het beroep in eerste aanleg van HBH had daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

42. Volgens HBH moet de incidentele hogere voorziening ongegrond worden verklaard.

43. Om procedurele redenen zal ik eerst de incidentele hogere voorziening behandelen.

#### **A. Incidentele hogere voorziening: wordt rekwirant door het litigieuze besluit individueel geraakt?**

44. Volgens de Commissie heeft het Gerecht in het bestreden arrest het begrip individueel geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU onjuist uitgelegd.<sup>7</sup> Met name doordat daarin wordt geoordeeld dat HBH procesbevoegdheid heeft, wijkt het bestreden arrest af van de vaste rechtspraak van het Hof met betrekking tot dat criterium in de specifieke context van een beroep tot nietigverklaring van een besluit van de Commissie waarbij steunregelingen onverenigbaar met de interne markt worden verklaard.

45. De Commissie stelt dat het in de rechtspraak gemaakte duidelijke onderscheid tussen feitelijke begunstigden van de steun, die procesbevoegdheid hebben, en mogelijke toekomstige begunstigden, die geen procesbevoegdheid hebben, in de het bestreden arrest onjuist is opgevat. Meer bepaald komt zij op tegen het feit dat het Gerecht bij zijn toetsing aan het criterium van individuele geraaktheid ervan is uitgegaan dat HBH een „verworven recht” op een belastingbesparing had.

46. HBH is het hier niet mee eens.

47. Ik begin met enkele inleidende opmerkingen over het criterium van individuele geraaktheid in de specifieke context van de regels inzake staatssteun om toe te lichten waarom HBH volgens mij over procesbevoegdheid beschikt.

<sup>7</sup> Punten 50-79 van het bestreden arrest.



## **1. Inleidende opmerkingen over het criterium van individuele geraaktheid in het kader van de regels inzake staatssteun**

48. Toegang tot de rechter en dus het rechterlijk toezicht vormen de basis van een rechtssysteem dat is gebaseerd op het beginsel van verantwoordingsplicht en op de rule of law. De vraag betreffende de procesbevoegdheid van particulieren binnen het Unierecht heeft daarom niet voor niets sinds het invloedrijke arrest van het Hof in de zaak Plaumann (zo al niet eerder) de aandacht van de rechtsgemeenschap van de Unie.<sup>8</sup> Dit arrest heeft de grondslagen gelegd waarop nog steeds kan worden gesteund bij de uitlegging van de in artikel 263, vierde alinea, VWEU geformuleerde voorwaarden voor procesbevoegdheid.

49. Algemeen geldt namelijk dat voor het instellen van een beroep tegen handelingen van de instellingen van de Unie een particulier tot wie de betrokken handeling niet is gericht, dient aan te tonen dat hij door die handeling rechtstreeks en individueel wordt geraakt. Dit alleen anders in het specifieke geval van een regelgevingshandeling die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU. In geval van dergelijke regelgevingshandelingen hoeft alleen de rechtstreekse geraaktheid te worden vastgesteld.

50. Met betrekking tot een besluit inzake staatssteun moet een onderneming die een beroep tot nietigverklaring wil instellen tegen een besluit van de Commissie waarin wordt vastgesteld dat steun onverenigbaar is met de interne markt, echter aantonen dat zij rechtstreeks en individueel wordt geraakt.<sup>9</sup>

51. Het Hof heeft gekozen voor een strikte aanpak van de voorwaarden voor procesbevoegdheid van particulieren. Het is met name moeilijk om aan de voorwaarde van individuele geraaktheid te voldoen.

52. In het arrest Plaumann heeft het Hof geoordeeld dat zij die niet de adressaten van een besluit zijn, slechts kunnen stellen dat zij individueel worden geraakt indien dit besluit hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat.<sup>10</sup>

53. Het Hof houdt onverzettelijk vast aan zijn benadering, ondanks verzoeken om dat criterium opnieuw te overwegen en voorstellen voor alternatieven daarvoor.<sup>11</sup>

54. Het criterium is ook aangepast aan de bijzondere context van het recht inzake staatssteun, waar de besluiten van de Commissie alleen tot de betrokken lidstaten zijn gericht.

<sup>8</sup> Arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, EU:C:1963:17.

<sup>9</sup> Opgemerkt zij dat het Gerecht onlangs heeft geoordeeld dat een besluit van de Commissie – waarin deze enerzijds vaststelt dat er sprake is van staatssteun en anderzijds dat de steun onverenigbaar is met de interne markt, maar waarin deze geen terugvordering gelast – een regelgevingshandeling is, maar geen uitvoeringsmaatregelen meebrengt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU. Zie arresten van 15 september 2016, Ferracci/Commissie, T-219/13, EU:T:2016:485, punten 50-55, en Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484. Over dit punt moet het Hof echter nog in hogere voorziening uitspraak doen (Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, C-622/16; Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori, C-623/16, en Commissie/Ferracci, C-624/16, aanhangig).

<sup>10</sup> Arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, EU:C:1963:17, blz. 232.

<sup>11</sup> Met name de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, EU:C:2002:197, punten 59 e.v., en arrest van 3 mei 2002, Jégo-Quéré/Commissie, T-177/01, EU:T:2002:112, punt 49. De wetgever staat daarentegen meer open voor een eventuele versoepeling van de voorwaarden voor de procesbevoegdheid van particulieren. Dit blijkt uit de invoering van de categorie „regelgevingshandelingen” in artikel 263, vierde alinea, VWEU door het Verdrag van Lissabon.

55. In deze bijzondere context volstaat het niet dat een onderneming die beroep wil instellen tegen een besluit van de Commissie houdende verbod van een steunregeling, tot de bedoelde sector behoort en potentieel begunstigde van die regeling is, opdat die onderneming voldoet aan de voorwaarde van individuele geraaktheid.<sup>12</sup> In dit verband heeft het Hof toegelicht dat het feit dat de identiteit van de rechtssubjecten waarop een maatregel van toepassing is, min of meer nauwkeurig kan worden bepaald, niet automatisch inhoudt dat deze subjecten door die maatregel individueel worden geraakt.<sup>13</sup>

56. Meer bepaald vereist individuele geraaktheid dat er op het ogenblik waarop het litigieuze besluit wordt vastgesteld, sprake is van een gesloten, identificeerbare groep.<sup>14</sup> Dat is met name het geval bij feitelijke begunstigten van een steunregeling, dat wil zeggen de ondernemingen die een voordeel hebben genoten.<sup>15</sup> Dat is echter niet het enige geval. Het Hof heeft ook, onder bepaalde specifieke omstandigheden, door concurrenten van begunstigten van steunmaatregelen ingestelde beroepen ontvankelijk verklaard.<sup>16</sup>

57. Uit de *modus operandi* die het Hof bij staatssteun volgt, blijkt namelijk dat aan de voorwaarde van individuele geraaktheid in de zin van het arrest Plaumann is voldaan wanneer de particulier op grond van zekere bijzondere hoedanigheden kan worden geïndividualiseerd. Deze hoedanigheden kunnen onder meer betrekking hebben op de materiële gevolgen van de steun voor de positie van de concurrent op de markt of op het feit dat de onderneming daadwerkelijk een positief voordeel heeft genoten uit staatsmiddelen.

58. In het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat, gelet op de specifieke feitelijke en juridische situatie van HBH, deze onderneming door het litigieuze besluit individueel was geraakt in de zin van het arrest Plaumann. Het Gerecht baseerde die slotsom op het feit dat HBH tegen het einde van het belastingjaar (2009) voordeel zou hebben gehaald uit de saneringsclausule. De Duitse autoriteiten hadden geen speelruimte met betrekking tot de toepassing van de clausule. In dat verband legde het Gerecht vooral de nadruk op het „verworven recht” van HBH, dat de Duitse autoriteiten door middel van de bindende inlichtingen hadden erkend. Hiermee onderscheidt HBH zich van andere ondernemingen die voldeden aan de voorwaarden om het voordeel van de saneringsclausule te genieten.<sup>17</sup>

59. De Commissie is van mening dat het Gerecht daarmee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Anders dan de Commissie suggereert, is vaststellen of een particulier individueel wordt geraakt door een besluit van de Commissie op het gebied van staatssteun, geenszins een kwestie van optellen en aftrekken: de rechtspraak gaat niet uit van een binaire logica die berust op het onderscheid tussen mogelijke en daadwerkelijke begunstigten. Zoals ik hieronder zal aantonen, is volgens het Plaumann-criterium – zoals toegepast in het kader van de regels inzake staatssteun – doorslaggevend dat de verzoeker op grond van bijzondere kenmerken kan worden onderscheiden van andere ondernemingen. Deze kenmerken verschillen per geval.

12 Zie onder meer arresten van 2 februari 1988, *Kwekerij van der Kooy e.a./Commissie*, C-67/85, C-68/85 en C-70/85, EU:C:1988:38, punt 15; 19 oktober 2000, *Italië en Sardegna Lines/Commissie*, C-15/98 en C-105/99, EU:C:2000:570, punt 33, en 19 december 2013, *Telefónica/Commissie*, C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 49.

13 Arrest van 22 november 2001, *Antillean Rice Mills/Raad*, C-451/98, EU:C:2001:622, punt 52.

14 Arresten van 27 februari 2014, *Stichting Woonpunt e.a./Commissie*, C-132/12 P, EU:C:2014:100, punten 59-62, en 27 februari 2014, *Stichting Woonlinie e.a./Commissie*, C-133/12 P, EU:C:2014:105, punten 46-49.

15 Arrest van 9 juni 2011, *Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie*, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, EU:C:2011:368, punt 53.

16 Zie bijvoorbeeld arresten van 28 januari 1986, *COFAZ e.a./Commissie*, C-169/84, EU:C:1986:42, punt 25; van 19 mei 1993, *Cook/Commissie*, C-198/91, EU:C:1993:197, punt 23; 13 december 2005, *Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, EU:C:2005:761, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 juli 2009, *3F/Commissie*, C-319/07 P, EU:C:2009:435, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

17 Punten 66-79 van het bestreden arrest.



## **2. Vaststelling van individuele geraaktheid in het kader van belastingmaatregelen: de onderhavige zaak**

60. Zoals uit de onderhavige zaak blijkt, bestaat er onenigheid over de wijze waarop het begrip daadwerkelijk begunstigden van steun in de context van belastingheffing moet worden uitgelegd. Het kan in deze context immers zeer moeilijk zijn een duidelijk onderscheid te maken tussen mogelijke en daadwerkelijke begunstigden. De reden hiervoor is dat belastingmaatregelen zelden een concrete betaling van steun inhouden.

61. De Commissie betoogt, zakelijk weergegeven, dat dit onderscheid van essentieel belang is, omdat alleen feitelijk begunstigden die daadwerkelijk steun hebben ontvangen, voldoen aan het criterium van individuele geraaktheid. Alleen die begunstigden kunnen een beroep tot nietigverklaring instellen tegen een besluit waarbij de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard.

62. De rechtspraak biedt geen steun voor het standpunt van de Commissie. Mijns inziens is de wijze waarop de Commissie uit de rechtspraak van het Hof een regel van algemene strekking probeert af te leiden die er simpelweg niet is, nogal gekunsteld.

63. Ter ondersteuning van haar standpunt beroept de Commissie zich vooral op twee groepen arresten. Zij baseert haar uitlegging op de rechtspraak die voortvloeit uit de arresten van het Hof in de zaken Italië en Sardegna Lines<sup>18</sup> en Comitato „Venezia vuole vivere”<sup>19</sup>. In beide zaken aanvaardde het Hof dat begunstigden van uit hoofde van een steunregeling toegekende individuele steun waarvan de Commissie de terugvordering had gelast, individueel werden geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU. Daarnaast vloeit uit het arrest Italië en Sardegna Lines voort dat in tegenstelling tot deze begunstigden, potentieel begunstigden die slechts tot de betrokken sector behoren, geen procesbevoegdheid hebben.<sup>20</sup>

64. De lessen die uit deze arresten kunnen worden getrokken, zijn naar mijn mening beperkt. Enerzijds bevestigen deze arresten dat daadwerkelijk begunstigden van steun (dat wil zeggen degenen die feitelijk steun hebben ontvangen waarvan de terugvordering is gelast) beroep kunnen instellen tegen een besluit waarbij de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard. Anderzijds is dat niet het geval met ondernemingen die slechts potentieel toekomstige begunstigden van een steunregeling zijn.

65. De inherente logica hiervan is, dat de groep daadwerkelijk begunstigden, in de zin van het arrest Plaumann, kan worden onderscheiden van ondernemingen die geen steun hebben ontvangen. Dit onderscheid is inderdaad bijzonder nuttig in het kader van steunregelingen waarbij staatsmiddelen worden overdragen aan de betrokken ondernemingen.

66. Naar mijn mening kan uit deze zaken echter geen definitieve slotsom worden getrokken met betrekking tot andere ondernemingen die onder bepaalde omstandigheden individueel kunnen worden geraakt door een besluit waarbij steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard.

67. Eigenlijk is het onderscheid tussen daadwerkelijk en potentieel begunstigden slechts een terminologisch hulpmiddel om bepaalde categorieën ondernemingen die al dan niet individueel worden geraakt door een dergelijk besluit, in abstracto te onderscheiden.

18 Arrest van 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie, C-15/98 en C-105/99, EU:C:2000:570.

19 Arrest van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, EU:C:2011:368.

20 Arresten van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, EU:C:2011:368, punt 53, en 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie, C-15/98 en C-105/99, EU:C:2000:570, punten 33 en 34.

68. Volgens mij is het toepasselijke juridische criterium nog steeds dat van het arrest Plaumann: behoort rekwirant tot een gesloten kring die kan worden geïdentificeerd door bijzondere hoedanigheden waarmee hij zich onderscheidt van anderen?

69. Vanuit dat oogpunt is het duidelijk dat andere hoedanigheden dan de hoedanigheid van de verzoeker als een daadwerkelijk begunstigde van de steun, van belang kunnen zijn voor die beoordeling. Welke deze hoedanigheden zijn, is uiteraard een vraag die niet in abstracto kan worden beantwoord. Deze beoordeling is integendeel sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

70. Tegen deze achtergrond kan ik het argument van de Commissie dat de arresten België en Forum 187<sup>21</sup> en FrieslandCampina<sup>22</sup> in de onderhavige omstandigheden niet kunnen worden ingeroepen, moeilijk aanvaarden. Uit deze zaken, die zijn ontstaan in het kader van overgangsmatregelen inzake met de interne markt onverenigbaar verklaarde steun, blijkt dat het Hof bereid is te oordelen dat verzoekers die de nodige maatregelen hebben getroffen om voor de bestreden nationale maatregel in aanmerking te komen zonder de steun daadwerkelijk te hebben ontvangen, bevoegd zijn om in rechte op te komen.<sup>23</sup>

71. Anders dan de Commissie zie ik ook niet in waarom de arresten Stichting Woonpunt<sup>24</sup> en Stichting Woonlinie<sup>25</sup> hier niet ter zake dienend zouden zijn. In deze zaken heeft het Hof geoordeeld dat de individuele geraaktheid was aangetoond door omstandigheid dat de verzoekers voorafgaand aan de vaststelling van het betrokken besluit een recht hadden verworven op grond waarvan zij gebruik mochten maken van het fiscale voordeel dat later onverenigbaar met de interne markt is verklaard.<sup>26</sup>

72. Gelet op de aard van de maatregel die in het onderhavige geval aan de orde is, is het logisch dat het Gerecht inspiratie heeft gezocht in bovengenoemde zaken. Toen het litigieuze besluit werd vastgesteld, voldeed HBH niet alleen in abstracto aan de algemene voorwaarden voor toepassing van de saneringsclausule. HBH had ook een bindende inlichting en een vooruitbetalingsaanslag in de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 2009 ontvangen waarin rekening was gehouden met de op grond van de saneringsclausule overgedragen verliezen. Dat was volgens het Gerecht een „verworven recht”.

73. Juist vanwege de bindende inlichting en de vooruitbetalingsaanslag verschilt de positie van HBH fundamenteel van die van ondernemingen die slechts voldoen aan de algemene voorwaarden voor toepassing van de saneringsclausule.<sup>27</sup> Om die reden voldoet rekwirant aan het criterium van individuele geraaktheid.

21 Arrest van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie, C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416.

22 Arrest van 17 september 2009, Commissie/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, EU:C:2009:556.

23 Arrest van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie, C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punten 60-63, en 17 september 2009, Commissie/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, EU:C:2009:556, punten 56-58. Zie ook arrest van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commissie, C-111/82, EU:C:1985:18, punt 19.

24 Arrest van 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie, C-132/12 P, EU:C:2014:100.

25 Arrest van 27 februari 2014, Stichting Woonlinie e.a./Commissie, C-133/12 P, EU:C:2014:105.

26 Arresten van 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie, C-132/12 P, EU:C:2014:100, punten 59-62, en van 27 februari 2014, Stichting Woonlinie e.a./Commissie, C-133/12 P, EU:C:2014:105, punten 46-49.

27 Tussendoor wil ik ook opmerken dat de feiten die ten grondslag liggen aan het arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie, C-274/12 P, EU:C:2013:852, ook fundamenteel verschillen van die van de onderhavige zaak. In die zaak had de verzoeker investeringen gedaan op grond van de nationale maatregel die later door de Commissie onverenigbaar met de interne markt was verklaard. Hij had dus voordeel genoten van de bestreden nationale maatregel. Dat is echter de enige overeenkomst. De investeringen van de verzoeker dateerden van vóór de betreffende einddatum: in het besluit van de Commissie was uitdrukkelijk bepaald dat de bestreden nationale maatregel van toepassing bleef op investeringen die waren gedaan vóór het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure was vastgesteld. Zie in dat verband punten 47-50. Zie ook beschikking van 21 maart 2012, Telefónica/Commissie, T-228/10, niet gepubliceerd, EU:T:2012:140, punten 36-40.

74. De formulering door het Gerecht is weliswaar niet erg geslaagd. Zoals uit het betoog van de Commissie blijkt, leidt deze keuze van bewoordingen tot onbedoelde verbanden met het beginsel van gewettigd vertrouwen dat uit het Unierecht voortvloeit. Niettemin wordt volgens mij met de uitdrukking „verworven recht” slechts geprobeerd de feitelijke en juridische omstandigheden te omschrijven die HBH ten opzichte van andere ondernemingen karakteriseren voor de toepassing van het criterium van individuele geraaktheid in de zin van het arrest Plaumann in dit specifieke geval.

75. Opgemerkt zij dat het in het kader van belastingheffing bijzonder moeilijk is om vast te stellen op welk moment een onderneming daadwerkelijk steun heeft ontvangen. Dat moment wordt tot op zekere hoogte willekeurig bepaald. Is het het moment waarop de bindende inlichting werd verstrekt of het moment waarop HBH de vooruitbetalingsaanslag ontving? Of is het, zoals de Commissie betoogt, het moment waarop de belastingbesparing in de definitieve belastingheffing wordt vastgesteld (waarbij niet uit het oog mag worden verloren dat een dergelijk besluit enkele jaren na het betrokken belastingjaar kan worden vastgesteld)? Of is het een ander moment?

76. Bij de vaststelling of een onderneming individueel wordt geraakt door een besluit waarin de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard, lijdt het geen twijfel dat de keuze tussen een van deze alternatieven of de keuze van een andere mogelijkheid gepaard gaat met onzekerheden en willekeur.

77. Gelet op deze onzekerheden zou de vraag of de verzoeker daadwerkelijk steun heeft ontvangen, slechts van ondergeschikt belang mogen zijn. Zoals uit de rechtspraak blijkt, is aan het vereiste van individuele geraaktheid voldaan wanneer de verzoeker op grond van bijzondere hoedanigheden kan worden gekarakteriseerd ten opzichte van andere ondernemingen.<sup>28</sup> Dat is precies waar het bij HBH om gaat.

78. Gelet op een en ander ben ik van mening dat de individuele geraaktheid in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU in het bestreden arrest niet onjuist is vastgesteld. De incidentele hogere voorziening van de Commissie dient dan ook ongegrond te worden verklaard.

## **B. Hogere voorziening: heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat de litigieuze maatregel een selectief voordeel verleent aan ondernemingen in moeilijkheden?**

79. HBH heeft twee middelen van hogere voorziening aangevoerd. Deze middelen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.

80. In het eerste middel van hogere voorziening bestrijdt rekwirant de motivering van het Gerecht. Hij voert aan dat het bestreden arrest een procedureel gebrek inzake de motiveringsplicht vertoont omdat de motivering van het Gerecht ontoereikend of tegenstrijdig is ten aanzien van (1) de vaststelling van het referentiestelsel, (2) de beoordeling van de juridische en feitelijke situatie van de ondernemingen die sanering nodig hebben, en het aanmerken van de saneringsclausule als een „algemene maatregel”, en (3) de rechtvaardiging van de litigieuze maatregel.

81. Het tweede middel van de hogere voorziening komt op tegen dezelfde onderdelen van het arrest, maar dan vanuit materieel oogpunt. In dit middel voert HBH aan dat het bestreden arrest artikel 107, lid 1, VWEU schendt door onjuiste rechtsopvattingen of onjuiste opvatting van het nationale recht bij (1) de vaststelling van het referentiestelsel, (2) de beoordeling van de juridische en feitelijke situatie van de ondernemingen die sanering nodig hebben, en het aanmerken van de saneringsclausule als een „algemene maatregel”, en (3) de rechtvaardiging van de litigieuze maatregel.

<sup>28</sup> Om die reden is het bezwaar van de Commissie dat rekwirant voor het Gerecht niet heeft aangevoerd dat hij steun heeft ontvangen, hier niet relevant.

82. De Commissie bestrijdt de argumenten van rekwirant. Met betrekking tot het eerste middel van hogere voorziening, betreffende de motivering, is deze instelling in wezen van oordeel dat dit middel is gebaseerd op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Met betrekking tot het tweede middel van hogere voorziening blijft de Commissie echter erbij dat dit middel niet-ontvankelijk is. De Commissie betoogt subsidiair dat het tweede middel van hogere voorziening ongegrond is.

83. Aangezien de twee middelen van hogere voorziening elkaar ten dele overlappen, zal ik ze gezamenlijk behandelen. Dat is met name nodig omdat in het eerste middel van hogere voorziening niet zozeer een motiveringsgebrek wordt aangevoerd, maar indirect het materiële oordeel van het Gerecht ter discussie wordt gesteld.

84. Ik zal eerst de argumenten inzake de vaststelling van het referentiestelsel behandelen. Om de hieronder gegeven redenen ben ik van mening dat het eerste deel van het tweede middel van hogere voorziening gegrond is. Het bestreden arrest moet daarom worden vernietigd en het litigieuze besluit nietig worden verklaard, aangezien het referentiestelsel voor de beoordeling of de litigieuze maatregel selectief is, onjuist is vastgesteld.

85. Voor het geval dat het Hof het niet eens is met mijn standpunt over het eerste deel van het tweede middel van hogere voorziening, zal ik mij ook kort buigen over de andere argumenten van rekwirant.

86. Vervolgens zal ik ingaan op de argumenten inzake de beoordeling van de juridische en feitelijke situatie van de ondernemingen die sanering nodig hebben, en het aanmerken van de saneringsclausule als een „algemene maatregel”. Ten derde en ten laatste zal ik de argumenten inzake de rechtvaardiging van de litigieuze maatregel behandelen.

87. Vooraf wil ik echter nog een aantal inleidende opmerkingen maken over het begrip selectiviteit in de specifieke context van belastingheffing.

### ***1. Inleidende opmerkingen over de beoordeling van selectiviteit in de context van maatregelen op het gebied van directe belastingen***

#### ***a) Begrip selectiviteit – een beoordeling in drie stappen***

88. Allereerst is het dienstig, enkele opmerkingen te maken over de overwegingen die aan het begrip selectiviteit ten grondslag liggen, en over het doel van dit begrip. Het is ook nuttig te herinneren aan het analytische kader voor de beoordeling van de selectiviteit en over de moeilijkheden bij de toepassing van dat kader in de context van maatregelen op het gebied van directe belastingen.

89. Volgens artikel 107, lid 1, VWEU zijn steunmaatregelen van de lidstaten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Bijgevolg moet aan vier cumulatieve criteria zijn voldaan, opdat een maatregel van een lidstaat binnen de werkingssfeer van deze bepaling valt. Ten eerste moet er sprake zijn van een voordeel. Ten tweede moet dat voordeel selectief zijn. Ten derde moet er sprake zijn van steunmaatregelen van de staat of met staatsmiddelen bekostigd. Ten vierde moeten de steunmaatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.

90. In de context van belastingheffing is de meest omstreden vraag mijns inziens, wat een selectief voordeel is.

91. Algemeen dient het criterium van selectiviteit om uit te maken welke maatregelen bepaalde ondernemingen (belastingplichtigen) of de productie van bepaalde goederen begunstigen ten opzichte van anderen.

92. Een belastingvoordeel dat voortvloeit uit een „algemene maatregel” die zonder onderscheid op alle marktdeelnemers van toepassing is, is geen staatssteun, omdat een dergelijke maatregel niet selectief is. Een maatregel die de situatie van de begunstigden verbetert ten opzichte van die van andere belastingplichtigen, kan daarentegen de begunstigden een selectief voordeel verschaffen en kan bijgevolg een steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU zijn.<sup>29</sup>

93. De kern van de beoordeling van de selectiviteit is daarom de vergelijking van de ondernemingen. Zoals het Hof heeft geoordeeld, moet worden nagegaan of een maatregel bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU begunstigt *ten opzichte van* andere ondernemingen die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden.<sup>30</sup>

94. Vooraleer echter kan worden beoordeeld of de begunstigden en andere ondernemingen zich in een vergelijkbare situatie bevinden, moet eerst het referentiestelsel worden vastgesteld.

95. Onlangs heeft het Hof in zijn arrest *World Duty Free*<sup>31</sup> de parameters vastgesteld aan de hand waarvan dient te worden beoordeeld of een belastingmaatregel selectief is. Het Hof heeft ook geoordeeld dat de beoordeling of de belastingmaatregelen selectief zijn, in drie verschillende stappen gebeurt.

96. Volgens het Hof dient, om uit te maken of een belastingmaatregel als selectief dient te worden aangemerkt, te worden vastgesteld welke algemene of normale belastingregeling in de betrokken lidstaat geldt (stap 1). Vervolgens moet worden aangetoond dat de betrokken belastingmaatregel afwijkt van die normale regeling doordat hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van die regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (stap 2).<sup>32</sup> Als dat het geval is, moet worden nagegaan of die differentiatie gerechtvaardigd is doordat zij voortvloeit uit de aard of de algemene opzet van het stelsel waarvan de maatregel een onderdeel vormt (stap 3).<sup>33</sup>

97. Het Hof heeft meer in het bijzonder verduidelijkt dat aan de selectiviteitsvoorwaarde is voldaan wanneer de Commissie kan aantonen dat de bestreden 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 in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden gelet op het doel van de belastingmaatregel van die lidstaat.<sup>34</sup>

29 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, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

30 Over de vraag of de vergelijkbaarheid tussen ondernemingen moet worden vastgesteld tegen de achtergrond van de doelstelling van het betrokken belastingstelsel in zijn geheel of alleen van de bestreden nationale maatregel, bestaat er enige discrepantie in de rechtspraak. In het arrest *Adria-Wien Pipeline* heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat ondernemingen moesten worden vergeleken tegen de achtergrond van de doelstelling van de *litigieuze maatregel* (arrest van 8 november 2001, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, EU:C:2001:598, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Korte tijd geleden heeft het Hof in het arrest *World Duty Free* echter geoordeeld dat ondernemingen moeten worden vergeleken tegen de achtergrond van het doel van de normale belastingregeling (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, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 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.

32 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, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest van 18 juli 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, punt 19.

33 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, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

34 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, punten 57 en 67.



98. De onderhavige hogere voorziening laat zien dat het bepalen van de (materiële) selectiviteit van een belastingmaatregel aan de hand van deze parameters moeilijkheden oplevert. Daarbij treden vooral de moeilijkheden bij het vaststellen van het referentiestelsel aan de hand van een aantal objectieve criteria bij stap 1 op de voorgrond.<sup>35</sup> Om die reden acht ik het ook zinvol enkele inleidende opmerkingen te maken over de criteria aan de hand waarvan het referentiestelsel dient te worden vastgesteld, alvorens ik nader inga op de hogere voorziening.

***b) Cruciaal belang van het referentiestelsel voor de beoordeling van de selectiviteit en criteria die worden gebruikt bij de bepaling van dat stelsel***

99. Het criterium van selectiviteit wordt gehanteerd om uit te maken welke maatregelen een ongerechtvaardigd verschil in behandeling inhouden van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Een dergelijke vergelijking heeft slechts zin wanneer een benchmark wordt gebruikt. Daarom is het voor de beoordeling van de selectiviteit van cruciaal belang dat het referentiestelsel correct wordt vastgesteld.<sup>36</sup>

100. In de rechtspraak van het Hof wordt echter niet gezegd *hoe* het relevante referentiestelsel dient te worden vastgesteld. Het Hof heeft alleen verduidelijkt dat het referentiestelsel de algemene of „normale” belastingregeling is die in de betrokken lidstaat geldt.<sup>37</sup> Als criterium voor de beoordeling is deze uitspraak vrij nutteloos.

101. Het is echter niet verwonderlijk dat het Hof terughoudend is in het formuleren van precieze criteria. De reden hiervoor is dat voor de vaststelling van het referentiestelsel de algemene belastingdruk moet worden vastgesteld waaraan ondernemingen zijn onderworpen uit hoofde van een nationaal belastingstelsel. Anders dan bij andere soorten steunregelingen het geval is, gaat de nauwkeurige vaststelling van een dergelijk algemeen toepasselijk stelsel van belastingheffing gepaard met veel onzekerheden. Gezien de complexiteit van belastingstelsels en de variabelen die meespelen bij het vaststellen van de belastingdruk op ondernemingen, lijkt het onmogelijk om met zekerheid te weten wat de „normale situatie” is.

102. Dat is niet het geval met positieve voordelen. In geval van bijvoorbeeld gunstige kredietvoorwaarden of van mijnbouwvergunningen waarvan slechts een klein aantal ondernemingen profiteert, kan vrij eenvoudig worden vastgesteld wat de „normale situatie” was voordat de bestreden maatregel werd ingevoerd.

103. Het referentiestelsel bestaat volgens de Commissie uit een coherent geheel van regels die - op grond van objectieve criteria - algemeen toepasselijk zijn op alle ondernemingen die vallen binnen de werkingssfeer ervan zoals die door de doelstelling ervan is omschreven: die regels bepalen niet alleen de werkingssfeer van de regeling, maar ook de voorwaarden waarop de regeling van toepassing is, de rechten en plichten van de daaraan onderworpen ondernemingen en de technische details van het functioneren van de regeling. In het bijzonder met betrekking tot belastingmaatregelen is het referentiestelsel gebaseerd op elementen als belastinggrondslag, belastingplichtigen, belastbare feiten en belastingpercentages.<sup>38</sup>

35 Met betrekking tot deze moeilijkheden, zie bijvoorbeeld O. Peiffert, „Comparaison n'est pas raison: Pour une clarification du critère de sélectivité d'une aide d'État”, *Concurrences*, nr. 3, 2017, 52 op 60.

36 Voor een andere opvatting over het belang van de identificatie van de normale belastingregeling, zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak ANGED, C-233/16, EU:C:2017:852, punt 88.

37 Arresten van 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 18 juli 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, punt 19, en 21 december 2016, *Commissie/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 57.

38 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, C/2016/2946 (PB 2016, C 262, blz. 1), beschikbaar op: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2016.262.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2016:262:TOC#ntc205-C\\_2016262EN.01000101-E0205, punten 133 en 134.](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.262.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2016:262:TOC#ntc205-C_2016262EN.01000101-E0205, punten 133 en 134.)

104. Alle mogelijke fiscale bepalingen of een combinatie daarvan zouden binnen deze beschrijving vallen.

105. In dat verband is ter terechtzitting aan de Commissie een vraag gesteld over de criteria voor de vaststelling van het referentiestelsel, maar de Commissie kon niet uitleggen aan de hand waarvan zij het referentiestelsel vaststelt. Zij omschreef dat proces als een zoektocht naar de logica van het stelsel. Het antwoord van de Commissie bevestigt hooguit dat het referentiestelsel in een bijzonder geval in feite niet aan de hand van een samenstel van objectieve criteria wordt vastgesteld.

106. Desondanks kunnen uit de rechtspraak van het Hof bepaalde conclusies worden getrokken. Bij de bestudering van de rechtspraak blijkt dat een ruime benadering de voorkeur heeft bij de vaststelling van het referentiestelsel. Bij een dergelijke benadering wordt rekening gehouden met alle relevante wettelijke bepalingen als geheel of met het ruimst mogelijke referentiepunt.<sup>39</sup> Bovendien volgt uit de rechtspraak dat de vaststelling van het referentiestelsel niet slechts voor de vorm mag plaatsvinden.<sup>40</sup>

107. Ik wijs erop dat bijvoorbeeld in het arrest *World Duty Free* het Hof het standpunt van de Commissie heeft aanvaard dat niet de regeling inzake buitenlandse investeringen het relevante referentiekader was, maar het Spaanse stelsel van vennootschapsbelasting in zijn geheel. Tegen de achtergrond van dat referentiekader is de Commissie tot de slotsom gekomen dat een selectief voordeel werd verleend aan een bepaalde categorie ondernemingen. In Spanje belastingplichtige ondernemingen die deelnemingen van ten minste 5% in buitenlandse ondernemingen verwierven, kregen een gunstigere behandeling dan in Spanje belastingplichtige ondernemingen die dergelijke deelnemingen verwierven in op het nationale grondgebied gevestigde ondernemingen, ofschoon die twee categorieën ondernemingen zich in een vergelijkbare situatie bevonden, gelet op het doel van het Spaanse algemene stelsel vennootschapsbelasting.<sup>41</sup>

108. In het arrest *Gibraltar* heeft het Hof daarentegen bevestigd dat het referentiestelsel uit een aantal verschillende belastingregels kan bestaan. Tegen de achtergrond van een dergelijk referentiestelsel kwam de Commissie tot de slotsom dat aan bepaalde ondernemingen (offshore-vennootschappen) een selectief voordeel was verleend, hoewel deze ondernemingen formeel aan dezelfde fiscale lasten werden onderworpen als andere ondernemingen. In deze zaak bevestigde het Hof ook dat aan de regelgevingstechniek geen belang diende te worden gehecht bij de vaststelling van het referentiestelsel.<sup>42</sup>

109. Uit de rechtspraak kan, eenvoudig gezegd, worden afgeleid dat het Hof een benadering volgt waarmee wordt getracht het gehele corpus van regels vast te stellen dat van invloed is op de belastingdruk op ondernemingen. Naar mijn mening is een dergelijke benadering gerechtvaardigd. Deze benadering zorgt ervoor dat de selectiviteit van belastingmaatregelen wordt getoetst aan een referentiestelsel dat alle toepasselijke bepalingen omvat en niet aan bepalingen die kunstmatig uit een ruimer rechtskader zijn gelicht. Met deze benadering wordt ook voorkomen dat stap 1 en stap 2 worden gecombineerd bij de beoordeling van de selectiviteit. Bij een minder ruime benadering zouden namelijk de ondernemingen moeten worden vastgesteld die zich in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden. Men mag namelijk niet uit het oog verliezen dat het referentiestelsel dient te worden vastgesteld vooraleer de ondernemingen worden vergeleken.

39 Zie in die zin arresten van 22 juni 2006, *België/Commissie*, C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punten 95, 104, 107 en 122; 6 september 2006, *Portugal/Commissie*, C-88/03, EU:C:2006:511, punt 56; 17 september 2009, *Commissie/Koninklijke FrieslandCampina*, C-519/07 P, EU:C:2009:556, punten 2-7, en 21 december 2016, *Commissie/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 68.

40 Arrest van 15 november 2011, *Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punten 92 en 93.

41 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, punten 22 en 67-69.

42 Arrest van 15 november 2011, *Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punten 92-95.

110. Tegen de achtergrond van deze overwegingen zal ik de onderhavige hogere voorziening bespreken.

## **2. Stap 1: vaststelling van het referentiestelsel**

### **a) Argumenten van de partijen**

111. In het eerste deel van het eerste middel van hogere voorziening betoogt HBH dat de motivering van het Gerecht met betrekking tot de vaststelling van het referentiestelsel ontoereikend of tegenstrijdig is.<sup>43</sup> Volgens rekwirant is dit zo omdat in het bestreden arrest de selectiviteit van de saneringsclausule wordt beoordeeld tegen de achtergrond van de regel van het laten vervallen van de verliezen, ofschoon het Gerecht heeft aanvaard dat de litigieuze maatregel dient te worden beoordeeld tegen de achtergrond van een meer algemene regel, namelijk de regel van overdracht van de verliezen.<sup>44</sup>

112. Volgens de Commissie is de motivering van het Gerecht juist en geenszins tegenstrijdig.

113. In het eerste deel van het tweede middel van hogere voorziening betoogt HBH dat het Gerecht artikel 107, lid 1, VWEU heeft geschonden door het referentiestelsel onjuist vast te stellen.<sup>45</sup> Rekwirant betoogt ook dat het Gerecht in het bestreden arrest stap 1 en stap 2 van de beoordeling van de selectiviteit ten onrechte heeft samengevoegd.<sup>46</sup>

114. De Commissie stelt primair dat de argumenten van rekwirant betrekking hebben op de vaststelling van de feiten en daarom niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard. De Commissie betoogt subsidiair dat deze argumenten ongegrond zijn. Geen enkel gegeven uit het dossier ondersteunt het standpunt van HBH dat bij de beoordeling of de saneringsclausule selectief is, de regel van overdracht van de verliezen het relevante referentiestelsel had moeten vormen.

115. Ik zal eerst de kwestie van de ontvankelijkheid bespreken.

### **b) Bespreking**

#### *1) De vaststelling van het referentiestelsel is een rechtsvraag die voor hogere voorziening vatbaar is*

116. Bij hogere voorzieningen bij het Hof is het gebruikelijk geworden dat de Commissie de ontvankelijkheid van de argumenten van rekwirant betwist. Zij stelt dat de argumenten van rekwirant met betrekking tot de vaststelling van het referentiestelsel niet vatbaar zijn voor hogere voorziening bij het Hof, omdat zij betrekking hebben op de vaststelling van de feiten.

117. Het betoog van de Commissie moet volledig worden afgewezen.

43 Punten 103-106 van het bestreden arrest.

44 Punten 107-109 van het bestreden arrest.

45 Punten 103-106 van het bestreden arrest.

46 Punt 104 van het bestreden arrest.

118. Het is juist dat het Gerecht op grond van artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 256 VWEU exclusief bevoegd is om de feiten vast te stellen en te beoordelen. Een hogere voorziening bij het Hof is immers beperkt tot rechtsvragen. In dit verband is het vaste rechtspraak dat de vaststelling van de inhoud van het nationale recht deel uitmaakt van de beoordeling van de feiten, die niet voor hogere voorziening vatbaar is.<sup>47</sup>

119. Het Hof is niettemin bevoegd, toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht die feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden.<sup>48</sup> Het kan ook nagaan of het nationale recht onjuist is opgevat wanneer de beweerdelijke onjuiste opvatting kan worden vastgesteld zonder dat de feiten of de bewijsstukken opnieuw moet worden beoordeeld.<sup>49</sup>

120. De argumenten van HBH inzake de vaststelling van het referentiestelsel kunnen niet aan onderzoek in het kader van de hogere voorziening ontsnappen.

121. Hier mag namelijk niet uit het oog worden verloren dat partijen het eens zijn over de inhoud van het nationale recht, maar het oneens zijn over de doelstelling van dat recht. Zij verschillen ook van mening over de *juridische kwalificatie* van dat recht tegen de achtergrond van de Unieregels inzake staatssteun. In stap 1 gaat het meer bepaald om de juridische beoordeling van de selectiviteit die het Gerecht op grond van de relevante feiten heeft verricht.

122. De juiste uitlegging van het begrip selectiviteit is uiteraard een rechtsvraag en geen feitenkwestie.

123. Indien wordt gekozen voor de strikte benadering, waarvoor de Commissie pleit, zou het Hof principieel niet bevoegd zijn om uitspraak te doen over een punt dat van fundamenteel belang is voor de beoordeling van de selectiviteit. Aangezien de vaststelling van het referentiestelsel doorslaggevende gevolgen heeft voor de volgende twee stappen in de beoordeling van de selectiviteit, mag deze benadering naar mijn mening niet worden gevolgd. Zoals ik heb uitgelegd, vormt het referentiestelsel de benchmark tegen de achtergrond waarvan moet worden beoordeeld of een belastingmaatregel selectief is.

## 2) Het Gerecht heeft het referentiestelsel onjuist vastgesteld

### i) Wettelijk kader waarbinnen de litigieuze maatregel van toepassing is, en motivering van het Gerecht

124. Het wettelijk kader waartoe de saneringsclausule behoort, omvat drie regelingen.

125. Ten eerste is overeenkomstig § 8 (1) KStG de regel van overdracht van de verliezen van toepassing op alle ondernemingen. Deze regel verwoordt het beginsel dat belastingplichtigen worden belast naar draagkracht. Ten tweede is de regel van het laten vervallen van de verliezen, zoals die is neergelegd in § 8c (1) KStG, een uitzondering op eerstgenoemde regel, omdat hij de verwerving van een schadelijke deelneming (minimaal 25 %) uitsluit van de werkingssfeer van de algemene regel. Ten derde sluit de saneringsclausule, zoals neergelegd in § 8c(1a) KStG bepaalde situaties uit van de werkingssfeer van de uitzondering (te weten, van de regel van het laten vervallen van de verliezen). Volgens deze maatregel vallen de daarin genoemde situaties (namelijk de sanering van ondernemingen in moeilijkheden) niet langer onder de regel van het laten vervallen van de verliezen. Deze situaties vallen terug onder de algemene regel volgens welke ondernemingen verliezen kunnen overdragen.

<sup>47</sup> Zie bijvoorbeeld arresten van 24 oktober 2002, *Aéroports de Paris/Commissie*, C-82/01 P, EU:C:2002:617, punt 63; 21 december 2011, *A2A/Commissie*, C-318/09 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:856, punt 125, en 3 april 2014, *Frankrijk/Commissie*, C-559/12 P, EU:C:2014:217, punten 78 en 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>48</sup> Zie onder meer arresten van 17 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie*, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 3 april 2014, *Frankrijk/Commissie*, C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>49</sup> Arrest van 3 april 2014, *Frankrijk/Commissie*, C-559/12 P, EU:C:2014:217, punten 79 en 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

126. Gelet op de gekozen wetgevingstechniek hangt de selectiviteit van de litigieuze maatregel sterk af van de invalshoek. Naargelang de algemene regel van overdracht van de verliezen of de uitzondering op die regel, namelijk de regel van het laten vervallen van de verliezen, wordt gehanteerd als het referentiestelsel tegen de achtergrond waarvan wordt beoordeeld of de saneringsclausule selectief is, zal de conclusie over de selectiviteit behoorlijk verschillen.<sup>50</sup>

127. Meer bepaald, indien de regel van het laten vervallen van de verliezen los van het ruimere wettelijk kader van de regel van overdracht van de verliezen als referentiestelsel wordt genomen, wordt de saneringsclausule een uitzondering op de regel van het laten vervallen van die verliezen. Als daarentegen de regel van overdracht van de verliezen in het referentiestelsel wordt opgenomen, wijkt de saneringsclausule niet langer duidelijk af van het referentiestelsel in het kader waarvan aan bepaalde ondernemingen een selectief voordeel kan worden verschaft. Deze regel wordt dan veeleer een intrinsiek onderdeel van het referentiestelsel zelf.

128. Het bestreden arrest laat in dit opzicht aan duidelijkheid te wensen over.

129. In het bijzonder de volgende overweging zou verwarring kunnen scheppen: „Vast staat [...] dat de regel van het laten vervallen van de verliezen, net als de regel van overdracht van de verliezen, deel uitmaakt van het wettelijke kader van de litigieuze maatregel. Met andere woorden, het relevante wettelijke kader bestaat in het onderhavige geval uit de algemene regel van overdracht van de verliezen, zoals die is beperkt door de regel van het laten vervallen van de verliezen, en het is juist in dat kader dat dient te worden nagegaan of de litigieuze maatregel differentieert tussen marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden [...]”.<sup>51</sup>

130. Deze overweging zou, afzonderlijk beschouwd, aldus kunnen worden opgevat (zoals rekwirant doet) dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de regel van overdracht van de verliezen *en* de regel van het laten vervallen van de verliezen samen het referentiestelsel vormen. De argumenten van rekwirant inzake ontoereikende of tegenstrijdige motivering zijn echter naar mijn mening gebaseerd op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

131. Bij nadere bestudering van het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht ervan is uitgegaan dat de regel van het laten vervallen van de verliezen het referentiestelsel vormt.

132. Het Gerecht heeft inderdaad erkend dat er een meer algemene regel is (de regel van overdracht van de verliezen). Het heeft er ook op gewezen dat het door de Commissie vastgestelde referentiestelsel een uitzondering op die algemene regel is. Het Gerecht heeft niettemin uiteengezet waarom het van oordeel is dat de regel van het laten vervallen van de verliezen het relevante referentiestelsel vormt voor de beoordeling of de saneringsclausule selectief is.

133. Het Gerecht heeft in het bijzonder uiteengezet dat de regel van het laten vervallen van de verliezen het gebruik van de regel van overdracht van de verliezen beperkt in het geval van verwerving van een deelneming van minimaal 25 % van het kapitaal en het gebruik daarvan afschaft in het geval van verwerving van een deelneming van meer dan 50 % van het kapitaal. Deze laatste regel is dus stelselmatig van toepassing in alle gevallen waarin de samenstelling van de aandeelhouders ten belope van minimaal 25 % van het kapitaal verandert, zonder dat een onderscheid wordt gemaakt naargelang van de aard of de kenmerken van de betrokken ondernemingen.<sup>52</sup> Het Gerecht heeft verder

<sup>50</sup> Zie ook arrest van 18 juli 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, punt 13, waarin het standpunt van de verwijzende rechterlijke instantie over wijzen waarop zij het referentiestelsel kan vaststellen, door het Hof wordt geparafraseerd.

<sup>51</sup> Punt 106 van het bestreden arrest.

<sup>52</sup> Punt 104 van het bestreden arrest.



opgemerkt dat de saneringsclausule was geformuleerd in de vorm van een uitzondering op de regel van het laten vervallen van de verliezen, en slechts van toepassing is op welomschreven situaties die onder laatstgenoemde regel vallen.<sup>53</sup> Op grond daarvan heeft het geoordeeld dat de Commissie terecht de regel van het laten vervallen van de verliezen als het referentiestelsel heeft aangemerkt.<sup>54</sup>

134. Dienaangaande kan ik niet vaststellen dat in het bestreden arrest de motiveringsplicht ontoereikend is nagekomen. Ik ben echter van mening dat het bestreden arrest berust op een materiële fout inzake de vaststelling van het referentiestelsel. Die fout komt neer op een onjuiste toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.

135. Om te begrijpen waarom dit zo is, moet worden gekeken naar in het litigieuze besluit gegeven motivering, aangezien het Gerecht de door de Commissie gedane vaststelling van het wettelijk kader waarbinnen de saneringsclausule van toepassing is, overneemt.

*ii) Het Gerecht heeft het referentiestelsel vastgesteld tegen de achtergrond van de gebruikte wetgevingstechniek en heeft daarbij stap 1 en stap 2 samengevoegd*

136. In het litigieuze besluit heeft de Commissie eerst het nationale wettelijke kader en de daarin ingevoerde wijzigingen in chronologische volgorde uiteengezet en vervolgens toegelicht dat de in § 8c (1a) KStG neergelegde saneringsclausule zich op een belangrijk punt onderscheidt van de voorgaande regel. Dat aspect was volgens de Commissie van wezenlijk belang in het kader van staatssteun.<sup>55</sup>

137. De Commissie heeft in het bijzonder uiteengezet dat volgens § 8c (1) KStG een onderneming verliezen niet voorwaarts kan verrekenen indien meer dan de helft van haar aandelen wordt overgedragen, behalve wanneer de saneringsclausule kan worden toegepast. De algemene regel luidt dan ook dat verliezen bij een wezenlijke verandering van de aandeelhouders teloorgaan. De in § 8c (1a) KStG neergelegde saneringsclausule vormt een uitzondering op de algemene regel.<sup>56</sup>

138. Volgens de in de [ingetrokken § 8 (4) KStG] neergelegde oude regel van het laten vervallen van de verliezen bestond de algemene regel erin dat voorwaartse verliesverrekening bij een wezenlijke verandering van de aandeelhouders nog steeds mogelijk was, indien de onderneming economisch dezelfde was gebleven. Die uitzondering was erop gericht misbruik, bijvoorbeeld in de vorm van de aankoop van lege vennootschappen, te voorkomen.<sup>57</sup>

139. De reden waarom de regel van het laten vervallen van de verliezen als het referentiestelsel moest worden beschouwd, is op het eerste gezicht steekhoudend. Bij nader onderzoek blijkt echter dat deze toelichting is gebaseerd op een kunstmatig gecreëerd onderscheid.

140. Het enige verschil tussen het oude en het nieuwe stelsel is namelijk de *vorm* van de maatregel. Het gestelde verschil hangt af van de door de betrokken lidstaat toegepaste wetgevingstechniek. Gelet op het arrest van het Hof in de zaak Gibraltar is een dergelijke benadering verre van bevredigend.<sup>58</sup>

141. We mogen niet uit het oog verliezen dat in het bestreden arrest de regel van het laten vervallen van de verliezen als het relevante referentiestelsel is aangemerkt omdat de saneringsclausule een uitzondering op die regel is. Volgens de oude regel van het laten vervallen van de verliezen was dat niet zo.

<sup>53</sup> Punt 105 van het bestreden arrest.

<sup>54</sup> Punt 107 van het bestreden arrest.

<sup>55</sup> Overweging 21 van het litigieuze besluit.

<sup>56</sup> Overweging 22 van het litigieuze besluit.

<sup>57</sup> Overweging 23 van het litigieuze besluit.

<sup>58</sup> De beoordeling van de selectiviteit mag immers niet afhankelijk zijn van de vorm. Zie in die zin arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punten 92 en 93.

142. Een vergelijking tussen de oude regel van het laten vervallen van de verliezen en de nieuwe regel laat zien dat de op de wetgevingstechniek gebaseerde motivering tekortkomingen vertoont. Hieruit blijkt dat de twee regels de kwestie van het beperken van de overdracht van verliezen slechts vanuit verschillende invalshoeken benaderen.

143. Volgens de oude regel van het laten vervallen van de verliezen werd de nadruk gelegd op het economisch identiek zijn van de verworven onderneming. Terwijl economisch identieke entiteiten verliezen mochten overdragen, mochten entiteiten die als gevolg van een verandering in de samenstelling van de aandeelhouders niet meer economisch identiek waren, dat niet. De saneringsclausule, die is geformuleerd in termen van een voorbeeld van „economische identiteit”, is een wezenlijk onderdeel van de oude regel van het laten vervallen van de verliezen.<sup>59</sup>

144. Nu de nieuwe regel van het laten vervallen van de verliezen (en dus de saneringsclausule) nauwkeuriger is, zie ik niet in hoe een andere wetgevingstechniek – waarbij de betrokken regels nauwkeuriger worden geformuleerd – als van beslissend belang voor staatssteun kan worden beschouwd. Net als de oude regel van het laten vervallen van de verliezen beperkt de (nieuwe) regel van het laten vervallen van de verliezen namelijk slechts de mogelijkheid om eerder gemaakte verliezen in de toekomst te verrekenen in strikt omschreven situaties van verandering in de samenstelling van de aandeelhouders. Behoudens in die gevallen blijft het mogelijk verliezen over te dragen.

145. De saneringsclausule beperkt dus slechts de werkingssfeer van de regel van het laten vervallen van de verliezen.<sup>60</sup> In die zin is de saneringsclausule onlosmakelijk verbonden met de algemene regel, namelijk de regel van overdracht van de verliezen.

146. Afgezien van de gebruikte wetgevingstechniek bevat het dossier geen enkel element dat zou kunnen verklaren waarom in het kader van het betrokken stelsel de regel van overdracht van de verliezen geen onderdeel van het referentiestelsel dient te zijn.

147. In dat verband levert het bestreden arrest nog een probleem op. Door het volgen van een enge benadering die op de wetgevingstechniek is gebaseerd, en door de regel van het laten vervallen van de verliezen uit het ruimere wettelijke kader te lichten, worden in het bestreden arrest bij de beoordeling van de selectiviteit stap 1 en stap 2 samengevoegd. Het Gerecht heeft zich ter vaststelling van het referentiestelsel in feite gebaseerd op de vergelijkbaarheid van ondernemingen waarvan de samenstelling van de aandeelhouders een verandering ondergaat. Bij nadere beschouwing blijkt dat het Gerecht eerst heeft aangenomen dat alle ondernemingen waarvan de samenstelling van de aandeelhouders een verandering heeft ondergaan, zich automatisch in een juridisch en feitelijk vergelijkbare situatie bevinden, in de plaats van eerst het referentiestelsel vast te stellen.<sup>61</sup> De slotsom dat de regel van overdracht van de verliezen niet onder het referentiestelsel valt, kan immers alleen worden getrokken indien wordt aangenomen dat ondernemingen waarvan de samenstelling van de aandeelhouders een verandering ondergaat, zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

148. Om die reden ben ik van mening dat het Gerecht het referentiestelsel onjuist heeft vastgesteld. Met name door zijn slotsom te baseren op de toegepaste wetgevingstechniek en op de vergelijkbaarheid van ondernemingen waarvan de samenstelling van de aandeelhouders een verandering heeft ondergaan, heeft het Gerecht het referentiestelsel kunstmatig beperkt waardoor de regel van overdracht van de verliezen daar niet onder valt.

<sup>59</sup> Zie punt 9 hierboven.

<sup>60</sup> Opgemerkt zij ook dat de saneringsclausule niet de enige bepaling is die de werkingssfeer van de regel van het laten vervallen van de verliezen beperkt. In december 2009 werden op deze regel twee nieuwe uitzonderingen gemaakt. De overdracht van verliezen bleef mogelijk in het kader van saneringen die uitsluitend worden verricht binnen een groep ondernemingen die wordt geleid door een persoon of een vennootschap die 100 % van de aandelen bezit. Dat was ook het geval indien op het tijdstip van de verwerving van een schadelijke deelneming de verliezen overeenkwamen met stille bedrijfskapitaalreserves van de vennootschap.

<sup>61</sup> Zie punt 133 hierboven inzake de motivering van het Gerecht.

149. Op grond daarvan moet het eerste deel van het tweede middel van hogere voorziening naar mijn mening worden aanvaard.

150. Ter afsluiting van dit punt wijs ik erop dat in het bestreden arrest de regel van het laten vervallen van de verliezen als referentiestelsel is gebruikt om te beoordelen of de litigieuze maatregel selectief is (stap 2 en stap 3). Indien het Hof het eerste deel van het tweede middel van hogere voorziening aanvaardt, zoals ik voorstel, hoeven de overige argumenten inzake de beoordeling van de selectiviteit met betrekking tot stap 2 en stap 3 niet te worden besproken. De reden hiervoor is dat het lot van de litigieuze maatregel uiteindelijk afhangt van de vaststelling van het referentiestelsel.

151. Voor het geval het Hof het niet met mij eens is, wil ik dienaangaande het volgende opmerken.

### **3. Stap 2: vergelijking van de juridische en feitelijke situatie van ondernemingen**

#### **a) Argumenten van partijen**

152. In het tweede deel van het eerste middel van hogere voorziening betoogt HBH dat de motivering van het Gerecht ontoereikend of tegenstrijdig is. In het eerste onderdeel van het tweede deel van het eerste middel van hogere voorziening stelt hij meer in het bijzonder, gelet op de wijze waarop het referentiekader in het bestreden arrest is vastgesteld, dat het Gerecht ontoereikend heeft gemotiveerd waarom de juridische en feitelijke situatie van ondernemingen die gesaneerd moeten worden, kan worden vergeleken met die van gezonde ondernemingen.<sup>62</sup> In het tweede onderdeel bestrijdt rekwirant de in het bestreden arrest gegeven redenen waarom de saneringsclausule niet diende te worden beschouwd als een „algemene maatregel” waarvan alle ondernemingen gebruik kunnen maken.<sup>63</sup>

153. Volgens de Commissie is de motivering van het Gerecht juist en geenszins tegenstrijdig.

154. In het tweede deel van het tweede middel van hogere voorziening voert HBH schending van artikel 107, lid 1, VWEU aan. Hij betoogt dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de litigieuze maatregel (prima facie) selectief is. Door te oordelen dat noodlijdende ondernemingen die sanering nodig hebben, en gezonde ondernemingen zich, gelet op het doel van de belastingregeling, in een vergelijkbare situatie bevinden, zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>64</sup>

155. HBH betoogt in het bijzonder dat het Gerecht het doel van de regel van het laten vervallen van de verliezen onjuist heeft vastgesteld (eerste onderdeel).<sup>65</sup> Bovendien betoogt rekwirant dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de litigieuze maatregel prima facie selectief was en geen „algemene maatregel” was waarvan alle ondernemingen gebruik konden maken (tweede onderdeel).<sup>66</sup> De reden hiervoor is, zakelijk weergegeven, dat het bestreden arrest afwijkt van de rechtspraak van het Gerecht in het arrest Autogrill.<sup>67</sup>

156. Volgens de Commissie bevat het bestreden arrest geen fouten ter zake van de beoordeling van de selectiviteit.

<sup>62</sup> Punten 133 en 134 van het bestreden arrest.

<sup>63</sup> Punt 141 van het bestreden arrest.

<sup>64</sup> Punten 126-133 van het bestreden arrest.

<sup>65</sup> Punten 128-131 van het bestreden arrest.

<sup>66</sup> Punt 141 van het bestreden arrest.

<sup>67</sup> Arrest van 7 november 2014, Autogrill España/Commissie, T-219/10, EU:T:2014:939.

157. De Commissie stelt echter primair dat het tweede deel van het tweede middel van hogere voorziening niet ontvankelijk is. Enerzijds hebben de argumenten in het eerste onderdeel betrekking op de vaststelling en beoordeling van feiten. Anderzijds heeft het tweede onderdeel betrekking op een punt dat geen deel uitmaakte van het voorwerp van het geding in eerste aanleg. Het Gerecht zou bijgevolg ultra petita hebben beslist door de argumenten van rekwirant inzake de kwalificatie van de litigieuze maatregel als een algemene maatregel ontvankelijk te verklaren.<sup>68</sup>

## ***b) Bespreking***

### *1) Argumenten van rekwirant inzake de omschrijving van het doel van het referentiestelsel*

158. Enerzijds hebben de argumenten van HBH inzake de ontoereikende of tegenstrijdige motivering in het eerste onderdeel van het tweede deel van het eerste middel van hogere voorziening betrekking op een punt dat het Gerecht volledigheidshalve heeft onderzocht. Zij zijn ook gebaseerd op hetzelfde (onjuiste) uitgangspunt als het eerste deel van het eerste middel van hogere voorziening, namelijk dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de regel van overdracht van de verliezen en de regel van het laten vervallen van de verliezen samen het referentiestelsel vormen. Zoals hierboven is aangegeven, heeft het Gerecht in het bestreden arrest geoordeeld dat de regel van het laten vervallen van de verliezen het relevante referentiestelsel vormt.<sup>69</sup> Deze argumenten moeten dus worden afgewezen.

159. Anderzijds falen de door rekwirant in het eerste onderdeel van het tweede deel van het tweede middel van hogere voorziening aangevoerde argumenten inzake schending van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze argumenten zijn ten dele niet-ontvankelijk en treffen ten dele geen doel.

160. In de eerste plaats wordt met deze argumenten het standpunt herhaald dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de regel van overdracht van de verliezen en de regel van het laten vervallen van de verliezen samen het referentiestelsel vormen. Zoals ik reeds heb uitgelegd, is dit standpunt gebaseerd op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

161. In de tweede plaats komt rekwirant op tegen het oordeel van het Gerecht dat de regel van het laten vervallen van de verliezen tot doel heeft ervoor te zorgen dat verliezen niet worden overgedragen wanneer de samenstelling van de aandeelhouders van een onderneming die het verlies heeft geleden, een wezenlijke verandering heeft ondergaan.<sup>70</sup> Volgens rekwirant beoogt deze regel slechts misbruik te bestrijden door handel in lege vennootschappen te voorkomen.

162. Uiteraard streeft elke belastingregeling tal van doelen na, zoals het genereren van inkomsten voor de staatsbegroting, het beïnvloeden van het gedrag van consumenten en ondernemingen en het bestrijden van problemen zoals belastingontwijking. Een belastingregeling kan ook zijn gericht op het wegwerken van de gevolgen van een economische malaise.

163. Net als de vaststelling van het referentiestelsel, betreft de vergelijkbaarheid van belastingplichtigen gelet op het doel van het belastingstelsel in stap 2 van de beoordeling van de selectiviteit, volgens mij een rechtsvraag. Deze vraag betreft de juridische kwalificatie van de toepasselijke nationale bepalingen tegen de achtergrond van de staatssteunregels van de Unie.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Punt 122 van het bestreden arrest.

<sup>69</sup> Zie punt 131 e.v. hierboven.

<sup>70</sup> Punt 128 van het bestreden arrest.

<sup>71</sup> Zie punt 118 hierboven.

164. Rekwirant vraagt het Hof dienaangaande echter, het doel van de regel van het laten vervallen van de verliezen (opnieuw) vast te stellen. Volgens mij is het Hof in hogere voorziening niet bevoegd om dit te doen. Ik ben het eens met de Commissie dat het opnieuw vaststellen van het *doel* van het referentiestelsel niet onder de bevoegdheid van het Hof valt. Dit is louter een feitenkwestie die deel uitmaakt van de vaststelling van de inhoud van het nationale recht. Dergelijke kwesties zijn niet vatbaar voor hogere voorziening, tenzij indien uit het dossier blijkt dat er sprake is van onjuiste opvatting van het nationale recht. Dat is hier niet het geval.

165. Tot slot en in de derde plaats komt HBH in het eerste onderdeel van het tweede deel van het tweede middel van hogere voorziening ook op tegen een punt dat het Gerecht volledigheidshalve heeft onderzocht. In het bestreden arrest heeft het Gerecht namelijk ook de door HBH naar voren gebrachte hypothese onderzocht dat het relevante doel van het referentiestelsel erin bestaat, misbruik van de regel van overdracht van de verliezen te voorkomen door verwerving van lege vennootschappen te ontmoedigen. In het bestreden arrest is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat, zelfs in die hypothese, gezonde en noodlijdende ondernemingen waarvan de samenstelling van de aandeelhouders een wezenlijke verandering heeft ondergaan, zich in een vergelijkbare situatie bevinden.<sup>72</sup>

166. Aangezien rekwirant er niet in is geslaagd aan te tonen dat het Gerecht bij zijn eerste beoordeling blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, treffen de argumenten inzake deze alternatieve beoordeling geen doel.

*2) Argumenten van rekwirant met betrekking tot de slotsom van het Gerecht dat de saneringsclausule geen algemene maatregel is*

167. De argumenten van rekwirant met betrekking tot de slotsom van het Gerecht dat de saneringsclausule geen „algemene maatregel” is waarvan alle ondernemingen gebruik kunnen maken, kunnen snel worden afgedaan.

168. Wat in de eerste plaats het tweede onderdeel van het tweede deel van het eerste middel van hogere voorziening (inzake ontoereikende motivering) betreft, worden de redenen waarom de litigieuze maatregel geen algemene maatregel is waarvan alle ondernemingen gebruik kunnen maken, in het bestreden arrest kort maar duidelijk uiteengezet: die maatregel ziet slechts op één categorie van ondernemingen die zich in een specifieke situatie bevinden, te weten ondernemingen in moeilijkheden.<sup>73</sup>

169. Nog belangrijker is, met betrekking tot het tweede onderdeel van het tweede deel van het tweede middel van hogere voorziening, dat het Gerecht de toepasselijke rechtspraak juist heeft toegepast.

170. Na de schriftelijke procedure in de onderhavige zaak is het arrest van het Gerecht waarop rekwirant zich hier baseert, in hogere voorziening vernietigd.<sup>74</sup> Anders dan HBH betoogt, volgt uit de rechtspraak dus niet dat voor selectiviteit is vereist dat alleen een bijzondere groep ondernemingen van de bestreden maatregel gebruik kan maken.

<sup>72</sup> Punten 132-134 van het bestreden arrest.

<sup>73</sup> Punt 141 van het bestreden arrest.

<sup>74</sup> Arresten van 7 november 2014, Autogrill España/Commissie, T-219/10, EU:T:2014:939, en 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981.



171. In het arrest *World Duty Free* heeft het Hof dit bevestigd. Het heeft geoordeeld dat een belastingmaatregel, om als selectief te worden aangemerkt, niet per se bedoeld hoeft te zijn voor een bijzondere groep ondernemingen die op basis van specifieke en gemeenschappelijke eigen kenmerken kan worden onderscheiden. Bij de beoordeling of een maatregel selectief is, moet juist worden nagegaan of bepaalde marktdeelnemers worden gediscrimineerd doordat zij worden uitgesloten van een belastingvoordeel dat voortvloeit uit een maatregel die afwijkt van een normale belastingregeling.<sup>75</sup>

172. Dit is de analysemethode waarvan het Gerecht in het bestreden arrest gebruik heeft gemaakt.<sup>76</sup> Bijgevolg kan niet worden volgehouden dat de rechtspraak betreffende de beoordeling van de selectiviteit in het bestreden arrest onjuist is toegepast.

173. Gelet op een en ander kom ik tot de slotsom dat het tweede deel van het eerste en het tweede middel van hogere voorziening deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond dient te worden verklaard.<sup>77</sup>

#### **4. Stap 3: beoordeling of de belastingregeling intrinsiek gerechtvaardigd is**

##### **a) Argumenten van partijen**

174. In het derde deel van het eerste middel van hogere voorziening betoogt rekwirant dat het Gerecht de afwijzing van het door hem in eerste aanleg aangevoerde argument inzake de rechtvaardiging van de saneringsclausule, namelijk dat de litigieuze maatregel waarborgt dat het beginsel van belastingheffing naar draagkracht in acht wordt genomen, onvoldoende heeft gemotiveerd.<sup>78</sup>

175. De Commissie is van mening dat de motivering van het Gerecht geen gebreken vertoont.

176. In het derde deel van het tweede middel van hogere voorziening betoogt HBH dat het Gerecht artikel 107, lid 1, VWEU heeft geschonden door te oordelen dat de saneringsclausule tot doel heeft de sanering van ondernemingen in moeilijkheden te bevorderen, en daardoor een doel nastreeft dat buiten de belastingregeling ligt.<sup>79</sup>

177. De Commissie is van mening dat het Gerecht het doel van de litigieuze maatregel correct heeft vastgesteld op basis van zijn exclusieve bevoegdheid om de feiten vast te stellen. De argumenten inzake het beginsel van belastingheffing naar draagkracht treffen volgens de Commissie geen doel of zijn volgens haar, subsidiair, ongegrond.

##### **b) Bespreking**

178. In het derde deel van het eerste en het tweede middel van hogere voorziening komt rekwirant met name op tegen de slotsom van het Gerecht dat het doel van de saneringsclausule, namelijk het waarborgen van belastingheffing naar draagkracht van de belastingplichtige, niet inherent is aan het belastingstelsel.

<sup>75</sup> 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, punten 69-71 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>76</sup> Punten 140 en 141 van het bestreden arrest.

<sup>77</sup> Aangezien het tweede onderdeel van het tweede deel van het tweede middel van hogere voorziening ongegrond is, hoeft het argument van de Commissie dat het Gerecht *ultra petita* heeft beslist, niet te worden besproken.

<sup>78</sup> Punten 165 en 166 van het bestreden arrest.

<sup>79</sup> Punten 158-160 en 164-170 van het bestreden arrest.

179. Ten eerste dient het argument dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het doel van de litigieuze maatregel onjuist vast te stellen, niet-ontvankelijk te worden verklaard. Net als de vaststelling van het doel van het referentiestelsel, betreft de vaststelling van het *doel* van de saneringsclausule volgens mij de vaststelling van de feiten.<sup>80</sup> Behalve in geval van een duidelijke onjuiste opvatting is het Hof niet bevoegd om dergelijke vaststellingen te onderzoeken. In de onderhavige zaak blijkt uit het dossier niet dat er sprake is van een onjuiste opvatting.

180. Ten tweede treft de rest van de argumenten van rekwirant geen doel. De argumenten inzake de gebrekkige motivering van het bestreden arrest en inzake fouten in de beoordeling van het argument van HBH dat de saneringsclausule beoogt te waarborgen dat de belastingheffing naar draagkracht van de belastingplichtige plaatsvindt, hebben betrekking op een punt dat het Gerecht volledigheidshalve heeft behandeld.

181. Met andere woorden, ik ben het eens met de Commissie dat de door rekwirant in het derde deel van het eerste en tweede middel van hogere voorziening aangevoerde argumenten ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond zijn.

182. Tot slot wijs ik erop dat het bijzonder moeilijk is bij deze derde stap van de beoordeling van de selectiviteit een belastingmaatregel te handhaven.

183. In feite heeft het Hof ter zake van de rechtvaardiging voor een strikte benadering gekozen. Alleen een rechtvaardiging die uit de grondbeginselen of de leidende beginselen van het belastingstelsel voortvloeit, is toegestaan. Dat wil zeggen dat een a priori selectief bevonden maatregel alleen kan worden gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het belastingstelsel. In dit verband heeft het Hof onderscheid gemaakt tussen enerzijds de doelstellingen van een specifiek belastingstelsel die buiten dat stelsel zijn gelegen, en anderzijds de voor het bereiken van dergelijke doelstellingen noodzakelijke mechanismen die inherent zijn aan het belastingstelsel zelf.<sup>81</sup>

184. Hoe duidelijk dit onderscheid in theorie ook lijkt, de realiteit is veel complexer.

185. Ten eerste gaat dit onderscheid uit van de premisse dat alleen redenen die betrekking hebben op handhaving van de belastinggrondslag (dat wil zeggen de noodzaak van het genereren van opbrengsten voor de begroting) geldig kunnen worden aangevoerd. De Commissie illustreert dit met voorbeelden: zo kunnen de noodzaak om belastingontwijking te bestrijden, de noodzaak om rekening te houden met bijzondere boekhoudkundige vereisten, de administratieve beheersbaarheid en het beginsel van de fiscale neutraliteit, alsmede de noodzaak om dubbele belasting te vermijden, rechtvaardigingsgronden zijn om de belastingmaatregel te handhaven.<sup>82</sup> Toch ben ik er niet van overtuigd dat deze redenen zinvol kunnen worden onderscheiden van andere doelstellingen die de staat met belastingheffing nastreeft. Daarbij mag niet worden vergeten dat de staat belastingheffing tegenwoordig ook gebruikt om het gedrag te beïnvloeden. Met andere woorden, redenen die volgens de taxonomie van het Hof inherent zijn aan het belastingstelsel, zijn onlosmakelijk verbonden met de doelstellingen uit een bredere maatschappelijke context. Ik denk met name aan doelstellingen zoals de noodzaak van behoud van de werkgelegenheid, van bescherming van het milieu en van het waarborgen van regionale ontwikkeling of van de gelijke behandeling van belastingplichtigen.

<sup>80</sup> Zie punt 164 hierboven.

<sup>81</sup> Zie bijvoorbeeld arresten van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03, EU:C:2006:511, punten 81 en 82; 8 september 2011, Paint Graphos e.a., C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 69; 9 oktober 2014, Ministerio de Defensa en Navantia, C-522/13, EU:C:2014:2262, punt 42, en 18 juli 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, punt 29.

<sup>82</sup> Voor deze en andere voorbeelden zie mededeling van de Commissie, *ibid*, punt 138. Uit het arrest Paint Graphos van het Hof volgt verder dat het vermijden van dubbele belasting een reden is die binnen het belastingstelsel ligt (arrest van 8 september 2011, Paint Graphos, C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 71).

186. Ten tweede, en nog veel belangrijker, is dat alle belastingregelingen waarvan is vastgesteld dat zij bepaalde ondernemingen (a priori) selectief begunstigen, de belastinggrondslag uithollen, omdat een selectief fiscaal voordeel voor bepaalde ondernemingen een verlichting van de belastingdruk meebrengt.

187. Het is daarom niet verwonderlijk dat het Hof, voor zover ik weet, de door lidstaten in het kader van de derde stap van de beoordeling van de selectiviteit aangevoerde redenen nog moet aanvaarden. Daaruit kan worden afgeleid dat het hier gaat om een de facto onweerlegbaar vermoeden dat belastingmaatregelen die a priori selectief worden bevonden, in werkelijkheid selectief zijn.

### **C. Gevolgen van de bespreking**

188. Volgens artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht in geval van gegrondheid van de hogere voorziening. Het Hof kan de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is. Het kan de zaak ook naar het Gerecht terugverwijzen.

189. Het eerste deel van het tweede middel van de hogere voorziening moet naar mijn mening worden aanvaard. Indien het Hof het eens is met mijn standpunt, geef ik het in overweging de zaak zelf af te doen.

190. De vastgestelde onjuiste toepassing van het recht bij de vaststelling van het referentiestelsel brengt mee dat het bestreden arrest dient te worden vernietigd voor zover het beroep van rekwirant daarbij ongegrond is verklaard. De beoordeling of de litigieuze maatregel selectief is, is door die onjuiste toepassing van het recht immers vertekend. Bovendien heeft het Gerecht als gevolg van die onjuiste toepassing van het recht verklaard dat de Commissie het referentiekader in het litigieuze besluit juist heeft vastgesteld. De selectiviteit van de saneringsclausule is dus beoordeeld tegen de achtergrond van een benchmark (de regel van het laten vervallen van de verliezen) die naar mijn oordeel juridisch onjuist is. Met andere woorden bij de beoordeling van de selectiviteit is in het litigieuze besluit uitgegaan van een onjuiste premisse. Om die reden moet dit besluit nietig worden verklaard.

191. Ingeval het Hof het echter niet eens is met mijn standpunt over dit vraagstuk, moet de hogere voorziening volledig worden afgewezen.

### **D. Kosten**

192. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover de wederpartij dat heeft gevorderd.

193. Indien het Hof het eens is met mijn standpunt over de hogere voorziening, dient de Commissie overeenkomstig de artikelen 137, 138 en 184 van het Reglement voor de procesvoering te worden verwezen in de kosten die op de procedure in eerste aanleg zijn gevallen en in die welke op deze hogere voorziening zijn gevallen.

### **V. Conclusie**

194. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

- de incidentele hogere voorziening van de Commissie af te wijzen;

- het arrest van het Gerecht van 4 februari 2016 in zaak T-287/11, Heitkamp Bau Holding/Commissie, te vernietigen voor zover het Gerecht het beroep ongegrond heeft verklaard;
- besluit 2011/527/EU van de Commissie van 26 januari 2011 betreffende de steunmaatregel van Duitsland C 7/10 (ex CP 250/09 en NN 5/10) „KStG, Sanierungsklausel” nietig te verklaren;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.