

Downloaded via the EU tax law app / web

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid)

7 november 2014 (*)

„Staatssteun – Bepalingen inzake vennootschapsbelasting op grond waarvan ondernemingen met fiscale woonplaats in Spanje de goodwill uit de verwerving van deelnemingen in ondernemingen met fiscale woonplaats in het buitenland kunnen afschrijven – Besluit waarbij die regeling wordt aangemerkt als staatssteun, die steun onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt en terugvordering ervan wordt gelast – Begrip staatssteun – Selectief karakter – Aanwijzing van een groep ondernemingen die door de maatregel worden begunstigd – Geen – Schending van artikel 107, lid 1, VWEU”

In zaak T-399/11,

Banco Santander, SA, gevestigd te Santander (Spanje),

Santusa Holding, SL, gevestigd te Boadilla del Monte (Spanje),

aanvankelijk vertegenwoordigd door J. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro, M. Muñoz de Juan en R. Calvo Salinero, vervolgens door J. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro en R. Calvo Salinero, advocaten,

verzoeksters,

tegen

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

verweerster,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van de artikelen 1, lid 1, en 4 van besluit 2011/282/EU van de Commissie van 12 januari 2011 inzake de fiscale afschrijving van financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast (PB L 135, blz. 1),

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. E. Martins Ribeiro, president, N. J. Forwood, E. Bieliūnas, S. Gervasoni (rapporteur) en L. Madise, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 april 2014,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

Administratieve procedure

- 1 Leden van het Europees Parlement hebben de Commissie van de Europese Gemeenschappen in 2005 en 2006 verschillende schriftelijke vragen gesteld (E?4431/05, E?4772/05, E?5800/06 en P?5509/06) over de kwalificatie als staatssteun van de regeling als bedoeld in artikel 12, lid 5, ingevoegd in de Spaanse wet op de vennootschapsbelasting bij Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (wet 24/2001 houdende vaststelling van fiscale, bestuursrechtelijke en sociale maatregelen) van 27 december 2001 (BOE nr. 313 van 31 december 2001, blz. 50493), en opgenomen in Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (koninklijk besluit 4/2004 houdende goedkeuring van de herziene tekst van de wet op de vennootschapsbelasting) van 5 maart 2004 (BOE nr. 61 van 11 maart 2004, blz. 10951) (hierna: „omstreden regeling” of „omstreden maatregel”). De Commissie heeft in wezen geantwoord dat de omstreden regeling, volgens de gegevens waarover zij beschikte, geen staatssteun vormde.
- 2 Bij brieven van 15 januari en 26 maart 2007 heeft de Commissie de Spaanse autoriteiten verzocht haar informatie te verstrekken, zodat zij de strekking en de gevolgen van de omstreden regeling zou kunnen beoordelen. Bij brieven van 16 februari en 4 juni 2007 heeft het Koninkrijk Spanje de Commissie de gevraagde informatie verstrekt.
- 3 Bij faxbericht van 28 augustus 2007 heeft de Commissie een klacht van een particuliere marktdeelnemer ontvangen waarin werd gesteld dat de omstreden regeling met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun vormde.
- 4 Bij besluit van 10 oktober 2007 heeft de Commissie een formele onderzoeksprocedure ingeleid ten aanzien van de omstreden regeling.
- 5 Bij brief van 5 december 2007 heeft de Commissie opmerkingen van het Koninkrijk Spanje ontvangen over het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure. Tussen 18 januari en 16 juni 2008 heeft de Commissie tevens opmerkingen van 32 belanghebbenden ontvangen. Bij brieven van 30 juni 2008 en 22 april 2009 heeft het Koninkrijk Spanje gereageerd op de opmerkingen van de belanghebbenden.
- 6 Op 18 februari 2008 en op 12 mei en 8 juni 2009 hebben technische bijeenkomsten met de Spaanse autoriteiten plaatsgevonden. Ook met een aantal van de 32 belanghebbenden zijn technische bijeenkomsten georganiseerd.
- 7 Bij brief van 14 juli 2008 en bij e-mail van 16 juni 2009 heeft het Koninkrijk Spanje de Commissie aanvullende gegevens verstrekt.
- 8 De Commissie heeft de procedure met betrekking tot de verwerving van deelnemingen binnen de Europese Unie afgesloten met beschikking 2011/5/EG van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast (PB 2011, L 7, blz. 48).
- 9 Daarbij is de omstreden regeling, waarbij een belastingvoordeel werd toegekend dat erin bestond dat Spaanse ondernemingen de uit de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen resulterende financiële goodwill konden afschrijven, onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt voor zover zij betrekking had op de verwerving van deelnemingen

in binnen de Unie gevestigde ondernemingen.

10 De Commissie heeft de procedure betreffende de verwerving van deelnemingen in buiten de Unie gevestigde ondernemingen aangehouden, aangezien het Koninkrijk Spanje had toegezegd nieuwe gegevens te zullen verschaffen over de hinderpalen die volgens hem bestonden voor het verrichten van grensoverschrijdende fusies buiten de Unie.

11 Het Koninkrijk Spanje heeft de Commissie op 12, 16 en 20 november 2009 en 3 januari 2010 informatie verschaft over directe investeringen van Spaanse ondernemingen buiten de Unie. De Commissie heeft ook opmerkingen van een aantal belanghebbende derden ontvangen.

12 Op 27 november 2009 en op 16 en 29 juni 2010 hebben technische bijeenkomsten plaatsgevonden tussen de Commissie en de Spaanse autoriteiten.

Bestreden besluit

13 Op 12 januari 2011 heeft de Commissie besluit 2011/282/EU vastgesteld, inzake de fiscale afschrijving van financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast (PB L 135, blz. 1) (hierna: „bestreden besluit”). Dit besluit, in de in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakte versie, is op 3 maart 2011 gerectificeerd. In het *Publicatieblad* van 26 november 2011 is een tweede rectificatie gepubliceerd.

14 De omstreden maatregel bepaalt dat een in Spanje belastingplichtige onderneming die een deelneming in een „buitenlandse onderneming” verwerft, de goodwill uit die deelneming, die in haar boekhouding moet worden opgenomen als een afzonderlijk immaterieel actief, door afschrijving in mindering kan brengen op de belastinggrondslag van de door haar verschuldigde vennootschapsbelasting, mits die deelneming minstens 5 % bedraagt en gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar in haar bezit blijft. De omstreden maatregel preciseert dat een onderneming, om als „buitenlandse onderneming” te worden gekwalificeerd, onderworpen moet zijn aan een soortgelijke belasting als die welke in Spanje geldt en haar inkomsten hoofdzakelijk uit bedrijfsactiviteiten in het buitenland moet halen (punt 30 van het bestreden besluit).

15 Blijkens het bestreden besluit wordt in het Spaanse recht onder een bedrijfscombinatie een operatie verstaan waarbij een of meer ondernemingen, op het moment waarop zij worden ontbonden zonder in liquidatie te zijn gegaan, hun hele vennootschapsvermogen overdragen aan een andere reeds bestaande onderneming of aan een onderneming die zij vormen, in ruil voor de uitgifte aan hun aandeelhouders van effecten die het kapitaal van die andere onderneming vertegenwoordigen (punt 32 van het bestreden besluit).

16 Een verwerving van een deelneming wordt in het bestreden besluit omschreven als een operatie waarbij een onderneming aandelen in het kapitaal van een andere onderneming verwerft, zonder daarbij de meerderheid of de controle van de stemrechten van de doelonderneming te verwerven (punt 32 van het bestreden besluit).

17 Voorts vermeldt het bestreden besluit dat de financiële goodwill overeenkomstig de omstreden maatregel wordt bepaald door de marktwaarde van de materiële en immateriële activa van de doelonderneming van de voor de deelneming betaalde koopprijs af te trekken. Tevens wordt uiteengezet dat het begrip „financiële goodwill”, zoals bedoeld in de omstreden maatregel, op het gebied van de verwerving van deelnemingen een begrip introduceert dat gewoonlijk bij de overdracht van activa of bij de vorming van bedrijfscombinaties wordt gebruikt (punt 29 van het bestreden besluit).

18 Ten slotte moet erop worden gewezen dat een in Spanje belastingplichtige onderneming die een deelneming verwerft in een eveneens in Spanje gevestigde onderneming, naar Spaans belastingrecht de goodwill uit die verwerving niet afzonderlijk kan boeken voor fiscale doeleinden. Volgens datzelfde recht kan goodwill daarentegen wél worden afgeschreven na een bedrijfscombinatie (punt 28 van het bestreden besluit).

19 Het bestreden besluit verklaart de omstreden regeling onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover zij betrekking heeft op de verwerving van deelnemingen in buiten de Unie gevestigde ondernemingen (artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit). Bij artikel 4 van dat besluit wordt het Koninkrijk Spanje met name gelast de verleende steun terug te vorderen.

Procesverloop en conclusies van partijen

20 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 juli 2011, hebben verzoeksters, Banco Santander, SA, en Santusa Holding, SL, het onderhavige beroep ingesteld.

21 Verzoeksters verzoeken het Gerecht:

- artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit nietig te verklaren, voor zover daarbij wordt vastgesteld dat de omstreden regeling elementen van staatssteun bevat;
- subsidiair, artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit nietig te verklaren, voor zover daarbij wordt vastgesteld dat de omstreden regeling, bij toepassing op de verwerving van deelnemingen waardoor zeggenschap wordt verkregen, elementen van staatssteun bevat;
- subsidiair, artikel 4 van het bestreden besluit nietig te verklaren, voor zover daarbij terugvordering wordt gelast van de steun voor verrichtingen die dateren van vóór de bekendmaking van het bestreden besluit in het *Publicatieblad*;
- subsidiair, artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit en, meer subsidiair, artikel 4 ervan nietig te verklaren, voor zover die bepalingen zien op transacties die zijn verricht in de Verenigde Staten, Mexico en Brazilië;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

22 De Commissie verzoekt het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeksters te verwijzen in de kosten.

In rechte

Conclusies strekkende tot nietigverklaring van artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit

23 In het kader van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van artikel 1, lid 1, van het

bestreden besluit stellen verzoeksters dat de Commissie de omstreden regeling in het bestreden besluit ten onrechte als staatssteun heeft aangemerkt. Ter ondersteuning van die conclusies voeren zij in wezen vijf middelen aan, die betrekking hebben op: 1) een onjuiste rechtsopvatting van de Commissie bij de toepassing van de selectiviteitsvoorwaarde; 2) de onjuiste bepaling van het referentiestelsel; 3) het niet-selectieve karakter van de maatregel, aangezien de daarbij ingevoerde differentiatie voortvloeit uit de aard of de opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt; 4) het feit dat de maatregel geen voordeel verschafft aan de ondernemingen waarop de omstreden regeling van toepassing is, en 5) een gebrekkige motivering van het bestreden besluit, zowel wat het selectiviteitscriterium als wat het criterium inzake het bestaan van een voordeel betreft.

24 Allereerst dient het eerste middel te worden onderzocht.

25 Verzoeksters stellen dat de omstreden regeling niet selectief in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU is, maar dat het in werkelijkheid om een algemene maatregel gaat, die kan worden toegepast op elke onderneming die in Spanje belastingplichtig is. De Commissie heeft artikel 107, lid 1, VWEU dus onjuist toegepast, waar zij heeft geconcludeerd dat de omstreden maatregel een selectieve maatregel is.

26 Verzoeksters stellen verder dat het aan de Commissie stond, het bestaan aan te tonen van een groep ondernemingen waaraan de omstreden maatregel was voorbehouden. De Commissie heeft dat bewijs niet geleverd.

27 De Commissie betoogt dat het onderzoek naar de selectiviteit van de omstreden maatregel, zoals dat in het bestreden besluit is verricht, in overeenstemming is met de rechtspraak, aangezien eerst het relevante referentiekader wordt bepaald en vervolgens wordt vastgesteld dat de omstreden maatregel in een uitzondering voorziet.

28 De Commissie baseert zich voorts op de analogie tussen een voordeel dat wordt verleend bij export van kapitaal – zoals het geval is bij de omstreden maatregel – en een voordeel dat wordt verleend bij export van goederen – in welk geval reeds is geoordeeld dat een dergelijk voordeel een selectieve maatregel vormde.

29 Voordat in het licht van de concrete omstandigheden kan worden onderzocht of het onderhavige middel gegrond is, moet erop worden gewezen dat het selectiviteitscriterium een van de criteria is waaraan cumulatief moet zijn voldaan om een maatregel als staatssteun te kunnen kwalificeren, en moet vervolgens worden bepaald onder welke voorwaarden de Commissie op goede gronden kan vaststellen dat er sprake is van een selectieve maatregel.

Criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat er sprake is van staatssteun

30 Artikel 107, lid 1, VWEU luidt als volgt:

„Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten 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.”

31 Volgens de rechtspraak vereist de kwalificatie als staatssteun dat aan alle voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU is voldaan (zie arrest Hof van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Jurispr. blz. I-7747, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 De voorwaarden waaronder ingevolge artikel 107, lid 1, VWEU een nationale maatregel als staatssteun kan worden aangemerkt, zijn de volgende: de financiering van die maatregel door de staat of met staatsmiddelen, het bestaan van een voordeel voor een onderneming, de selectiviteit van die maatregel, de invloed ervan op het handelsverkeer tussen de lidstaten en de daaruit voortvloeiende vervalsing van de mededinging (arrest Hof van 15 juni 2006, Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 en C-41/05, Jurispr. blz. I-5293, punt 28).

Bij het onderzoek naar de selectiviteit op belastinggebied toe te passen methode

33 Uit vaste rechtspraak blijkt dat ingevolge artikel 107, lid 1, VWEU moet worden vastgesteld of een nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan begunstigen ten opzichte van andere die, gelet op de doelstelling van de betrokken regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie verkeren (zie arresten Hof van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03, Jurispr. blz. I-7115, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, Jurispr. blz. I-11113, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest Gerecht van 22 januari 2013, Salzgitter/Commissie, T-308/00 RENV, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 116).

34 De bepaling van de relevante rechtsregeling – het referentiekader – is des te belangrijker bij belastingmaatregelen, aangezien het bestaan van een voordeel slechts ten opzichte van een „normale” belastingheffing kan worden vastgesteld (arrest Portugal/Commissie, punt 33 supra, punt 56).

35 Om te beoordelen of een belastingmaatregel selectief is, moet dus worden onderzocht of die maatregel, gelet op het referentiekader, een voordeel verschaft aan bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere die in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie verkeren (arrest Portugal/Commissie, punt 33 supra, punt 56).

36 Ook als binnen het referentiekader een dergelijke ongelijke behandeling van feitelijk en juridisch vergelijkbare situaties blijkt plaats te vinden, zij echter gewezen op de vaste rechtspraak volgens welke het begrip „staatssteun” niet ziet op maatregelen van staten die differentiëren tussen ondernemingen en derhalve a priori selectieve maatregelen zijn, wanneer deze differentiatie het gevolg is van de aard of de opzet van het lastenstelsel waarvan zij deel uitmaken (arrest Portugal/Commissie, punt 33 supra, punt 52).

37 Uit het voorgaande volgt dat de kwalificatie van een nationale belastingmaatregel als „selectief” veronderstelt dat allereerst wordt bepaald en onderzocht welke algemene of „normale” belastingregeling in de betrokken lidstaat geldt. Vervolgens moet in het licht van deze algemene of „normale” belastingregeling worden beoordeeld of het door de betrokken belastingmaatregel verschaft voordeel eventueel selectief is, door zich ervan te vergewissen dat die maatregel van de algemene regeling afwijkt, voor zover hij een differentiatie invoert tussen marktdeelnemers die, gelet op het doel van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie verkeren (arrest Gerecht van 7 maart 2012, British Aggregates/Commissie, T-210/02 RENV, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 49). In voorkomend geval dient ten slotte te worden nagegaan of de betrokken lidstaat geslaagd is in het bewijs dat de maatregel wordt gerechtvaardigd door de aard of de opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt (arrest

Portugal/Commissie, punt 33 supra, punt 53).

Vereiste aanwijzing van een groep ondernemingen die door de betrokken maatregel worden begunstigd

38 Op grond van het criterium inzake de selectiviteit van een maatregel kan een onderscheid worden gemaakt tussen staatssteun en algemene maatregelen van fiscaal of economisch beleid die door de lidstaten worden toegepast (zie in die zin arrest *Air Liquide Industries Belgium*, punt 32 supra, punt 32).

39 Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat ook een maatregel waarvan de toepassing niet beperkt is tot een nauwkeurig afgebakende sector van activiteit, als selectief kan worden aangemerkt.

40 Het Hof heeft namelijk erkend dat er sprake was van staatssteun in het geval waarin een maatregel „voornamelijk bedoeld” was voor een specifieke sector van activiteit, en ook wanneer hij bedoeld was voor meerdere sectoren (arresten Hof van 12 juli 1990, *COFAZ/Commissie*, C?169/84, Jurispr. blz. I?3083, punten 22 en 23, en 20 november 2003, *GEMO*, C?126/01, Jurispr. blz. I?13769, punten 37?39).

41 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat een maatregel ten behoeve van ondernemingen die stoffelijke goederen produceerden, een selectief karakter had (arrest Hof van 8 november 2001, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C?143/99, Jurispr. blz. I?8365, punt 40).

42 Voorts heeft het Hof geoordeeld dat een maatregel die slechts ten goede kwam aan ondernemingen die gevestigd waren in een beperkt geografisch gebied zijn karakter van algemene maatregel van fiscaal of economisch beleid verloor (zie in die zin arrest Hof van 19 september 2000, *Duitsland/Commissie*, C?156/98, Jurispr. blz. I?6857, punt 23).

43 Het Gerecht heeft zelfs een maatregel die gedurende beperkte tijd van toepassing was, aangemerkt als selectief. Het heeft namelijk geoordeeld dat selectief was, een maatregel die, gelet op de korte tijd die de ondernemingen werd gelaten om alle nodige stappen te zetten om ervoor in aanmerking te komen, de facto slechts beschikbaar was voor ondernemingen die daarmee al waren begonnen, ondernemingen die ten minste reeds hadden overwogen die stappen te zetten of ondernemingen die klaar waren om een dergelijk initiatief op zeer korte termijn te nemen (zie in die zin arrest Gerecht van 4 september 2009, *Italië/Commissie*, T?211/05, Jurispr. blz. II?2777, punten 120 en 121).

44 Wanneer de groep steunontvangers bijzonder groot of heterogeen is, is voor het beoordelen van het selectieve karakter van de betrokken maatregel de afbakening van die groep soms minder doorslaggevend dan de afbakening van de groep uitgesloten ondernemingen (zie in die zin arrest Gerecht van 29 september 2000, *CETM/Commissie*, T?55/99, Jurispr. blz. II?3207, punten 39, 40 en 47).

45 Uit de in de punten 31 tot en met 44 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt dat de bepaling van een groep ondernemingen die als enige door de betrokken maatregel worden begunstigd, een noodzakelijke voorwaarde is voor de vaststelling dat er sprake is van staatssteun.

46 Een dergelijke uitlegging van het begrip selectiviteit strookt met de bewoordingen zelf van artikel 107, lid 1, VWEU, volgens hetwelk het voordeel „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” moet begunstigen.

47 Zoals in de punten 33 en 37 hierboven is uiteengezet, herinnert voorts het Hof eraan, wanneer het aan de in die punten beschreven onderzoeksmethode refereert, dat overeenkomstig artikel 107, lid 1, VWEU moet worden vastgesteld of een nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan begunstigen ten opzichte van andere die, gelet op de doelstelling van de betrokken regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie verkeren (arrest Portugal/Commissie, punt 33 supra, punt 54).

48 Wanneer mogelijkerwijs álle ondernemingen in aanmerking komen voor de betrokken maatregel – hoewel deze een afwijking van de algemene of „normale” belastingregeling vormt – is een vergelijking, in het licht van het met die regeling beoogde doel, van de feitelijke en juridische situatie van ondernemingen die van de maatregel kunnen profiteren met die van ondernemingen die er niet voor in aanmerking komen, echter niet mogelijk.

49 Uit het voorgaande volgt dat in alle gevallen een groep ondernemingen die als enige door de betrokken maatregel worden bevoordeeld, moet worden aangewezen, wil aan de selectiviteitsvoorwaarde zijn voldaan, en dat in het in punt 48 hierboven bedoelde geval de selectiviteit van de maatregel niet kan volgen uit de enkele vaststelling dat een afwijking van de algemene of „normale” belastingregeling is ingevoerd.

50 Voorts staat het aan de Commissie aan te tonen dat een maatregel een onderscheid maakt tussen ondernemingen die zich ten aanzien van het beoogde doel in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden (arrest Hof van 8 september 2011, Commissie/Nederland, C-279/08 P, Jurispr. blz. I-7671, punt 62).

51 Zo heeft het Hof in het arrest Commissie/Nederland, punt 50 supra (punt 63), vastgesteld dat de Commissie in de litigieuze beschikking genoegzaam had aangetoond dat uitsluitend een specifieke groep van grote industriële ondernemingen die in de handel tussen lidstaten actief waren, een voordeel ontvingen dat niet voor andere ondernemingen beschikbaar was. In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, was de Commissie er dus in geslaagd te bewijzen dat de betrokken maatregel selectief van toepassing was op bepaalde ondernemingen of bepaalde producties.

52 Evenzo heeft het Hof in het arrest Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, punt 33 supra (punt 96), geconcludeerd dat de Commissie in de litigieuze beschikking genoegzaam had aangetoond dat bepaalde ondernemingen, te weten „offshorevennootschappen”, selectieve voordelen genoten.

53 In het onderhavige geval moet dus worden beoordeeld of de verschillende gronden waarop de Commissie in het bestreden besluit tot de conclusie is gekomen dat de omstreden maatregel selectief is en die zij ook in de gerechtelijke procedure heeft aangevoerd, het selectieve karakter van deze maatregel kunnen aantonen.

54 In de eerste plaats heeft de Commissie in het bestreden besluit haar conclusie dat de omstreden maatregel een selectief karakter heeft, primair gebaseerd op het bestaan van een afwijking ten opzichte van een referentiekader. Zij heeft namelijk uiteengezet dat het referentiekader waarvan zij uitging voor het beoordelen van de selectiviteit van de omstreden maatregel werd gevormd door „het Spaanse algemene stelsel van vennootschapsbelasting en, preciezer gezegd, de in genoemd belastingstelsel vervatte voorschriften inzake de fiscale behandeling van financiële goodwill” (punt 118 van het bestreden besluit). „Bij wijze van inleiding” heeft zij erop gewezen dat de omstreden maatregel een uitzondering vormde op het Spaanse boekhoudsysteem (punt 121 van het bestreden besluit). Vervolgens heeft zij aangegeven dat de omstreden maatregel ertoe leidde dat ondernemingen die in Spanje belastingplichtig zijn en

deelnemingen verwerven in in het buitenland gevestigde ondernemingen, fiscaal anders worden behandeld dan ondernemingen die in Spanje belastingplichtig zijn en deelnemingen verwerven in in Spanje gevestigde ondernemingen, hoewel beide categorieën ondernemingen zich in vergelijkbare situaties bevonden (punten 122 en 136 van het bestreden besluit). Op grond van een dergelijk verschil in behandeling heeft de Commissie geconcludeerd dat de omstreden maatregel „een uitzondering vorm[de] op de referentieregeling” (punt 125 van het bestreden besluit).

55 In het bestreden besluit heeft de Commissie dus de in de punten 33 tot en met 37 hierboven beschreven onderzoeksmethode toegepast.

56 Zoals verzoeksters terecht stellen, kan de toepassing daarvan in casu echter niet leiden tot de vaststelling dat de omstreden maatregel een selectief karakter heeft. Gesteld al dat inderdaad sprake is van een afwijking van of een uitzondering op het door de Commissie bepaalde referentiekader, dan is daarmee als zodanig nog niet aangetoond dat de omstreden maatregel „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU begunstigt, aangezien a priori alle ondernemingen in aanmerking komen voor deze maatregel.

57 Om te beginnen zij er immers op gewezen dat de omstreden maatregel geldt voor alle verwervingen van deelnemingen van minstens 5 % in buitenlandse ondernemingen die gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar in bezit blijven. Hij is dus niet bedoeld voor een bijzondere groep ondernemingen of producties, maar voor een groep economische handelingen.

58 Het is juist dat ondernemingen in bepaalde gevallen de facto buiten de werkingssfeer kunnen vallen van een maatregel die nochtans de indruk geeft een algemene maatregel te zijn (zie in die zin arresten Hof van 10 december 1969, Commissie/Frankrijk, 6/69 en 11/69, Jurispr. blz. 523, punten 20 en 21, en Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, punt 33 supra, punten 101 en 107).

59 In casu dient een onderneming die in aanmerking wil komen voor de omstreden maatregel aandelen te kopen in een buitenlandse onderneming (punten 26 en 32 van het bestreden besluit).

60 Het zij benadrukt dat een dergelijke handeling – van zuiver financiële aard – de verwervende onderneming a priori niet verplicht haar activiteit te wijzigen, en voor haar overigens in beginsel slechts een tot de hoogte van haar investering beperkte aansprakelijkheid meebrengt.

61 Dienaangaande moet in herinnering worden gebracht dat een maatregel waarvan de toepassing losstaat van de aard van de ondernemingsactiviteit, a priori niet selectief is (zie in die zin arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, punt 41 supra, punt 36).

62 Voorts bepaalt de omstreden maatregel geen drempelbedrag voor de in punt 57 hierboven vermelde minimumdeelneming van 5 %, en is hij dus niet de facto voorbehouden aan ondernemingen die beschikken over toereikende financiële middelen daartoe. Dit lag anders bij de maatregel die aan de orde was in het arrest van het Gerecht van 9 september 2009, Diputación Foral de Álava e.a./Commissie (T?227/01–T?229/01, T?265/01, T?266/01 en T?270/01, Jurispr. blz. II?3029, punten 161 en 162).

63 Ten slotte wordt bij de omstreden maatregel een belastingvoordeel toegekend op basis van een voorwaarde die verband houdt met de verwerving van specifieke economische goederen, te weten deelnemingen in buitenlandse ondernemingen.

64 In het arrest Duitsland/Commissie, punt 42 supra (punt 22), heeft het Hof geoordeeld dat

een belastingvermindering ten behoeve van belastingplichtigen die bepaalde economische goederen verkochten en de daarbij geboekte winst bij de verwerving van deelnemingen in kapitaalvennootschappen met zetel in bepaalde gebieden konden aftrekken, hun een voordeel verleende dat een algemene maatregel was die zonder onderscheid van toepassing was op alle marktdeelnemers, en dus geen steun in de zin van de relevante verdragsbepalingen vormde.

65 Van de omstreden maatregel is dus a priori geen enkele groep ondernemingen uitgesloten.

66 Ook al zou de omstreden maatregel een afwijking van het door de Commissie in aanmerking genomen referentiekader vormen, dan nog levert dat hoe dan ook geen grond op voor de vaststelling dat die maatregel „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU begunstigt.

67 In de tweede plaats heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat „de omstreden maatregel selectief [was], omdat hij slechts aan bepaalde groepen ondernemingen, die bepaalde investeringen in het buitenland [deden], ten goede [kwam]” (punt 102 van het bestreden besluit). Zij heeft aangevoerd dat een maatregel die slechts ten goede kwam aan ondernemingen die voldeden aan de voorwaarden voor toekenning ervan „rechtens” selectief was, zonder dat behoefde te worden nagegaan of de betrokken maatregel, wegens de gevolgen ervan, slechts aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties een voordeel kon verschaffen.

68 Ook met deze in het bestreden besluit aangevoerde grond kan echter niet worden aangetoond dat de omstreden maatregel selectief is.

69 Volgens vaste rechtspraak maakt artikel 107, lid 1, VWEU namelijk een onderscheid naar de gevolgen van de maatregelen van de staten (arresten Hof van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, Jurispr. blz. 709, punt 27, en 29 april 2004, Nederland/Commissie, C-159/01, Jurispr. blz. I-4461, punt 51). Het is dus op basis van de gevolgen ervan dat moet worden beoordeeld of de betrokken maatregel staatssteun vormt, met name omdat hij een selectief karakter heeft (zie in die zin arrest Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, punt 33 supra, punten 87 en 88).

70 Voorts heeft het Hof in zijn arrest van 29 maart 2012, 3M Italia (C-417/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 42), geoordeeld dat het feit dat alleen belastingplichtigen die de voorwaarden voor toepassing van de in die zaak aan de orde zijnde maatregel vervulden voor die maatregel in aanmerking kwamen, op zich nog niet impliceerde dat het een selectieve maatregel betrof.

71 Ten slotte heeft het Hof in het arrest Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, punt 33 supra (punten 103, 104 en 107), geoordeeld dat fiscale differentiatie nog niet betekende dat er sprake was van steun en dat fiscale differentiatie slechts als steun kon worden aangemerkt, indien een bijzondere groep ondernemingen kon worden aangewezen die op basis van specifieke eigenschappen konden worden onderscheiden.

72 Anders dan de in punt 71 hierboven aangehaalde rechtspraak kan de door de Commissie verdedigde zienswijze leiden tot de vaststelling dat er sprake is van een selectieve belastingmaatregel zodra de toekenning ervan afhankelijk wordt gesteld van bepaalde voorwaarden, hoewel de begunstigde ondernemingen geen gemeenschappelijke eigen kenmerken vertonen op basis waarvan zij kunnen worden onderscheiden van andere ondernemingen, behalve dan het feit dat zij kunnen voldoen aan de voorwaarden voor toekenning van de maatregel.

73 In de derde plaats heeft de Commissie in punt 154 van het bestreden besluit uiteengezet

dat naar haar mening „in het onderhavige geval de omstreden maatregel erop gericht [was] de uitvoer van kapitaal uit Spanje te bevorderen, om de positie van Spaanse ondernemingen in het buitenland te versterken en aldus het concurrentievermogen van de begunstigen van de regeling te verbeteren”.

74 Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat een maatregel van een staat die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt, op basis van het selectiviteitscriterium geen staatssteun kan opleveren (arrest *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, punt 41 supra, punt 35).

75 Terwijl bij de beoordeling van de voorwaarde van artikel 107, lid 1, VWEU inzake ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten dient te worden onderzocht of de ondernemingen of producties van een lidstaat worden bevoordeeld ten opzichte van die van de andere lidstaten, kan de in hetzelfde lid van dat artikel genoemde selectiviteitsvoorwaarde slechts worden beoordeeld op het niveau van één enkele lidstaat, waarbij uitsluitend het verschil in behandeling tussen de ondernemingen of producties van die staat wordt onderzocht (zie in die zin arrest Hof van 11 november 2004, *Spanje/Commissie*, C-73/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 28).

76 Bijgevolg is het feit dat een maatregel ondernemingen die in een lidstaat belastingplichtig zijn, begunstigt ten opzichte van ondernemingen die in andere lidstaten belastingplichtig zijn, met name omdat hij het voor ondernemingen die in een lidstaat zijn gevestigd gemakkelijker maakt om deelnemingen te verwerven in het kapitaal van in het buitenland gevestigde ondernemingen, zonder invloed op het onderzoek naar het selectiviteitscriterium.

77 In het arrest *Commissie/Frankrijk*, punt 58 supra (punt 20), heeft het Hof weliswaar geoordeeld dat een voordeel „alleen ten behoeve van de uitgevoerde nationale producten vastgesteld om in de andere lidstaten hun concurrentiepositie ten opzichte van de uit deze staten afkomstige producten te verstevigen” staatssteun opleverde, maar die verwijzing naar uit de andere lidstaten afkomstige producten betrof de voorwaarde inzake ongunstige beïnvloeding van de mededinging en van het handelsverkeer.

78 Deze uitlegging van het arrest *Commissie/Frankrijk*, punt 58 supra, wordt bevestigd door het arrest van het Hof van 7 juni 1988, *Griekenland/Commissie* (57/86, Jurispr. blz. 2855, punt 8), waarin het onderscheid tussen nationale producten en producten van de andere lidstaten in het kader van het onderzoek naar het selectiviteitscriterium niet ter sprake komt. Ook in het arrest van het Hof van 15 juli 2004, *Spanje/Commissie* (C-501/00, Jurispr. blz. I-6717, punt 120), wordt bij dat onderzoek geen rekening gehouden met het betrokken onderscheid.

79 Uit die rechtspraak blijkt dat de vaststelling dat een maatregel selectief is, gebaseerd is op een verschil in behandeling tussen groepen ondernemingen die onder het recht van dezelfde lidstaat vallen en niet op een verschil in behandeling tussen ondernemingen van een bepaalde lidstaat en die van andere lidstaten.

80 Uit het voorgaande volgt dat het verband dat in punt 154 van het bestreden besluit (geciteerd in punt 73 hierboven) wordt gelegd tussen de uitvoer van kapitaal en de uitvoer van goederen – gesteld dat dat verband wordt aangetoond – slechts kan leiden tot de vaststelling dat de mededinging en het handelsverkeer ongunstig worden beïnvloed, en niet tot de conclusie dat de omstreden maatregel selectief is, aangezien het selectieve karakter binnen het nationale kader moet worden beoordeeld.

81 In de vierde plaats kan uit de rechtspraak waarop de Commissie zich beroept, niet worden afgeleid dat de rechterlijke instanties van de Unie reeds hebben aanvaard dat een

belastingmaatregel wordt aangemerkt als selectief, zonder dat wordt aangetoond dat de maatregel in kwestie een bijzondere groep ondernemingen of producties begunstigt, met uitsluiting van andere ondernemingen of producties.

82 Zo heeft het Hof geoordeeld dat een preferentieel herdiscontotarief voor de uitvoer, door een staat alleen ten behoeve van de uitgevoerde nationale producten vastgesteld om in de andere lidstaten hun concurrentiepositie ten opzichte van de uit deze staten afkomstige producten te verstevigen, een steunmaatregel was (arrest Commissie/Frankrijk, punt 58 supra, punt 20) en dat de vergoeding van rente op exportkredieten (arrest Griekenland/Commissie, punt 78 supra, punt 8) alsook een belastingverlaging die slechts ten goede kwam aan ondernemingen die exporteerden en bepaalde investeringen deden waarvoor de betrokken maatregelen golden (arrest van 15 juli 2004, Spanje/Commissie, punt 78 supra, punt 120) voldeden aan de selectiviteitsvoorwaarde.

83 In de drie in punt 82 hierboven aangehaalde arresten was de groep begunstigde ondernemingen op basis waarvan kon worden besloten dat de betrokken maatregel selectief was, de groep van exporterende ondernemingen.

84 Vastgesteld moet worden dat de groep van exporterende ondernemingen – ook al is die, evenals bijvoorbeeld de groep van ondernemingen die stoffelijke goederen produceren (zie punt 41 hierboven), bijzonder groot – bestaat uit ondernemingen die kunnen worden onderscheiden op basis van gemeenschappelijke kenmerken die verband houden met hun exportactiviteit.

85 Uit de in punt 82 hierboven aangehaalde rechtspraak betreffende ondernemingen die exportactiviteiten verrichten kan dus niet worden afgeleid dat de rechterlijke instanties van de Unie ermee hebben ingestemd dat een belastingmaatregel wordt aangemerkt als selectief, zonder dat een bijzondere groep ondernemingen of producties wordt aangewezen die op basis van specifieke kenmerken kunnen worden onderscheiden.

86 Aan die analyse wordt niet afgedaan door het argument van de Commissie dat het belastingvoordeel aan de orde in het arrest van 15 juli 2004, Spanje/Commissie, punt 78 supra, met name betrekking had op de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen. Ondernemingen die voor dat voordeel in aanmerking wilden komen, dienden namelijk deelnemingen te verwerven in ondernemingen waarvan de activiteiten rechtstreeks verband hielden met de export van goederen of diensten. Bovendien was de werkingssfeer van de maatregel die het Hof in die zaak als selectief heeft aangemerkt, niet beperkt tot dergelijke verwervingen van deelnemingen, maar omvatte zij ook andere exportactiviteiten: het opzetten van filialen of permanente vestigingen in het buitenland, het opzetten van dochterondernemingen waarvan de activiteiten rechtstreeks verband hielden met het exporteren van goederen en diensten, alsook reclamekosten voor de introductie van producten, marktpenetratie en marktonderzoek in het buitenland en kosten van deelneming aan handelsbeurzen, tentoonstellingen en andere soortgelijke openbare evenementen. Bijgevolg was het voordeel dat door de in dat arrest aan de orde zijnde maatregel werd verschaft, voorbehouden aan bepaalde ondernemingen, te weten ondernemingen die exportactiviteiten verrichtten. In casu is dat a priori niet het geval.

87 Gelet op een ander heeft de Commissie op basis van de door haar aangevoerde gronden niet aangetoond dat de omstreden maatregel een selectief karakter had.

88 Voor zover de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat de omstreden maatregel selectief was, heeft zij artikel 107, lid 1, VWEU dus onjuist toegepast.

89 Het onderzochte middel is derhalve gegrond. Bijgevolg moet artikel 1, lid 1, van het

bestreden besluit nietig worden verklaard zonder dat de andere middelen die verzoeksters ter ondersteuning van hun primaire conclusies aanvoeren, behoeven te worden onderzocht.

Conclusies strekkende tot nietigverklaring van artikel 4 van het bestreden besluit

90 Met hun conclusies die specifiek zien op artikel 4 van het bestreden besluit bekritisieren verzoeksters de overgangsregeling waarin dat besluit voorziet met het oog op de terugvordering van de betrokken steun. Verzoeksters betwisten in het bijzonder de datum die als uitgangspunt wordt genomen om te bepalen welke steun kan worden teruggevorderd. Met hun tegen dit artikel gerichte „subsidiare” conclusies beogen verzoeksters dus de mogelijkheden tot terugvordering van de hun verleende steun te beperken voor het geval dat alle mogelijkheden daartoe niet zouden zijn weggenomen op basis van hun primaire conclusies. Die primaire conclusies kunnen bijgevolg slechts aldus worden opgevat dat verzoeksters daarmee beogen te verkrijgen dat alle mogelijkheden tot terugvordering van de steun worden weggenomen, en dus in elk geval strekken tot nietigverklaring van artikel 4 van het bestreden besluit.

91 Bovendien zou het getuigen van een bijzonder groot formalisme wanneer zou worden aangenomen dat verzoeksters’ primaire conclusies niet strekken tot nietigverklaring van artikel 4 van het bestreden besluit – dat de rechtsgrondslag voor de terugvordering van de steun is –, ook al kunnen zij dat besluit slechts aanvechten voor zover zij het risico lopen dat tegen hen een maatregel tot terugvordering wordt getroffen (zie in die zin arrest Hof van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, C?71/09 P, C?73/09 P en C?76/09 P, Jurispr. blz. I?4727, punt 56).

92 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat verzoeksters, hoewel zij hun conclusies tot nietigverklaring van artikel 4 van het bestreden besluit, dat de terugvordering van de steun betreft, slechts „subsidiar” formuleren, noodzakelijkerwijs – en ook primair – nietigverklaring beogen te verkrijgen van de bepaling die de rechtsgrondslag vormt voor de terugvordering van de steun die zij hebben ontvangen.

93 Het feit dat het eerder onderzochte middel inzake het niet-selectieve karakter van de omstreden maatregel gegrond is bevonden, leidt niet alleen tot de nietigverklaring van artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit, dat vaststelt dat sprake is van steun, maar ook tot die van artikel 4 daarvan, dat terugvordering van die steun gelast.

Kosten

94 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van verzoeksters worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Tweede kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) **De artikelen 1, lid 1, en 4 van besluit 2011/282/EU van de Commissie van 12 januari 2011 inzake de fiscale afschrijving van financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast, worden nietig verklaard.**

2) **De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.**

Martins Ribeiro

Forwood

Bielišnas

Gervasoni

Madise

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 7 november 2014.

ondertekeningen

* Procestaal: Spaans