

Downloaded via the EU tax law app / web

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

28 juni 2018 (*)

„Hogere voorziening – Staatssteun – Duitse wettelijke belastingregeling betreffende bepaalde overdrachten van verliezen op toekomstige belastingjaren („saneringsclausule”) – Besluit waarbij de steunregeling onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Beroep tot nietigverklaring – Ontvankelijkheid – Artikel 263, vierde alinea, VWEU – Individueel geraakte persoon – Artikel 107, lid 1, VWEU – Begrip „staatssteun” – Selectiviteitsvoorwaarde – Vaststelling van het referentiekader – Juridische kwalificatie van de feiten”

In zaak C-203/16 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 12 april 2016,

Dirk Andres, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Heitkamp Bau Holding GmbH, wonende te Düsseldorf (Duitsland), vertegenwoordigd door W. Niemann, S. Geringhoff en P. Dodos, Rechtsanwälte,

rekwirant,

andere partijen in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door R. Lyal, T. Maxian Rusche en K. Blanck-Putz als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: M. Ilešič, kamerpresident, A. Rosas, C. Toader, A. Prechal en E. Jarašič (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: N. Wahl,

griffier: I. Illéssy, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 oktober 2017,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 20 december 2017,

het navolgende

Arrest

1 Met zijn hogere voorziening verzoekt Dirk Andres, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Heitkamp BauHolding GmbH (hierna: „HBH”), primair om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 4 februari 2016, Heitkamp BauHolding/Commissie (T?287/11, EU:T:2016:60; hierna: „bestreden arrest”), voor zover het Gerecht daarbij het beroep van HBH strekkende tot nietigverklaring van 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” (PB 2011, L 235, blz. 26; hierna: „litigieuze besluit”) ongegrond heeft verklaard, alsook om nietigverklaring van dit besluit.

2 Met haar incidentele hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie om vernietiging van het bestreden arrest voor zover het Gerecht daarbij de door haar opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van dat beroep heeft afgewezen, en bijgevolg om niet-ontvankelijkverklaring van het beroep in eerste aanleg.

Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

3 De voorgeschiedenis van het geding en het litigieuze besluit, zoals deze in de punten 1 tot en met 35 van het bestreden arrest zijn weergegeven, kunnen worden samengevat als volgt.

Duits recht

4 In Duitsland kunnen op grond van § 10d (2) van het Einkommensteuergesetz (wet inkomstenbelasting; hierna: „EStG”) de in de loop van een belastingjaar gemaakte verliezen worden overgedragen op latere belastingjaren, waarbij deze verliezen dus kunnen worden afgetrokken van de belastbare inkomsten van de volgende jaren (hierna: „regel van overdracht van de verliezen”). Op grond van § 8 (1) van het Körperschaftsteuergesetz (wet vennootschapsbelasting; hierna: „KStG”) geldt de regel van overdracht van de verliezen voor ondernemingen die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

5 Deze mogelijkheid om verliezen over te dragen leidde ertoe dat er – uitsluitend voor belastingdoeleinden – vennootschappen werden overgenomen die al elke bedrijfsactiviteit hadden stopgezet maar nog verliezen hadden die konden worden overgedragen. Om dergelijke constructies, die als oneerlijk werden beschouwd, tegen te gaan heeft de Duitse wetgever in 1997 in het KStG § 8 (4) ingevoerd waardoor de mogelijkheid om verliezen over te dragen werd beperkt tot ondernemingen die juridisch en economisch identiek waren aan de ondernemingen die de verliezen hadden gemaakt.

6 § 8 (4) KStG is met ingang van 1 januari 2008 ingetrokken bij het Unternehmensteuerreformgesetz (wet hervorming ondernemingsbelasting). Deze wet heeft in het KStG een nieuw § 8c (1) ingevoegd (hierna: „regel van het laten vervallen van de verliezen”), dat de mogelijkheid om verliezen over te dragen beperkt of zelfs uitsluit ingeval van verwerving van minimaal 25 % van de aandelen van een vennootschap (hierna: „schadelijke deelneming”). Hierin is bepaald, ten eerste, dat indien binnen een periode van vijf jaar na de overdracht meer dan 25 %, maar maximaal 50 % van het maatschappelijk kapitaal of van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap wordt overgedragen, de onbenutte verliezen evenredig met de procentuele wijziging van de samenstelling van de aandeelhoudersvervallen en, ten tweede, dat indien meer dan 50 % van het maatschappelijk kapitaal of van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap aan een overnemer wordt overgedragen, de onbenutte verliezen niet meer aftrekbaar zijn.

7 De regel van het laten vervallen van de verliezen voorzag in geen enkele uitzondering. De belastingautoriteiten konden echter, in geval van een schadelijke deelneming ter sanering van een onderneming in moeilijkheden, naar billijkheid een belastingvrijstelling toekennen op grond van een decreet van het Bundesministerium der Finanzen (federaal ministerie van Financiën, Duitsland) van 27 maart 2003.

8 In juni 2009 is bij het Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung (wet vermindering van de op de burger drukkende lasten inzake ziektekostenverzekering) in § 8c KStG een lid (1a) ingevoegd (hierna: „saneringsclausule” of „litigieuze maatregel”). Volgens deze nieuwe bepaling kan een entiteit zelfs ingeval van een schadelijke deelneming in de zin van § 8c (1) KStG verliezen overdragen wanneer de volgende voorwaarden zijn vervuld: de aandelen worden verworven met het oog op sanering van de vennootschap; ten tijde van de verwerving is deze vennootschap insolvent of toorst zij een te zware schuldenlast, of dreigt zij insolvent te worden of een te zware schuldenlast te torsen; de essentiële bedrijfsstructuren worden behouden, wat in wezen impliceert dat banen behouden blijven of dat een wezenlijke inbreng van bedrijfskapitaal wordt gedaan of schulden worden kwijtgescholden die nog kunnen worden geïnd; binnen vijf jaar na de verwerving van de deelneming vindt geen overschakeling naar een andere sector plaats, en ten tijde van de verwerving van de deelneming had de onderneming haar bedrijfsactiviteiten niet stopgezet.

9 De litigieuze maatregel is op 10 juli 2009 in werking getreden met terugwerkende kracht tot 1 januari 2008, te weten de datum van inwerkingtreding van de regel van het laten vervallen van de verliezen.

Litigieus besluit

10 De Commissie heeft in artikel 1 van het litigieuze besluit vastgesteld dat „[d]e op grond van § 8c (1a) [KStG] toegekende staatssteunregeling die [de Bondsrepubliek Duitsland] [...] onrechtmatig heeft verleend, onverenigbaar [is] met de interne markt”.

11 Bij de kwalificatie van de saneringsclausule als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU heeft die instelling met name geoordeeld dat deze clausule een uitzondering invoerde op de in § 8c (1) KStG bepaalde regel van het laten vervallen van de onbenutte verliezen van vennootschappen waarvan de samenstelling van de aandeelhouders was veranderd, en dat die clausule dus een selectief voordeel kon verlenen aan de ondernemingen die voldeden aan de voorwaarden om daarvoor in aanmerking te komen. Volgens de Commissie werd dit selectief voordeel niet gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het belastingstelsel, aangezien de litigieuze maatregel bedoeld was om de uit de economische en financiële crisis voortvloeiende problemen aan te pakken en dit doel buiten het belastingstelsel ligt. De Commissie heeft in de artikelen 2 en 3 van dat besluit niettemin verklaard dat bepaalde in het kader van die regeling verleende individuele steun verenigbaar was met de interne markt, mits aan bepaalde voorwaarden was voldaan.

12 In artikel 4 van het litigieuze besluit heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland gelast de onverenigbare steun die in het kader van de in artikel 1 van dat besluit bedoelde steunregeling was verleend, terug te vorderen van de begunstigden. Overeenkomstig artikel 6 van dat besluit diende deze lidstaat de Commissie onder meer een lijst van die begunstigden te verstrekken.

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

13 HBH is een vennootschap die sinds 2008 insolvent dreigde te worden. Op 20 februari 2009 heeft de moedermaatschappij van HBH de aandelen van HBH overgenomen met het oog op het fuseren van de twee vennootschappen, zodat HBH gesaneerd kon worden. Ten tijde van deze

overname voldeed HBH aan de voorwaarden voor toepassing van de saneringsclausule. Dit werd bevestigd in een door het Finanzamt Herne (belastingdienst Herne, Duitsland) op 11 november 2009 verstrekte bindende inlichting (hierna: „bindende inlichting”). Bovendien heeft HBH op 29 april 2010 van de belastingdienst Herne een vooruitbetalingsaanslag in de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 2009 ontvangen waarin rekening werd gehouden met de op grond van die clausule overgedragen verliezen.

14 Bij brief van 24 februari 2010 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland in kennis gesteld van haar besluit om de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden met betrekking tot de litigieuze maatregel. Het federale ministerie van Financiën heeft de Duitse belastingdienst bij brief van 30 april 2010 gelast die maatregel niet meer toe te passen.

15 Op 27 december 2010 is de vooruitbetalingsaanslag van 29 april 2010 vervangen door een nieuwe vooruitbetalingsaanslag in de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 2009 waarin de saneringsclausule niet werd toegepast. In januari 2011 heeft HBH onder meer vooruitbetalingsaanslagen in de vennootschapsbelasting voor de daaropvolgende belastingjaren ontvangen waarin die clausule evenmin werd toegepast. Op 1 april 2011 heeft HBH een aanslag in de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 2009 ontvangen. Aangezien § 8c (1a) KStG niet werd toegepast, heeft HBH de op 31 december 2008 bestaande verliezen niet kunnen overdragen.

16 Op 19 april 2011 heeft de belastingdienst Herne de bindende inlichting ingetrokken.

17 Op 22 juli 2011 heeft de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie een lijst verstrekt van de ondernemingen die het voordeel van de litigieuze maatregel hadden genoten. Deze lijst heeft de Commissie tevens een lijst verstrekt van de ondernemingen waarvoor bindende inlichtingen betreffende de toepassing van de saneringsclausule waren ingetrokken, waarin ook HBH vermeld stond.

Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

18 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 6 juni 2011, heeft HBH beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

19 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 16 september 2011, heeft de Commissie krachtens artikel 114 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991 een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.

20 Op 29 augustus 2011 heeft de Bondsrepubliek Duitsland verzocht om in de procedure te mogen interveniëren aan de zijde van HBH. Dit verzoek is bij beschikking van de president van de Tweede kamer van het Gerecht van 5 oktober 2011 ingewilligd.

21 Bij beschikking van het Gerecht van 21 mei 2014 is de exceptie van niet-ontvankelijkheid overeenkomstig artikel 114, lid 4, van voormeld Reglement bij de zaak ten gronde gevoegd.

22 Ter ondersteuning van haar beroep heeft HBH twee middelen aangevoerd, het eerste ontleend aan de omstandigheid dat de litigieuze maatregel niet a priori selectief is, en het tweede aan de omstandigheid dat deze maatregel wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het belastingstelsel.

23 In het bestreden arrest heeft het Gerecht enerzijds de exceptie van niet-ontvankelijkheid afgewezen op grond dat HBH rechtstreeks en individueel werd geraakt door het litigieuze besluit omdat zij in wezen al van vóór de vaststelling van het besluit om de formele onderzoeksprocedure

in te leiden, een door de Duitse belastingautoriteiten gecertificeerd verworven recht op een belastingbesparing had, en zij bovendien procesbelang had. Anderzijds heeft het Gerecht het beroep van HBH ongegrond verklaard.

Conclusies van partijen en procedure bij het Hof

24 Met haar hogere voorziening verzoekt HBH het Hof:

- punten 2 en 3 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen en het litigieuze besluit nietig te verklaren;
- subsidiair, punten 2 en 3 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

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

26 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, voor zover de Commissie daarbij wordt verwezen in een derde van haar eigen kosten;
- HBH te verwijzen in de kosten van de procedure bij het Hof en de procedure bij het Gerecht.

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

28 De Bondsrepubliek Duitsland heeft ter terechtzitting mondeling opmerkingen gemaakt waaruit blijkt dat zij de conclusies van HBH tot afwijzing van de incidentele hogere voorziening, tot vernietiging van het bestreden arrest voor zover het beroep in eerste aanleg daarbij ongegrond is verklaard, en tot nietigverklaring van het litigieuze besluit, ondersteunt.

Incidentele hogere voorziening

29 Aangezien de incidentele hogere voorziening betrekking heeft op de ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg – welke vraag voorafgaat aan de vragen betreffende de grond van de zaak die in de principale hogere voorziening worden opgeworpen – dient zij als eerste te worden onderzocht.

Argumenten van partijen

30 Volgens de Commissie heeft het Gerecht in de punten 50 tot en met 79 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn uitlegging van het begrip „individuele geraaktheid” in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU.

31 In de eerste plaats betoogt de Commissie onder verwijzing naar de arresten van 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie (C?15/98 en C?105/99, EU:C:2000:570), en 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), dat het relevante criterium om te bepalen of een verzoeker individueel wordt geraakt door een besluit van de Commissie waarbij een steunregeling onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard, de vraag is of die verzoeker een daadwerkelijke dan wel potentiële begunstigde is van uit hoofde van die regeling toegekende steun. Volgens de Commissie worden enkel daadwerkelijke begunstigden door een dergelijk besluit individueel geraakt.

32 Volgens de Commissie heeft het Gerecht zijn beslissing in de punten 62, 70 en 74 van het bestreden arrest echter niet gebaseerd op die rechtspraak maar op arresten die voor de onderhavige zaak niet relevant zijn. Er is in casu immers sprake van geen enkele van de omstandigheden op basis waarvan in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commissie (11/82, EU:C:1985:18), 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C?182/03 en C?217/03, EU:C:2006:416), 17 september 2009, Commissie/Koninklijke FrieslandCampina (C?519/07 P, EU:C:2009:556), 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C?132/12 P, EU:C:2014:100), en 27 februari 2014, Stichting Woonlinie e.a./Commissie (C?133/12 P, EU:C:2014:105) – waarop het Gerecht zich in de voormelde punten beroept – kon worden geoordeeld dat de rekwiranten individueel werden geraakt.

33 In tegenstelling tot wat het Gerecht in de punten 63 en 74 van het bestreden arrest heeft aangegeven, hangt de beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg volgens de Commissie dus niet af van de „feitelijke en juridische situatie” van HBH of van het bestaan van een „verworven recht”, maar uitsluitend van de vraag of HBH uit hoofde van de betrokken steunregeling al dan niet daadwerkelijk steun heeft ontvangen. De punten 75 en 76 van het bestreden arrest geven eveneens blijk van een onjuiste opvatting aangezien uit het 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), waarop het Gerecht zich in punt 76 heeft gebaseerd, alleen kan worden afgeleid dat het voor de beoordeling van de individuele geraaktheid weinig uitmaakt of het besluit van de Commissie al dan niet een bevel tot terugvordering van de daadwerkelijk toegekende steun bevat.

34 In de tweede plaats merkt de Commissie op dat het element dat voor het Gerecht in zijn analyse van de „feitelijke en juridische situatie” van HBH doorslaggevend is om te constateren dat deze laatste door het litigieuze besluit individueel wordt geraakt, het bestaan van een „verworven recht” is, zoals aangegeven in punt 74 van het bestreden arrest. Indien dit „verworven recht” als een verworven recht in de zin van het Unierecht moet worden begrepen, dan heeft het Gerecht echter blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens de Commissie kan een dergelijk recht immers slechts worden erkend wanneer het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen kan worden ingeroepen en is deze bescherming volgens de rechtspraak van het Hof in beginsel uitgesloten met betrekking tot steun die in strijd met de bij artikel 108, lid 3, VWEU opgelegde aanmeldingsverplichting is toegekend.

35 Op basis van diezelfde overweging betoogt de Commissie in de derde plaats dat, indien het Gerecht met „verworven recht” een verworven recht in de zin van het nationale recht heeft bedoeld, het eveneens blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het krachtens het nationale recht aanspraak maken op een verworven recht in de omstandigheden van de onderhavige zaak immers evenzeer indruist tegen de rechtspraak volgens welke voor steun die in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU is toegekend, geen dergelijk recht kan worden ingeroepen.

36 De Commissie stelt dat punt 1 van het dictum van het bestreden arrest bijgevolg moet worden vernietigd en dat het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk moet worden verklaard

omdat HBH geen daadwerkelijke begunstigde van de betrokken steunregeling is.

37 Volgens HBH en de Duitse Bondsrepubliek is de incidentele hogere voorziening ongegrond.

Beoordeling door het Hof

38 Volgens artikel 263, vierde alinea, VWEU, kan iedere natuurlijke of rechtspersoon onder de in de eerste en tweede alinea van dit artikel vastgestelde voorwaarden beroep instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken, alsmede tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen.

39 In casu staat enerzijds vast dat het litigieuze besluit, zoals het Gerecht in punt 57 van het bestreden arrest heeft uiteengezet, alleen tot de Bondsrepubliek Duitsland is gericht. Anderzijds blijkt uit de punten 58 tot en met 79 van dat arrest dat het Gerecht op grond van het feit dat HBH door dat besluit rechtstreeks en individueel werd geraakt – en dus op grond van de tweede hypothese van die bepaling – heeft geoordeeld dat zij procesbevoegdheid had.

40 De Commissie voert in het eerste deel van haar enige middel in wezen aan dat het Gerecht in de punten 62, 63, 70 en 74 tot en met 77 van het bestreden arrest blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het die voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het beroep van HBH beoordeelt aan de hand van de feitelijke en juridische situatie waarin deze zich bevindt, terwijl het enige relevante criterium de vraag is of zij daadwerkelijk dan wel potentieel begunstigde van de betrokken steunregeling was.

41 Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen andere personen dan de adressaten van een besluit enkel stellen dat zij door dit besluit individueel worden geraakt indien het hen raakt uit hoofde van bepaalde bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat (arresten van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, EU:C:1963:17, blz. 231, en 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie, C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 57).

42 De omstandigheid dat het aantal of zelfs de identiteit van de rechtssubjecten op wie een maatregel van toepassing is, meer of minder nauwkeurig kan worden bepaald, impliceert niet dat deze subjecten moeten worden geacht individueel door deze maatregel te worden geraakt, wanneer deze toepasselijkheid wordt bepaald op grond van een door de betrokken handeling omschreven objectieve feitelijke of rechtssituatie (arresten van 16 maart 1978, Unicme e.a./Raad, 123/77, EU:C:1978:73, punt 16, en 19 december 2013, Telefónica/Commissie, C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43 Zo heeft het Hof gepreciseerd dat een onderneming in beginsel niet kan opkomen tegen een besluit van de Commissie houdende verbod van een sectoriële steunregeling, wanneer dit besluit haar enkel betreft vanwege het feit dat zij tot de bedoelde sector behoort en wegens haar hoedanigheid van potentieel begunstigde van die regeling. Een dergelijk besluit vormt ten opzichte van een dergelijke onderneming immers een maatregel van algemene strekking, die op objectief bepaalde situaties van toepassing is en rechtsgevolgen heeft voor een algemeen en in abstracto omschreven categorie van personen (arresten van 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie, C-15/98 en C-105/99, EU:C:2000:570, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 19 december 2013, Telefónica/Commissie, C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 49).

44 Wanneer het besluit daarentegen een groep personen raakt die op het tijdstip waarop deze handeling werd vastgesteld waren geïdentificeerd of konden worden geïdentificeerd op basis van specifieke kenmerken van de leden van deze groep, kunnen deze personen door deze handeling

individueel zijn geraakt voor zover zij deel uitmaken van een beperkte kring van marktdeelnemers (arresten van 13 maart 2008, Commissie/Infront WM, C?125/06 P, EU:C:2008:159, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie, C?132/12 P, EU:C:2014:100, punt 59).

45 Aldus worden de daadwerkelijk begunstigden van uit hoofde van een steunregeling toegekende individuele steun waarvan de Commissie de terugvordering heeft gelast, daardoor individueel geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU (zie in die zin arrest van 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie, C?15/98 en C?105/99, EU:C:2000:570, punten 34 en 35; zie ook 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).

46 Het is juist dat, zoals de Commissie aanvoert, uit deze rechtspraak voortvloeit dat, ten eerste, het Hof erkent dat daadwerkelijke begunstigden van individuele steun die is toegekend uit hoofde van een met de interne markt onverenigbare steunregeling, individueel worden geraakt door een besluit van de Commissie waarbij die regeling onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard en waarbij de terugvordering van die steun wordt gelast en, ten tweede, een verzoeker volgens het Hof niet kan worden geacht individueel te worden geraakt louter en alleen omdat hij potentieel begunstigde van die regeling is. Anders dan de Commissie beweert, kan hieruit echter niet worden afgeleid dat het enige relevante criterium om te beoordelen of een verzoeker door een besluit van de Commissie waarbij een steunregeling onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard, individueel wordt geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, de vraag is of hij een daadwerkelijke dan wel een potentiële begunstigde is van krachtens deze regeling toegekende steun.

47 Zoals ook de advocaat-generaal in de punten 57, 59, 67 en 68 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, vormt de in de punten 43 en 45 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, die in de specifieke context van staatssteun is ontwikkeld, immers slechts een specifieke uitdrukking van het – in het arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17), geformuleerde – relevante juridische criterium om de individuele geraaktheid in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU te beoordelen. Volgens dit arrest wordt een verzoeker individueel geraakt door een tot een andere persoon gericht besluit indien dit besluit hem betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hem ten opzichte van ieder ander karakteriseert (zie ook, op het gebied van staatssteun, arresten van 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie, C?15/98 en C?105/99, EU:C:2000:570, punt 32, en 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 52, alsook, op andere gebieden, arresten van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commissie, 11/82, EU:C:1985:18, punten 11, 19 en 31, en 13 maart 2018, European Union Copper Task Force/Commissie, C?384/16 P, EU:C:2018:176, punt 93).

48 Of een verzoeker al dan niet behoort tot de categorie van daadwerkelijke of potentiële begunstigden van uit hoofde van een steunregeling toegekende individuele steun die bij besluit van de Commissie onverenigbaar met de interne markt is verklaard, kan dus in elk geval niet doorslaggevend zijn om te bepalen of die verzoeker door dat besluit individueel wordt geraakt wanneer hoe dan ook vaststaat dat het besluit hem overigens betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hem ten opzichte van ieder ander karakteriseert.

49 Uit het voorgaande volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door eerst, in de punten 60 tot en met 62 van het bestreden arrest, de in de punten 41 tot en met 44 van dit arrest uiteengezette rechtspraak in herinnering te roepen en daarna in punt 63 van dat arrest zich tot taak te stellen „[na te gaan] of [HBH], gelet op de feitelijke

en juridische situatie waarin hij zich bevindt, moet worden geacht door het bestreden besluit individueel te worden geraakt”.

50 Daaruit volgt bovendien dat het Gerecht evenmin blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het zich in de punten 62, 70 en 74 van het bestreden arrest ter ondersteuning van zijn analyse heeft gebaseerd op de in punt 32 van onderhavig arrest vermelde arresten, aangezien in al deze arresten toepassing wordt gemaakt van het in het arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17), geformuleerde criterium van individuele geraaktheid in omstandigheden waarin het, zoals in casu, niet relevant bleek om gebruik te maken van de specifieke uitdrukking van die rechtspraak waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen daadwerkelijke en potentiële begunstigen van individuele steun die wordt toegekend uit hoofde van een met de interne markt onverenigbaar verklaarde steunregeling.

51 Zo ook heeft het Gerecht geen blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in de punten 75 en 76 van het bestreden arrest de Commissie niet heeft gevolgd in haar betoog dat alleen de daadwerkelijke toekenning van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel de individuele geraaktheid van HBH kan schragen, en zich hiervoor heeft gebaseerd op het 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). Zoals in punt 47 van het onderhavige arrest reeds is geconstateerd, is het relevante criterium om te bepalen of een verzoeker door een besluit van de Commissie waarbij een steunregeling onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard, individueel wordt geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, immers de vraag of dat besluit hem betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hem ten opzichte van ieder ander karakteriseert, hetgeen het Gerecht trouwens in punt 76 van het bestreden arrest terecht in herinnering heeft gebracht.

52 Aangezien het eerste deel van het enige middel van de incidentele hogere voorziening dus ongegrond is, moet het worden verworpen.

53 Wat het tweede en het derde deel van dit enige middel betreft, zij eraan herinnerd dat de Commissie het Gerecht hiermee verwijt in punt 74 van het bestreden arrest blijkt te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat HBH individueel werd geraakt omdat deze onderneming krachtens de litigieuze maatregel een „verworven recht” op steun had.

54 In dit verband moet erop worden gewezen dat het Gerecht in het desbetreffende punt 74 met name heeft aangegeven dat „in de onderhavige zaak, [...] is vastgesteld dat [HBH] als gevolg van de specifieke kenmerken van de Duitse belastingwetgeving een door de Duitse belastingautoriteiten gecertificeerd verworven recht op een belastingbesparing had [...]. Door deze omstandigheid verschilt [HBH] immers van andere marktdeelnemers die slechts als potentiële begunstigen van de litigieuze maatregel worden geraakt”, waarbij het dienaangaande heeft verwezen naar punt 68 van het bestreden arrest.

55 In punt 68 heeft het Gerecht geconstateerd dat de in de punten 66 en 67 van dat arrest vermelde omstandigheden die de feitelijke en juridische situatie van HBH karakteriseerden in de zin van het arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17), door de Duitse belastingdienst waren gecertificeerd door middel van inzonderheid de bindende inlichting. Deze omstandigheden betroffen enerzijds het feit dat HBH, vóórdat de Commissie de formele onderzoeksprocedure opende, krachtens de Duitse regeling het recht had om haar verliezen over te dragen aangezien de voorwaarden van de saneringsclausule waren vervuld, en anderzijds het feit dat HBH in 2009 belastbare winst had gemaakt waarvan zij de op grond van de saneringsclausule overgedragen verliezen zou hebben afgetrokken.

56 Het Gerecht heeft daaruit in punt 69 van het bestreden arrest afgeleid dat „[...] het volgens

de Duitse regeling zeker [was] dat [HBH] aan het einde van het belastingjaar 2009 een belastingbesparing had gerealiseerd, waarvan zij de omvang overigens nauwkeurig kon bepalen. Aangezien de Duitse autoriteiten ter zake van de toepassing van de litigieuze maatregel over geen enkele beoordelingsmarge beschikten, was die belastingbesparing [...] immers slechts een kwestie van tijd overeenkomstig de toepassingsvoorwaarden van de belastingregeling". Het Gerecht heeft in datzelfde punt 69 geconstateerd dat HBH dus „een door de Duitse autoriteiten vóór de vaststelling van het inleidingsbesluit en vervolgens het [litigieuze] besluit gecertificeerd verworven recht [had] op die belastingbesparing, die zonder die besluiten een concrete vorm zou hebben aangenomen door de vaststelling van een belastingaanslag waarin de overdracht van de verliezen en de dienovereenkomstige opvoering daarvan op de balans zouden worden toegestaan" en dat „[z]ij [...] daardoor door de Duitse belastingautoriteiten en door de Commissie gemakkelijk [kon] worden geïdentificeerd".

57 Op basis daarvan is het Gerecht in punt 70 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat HBH „niet alleen [kan] worden aangemerkt als een onderneming die door het [litigieuze] besluit wordt geraakt omdat zij tot de betrokken sector behoort en een potentiële begunstigde is, maar [dat] moet worden geoordeeld dat zij deel uitmaakt van een gesloten kring van marktdeelnemers die op het tijdstip van de vaststelling van het [litigieuze] besluit waren geïdentificeerd of ten minste gemakkelijk konden worden geïdentificeerd in de zin van het arrest [van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17)]".

58 Uit de relevante passages van het bestreden arrest, in hun onderlinge samenhang gelezen, blijkt dan ook dat het Gerecht in punt 74 van dat arrest de woorden „verworven recht" louter heeft gebruikt om beknopt te verwijzen naar de specifieke feitelijke en juridische situatie van HBH op basis waarvan deze kon worden geacht door het litigieuze besluit individueel te worden geraakt in de zin van het arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17).

59 Aangezien het tweede en het derde deel van het enige middel van de incidentele hogere voorziening dus op een onjuiste lezing van het bestreden arrest berusten, moeten zij ongegrond worden verklaard en moet de incidentele hogere voorziening bijgevolg in haar geheel worden afgewezen.

Principale hogere voorziening

60 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert HBH twee middelen aan: ten eerste schending van de op het Gerecht rustende motiveringsplicht en ten tweede schending van artikel 107 VWEU. Het tweede middel dient eerst te worden onderzocht.

Argumenten van partijen

61 Met haar tweede middel betoogt HBH in de eerste plaats dat het Gerecht artikel 107 VWEU heeft geschonden doordat het de stelling van de Commissie volgens welke de regel van het laten vervallen van de verliezen in casu het relevante referentiekader vormt, heeft aanvaard en het dit referentiekader aldus onjuist heeft afgebakend. Volgens HBH heeft het Gerecht in de punten 103 en 106 van het bestreden arrest aanvankelijk correct bepaald welke de algemene belastingregeling is, te weten de regel van overdracht van de verliezen. Voor het onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde heeft het Gerecht echter de in § 8c (1) KStG bepaalde regel van het laten vervallen van de verliezen – te weten de uitzondering op die algemene regeling – gehanteerd als zijnde de relevante algemene of normale belastingregeling. Het heeft daarvoor ten onrechte niet de regel van overdracht van de verliezen in aanmerking genomen. Door aldus een uitzondering op de algemene belastingregeling als „referentiekader” aan te merken, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of, in ieder geval, de hem overgelegde bewijselementen dan wel het nationale recht onjuist opgevat.

62 Volgens HBH heeft het Gerecht eveneens blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het, om de algemene of normale belastingregeling te bepalen, uitgegaan is van een synthese van de basisregel en de uitzondering, te meer daar de regels waarvan het Gerecht in punt 104 van het bestreden arrest een amalgaam heeft gemaakt, niet tot hetzelfde normatieve niveau behoren, aangezien de regel van overdracht van de verliezen uitdrukking geeft aan het grondwettelijk beginsel van belastingheffing naar draagkracht.

63 Uit de punten 104 en 107 van het bestreden arrest blijkt volgens HBH bovendien ook dat het Gerecht bij de afbakening van het referentiekader de eerste en de tweede fase van het onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde heeft „samengevoegd” en zodoende de rechtspraak onjuist heeft toegepast.

64 In de tweede plaats betoogt HBH dat het Gerecht artikel 107 VWEU heeft geschonden bij het onderzoek van het a priori selectief karakter van de litigieuze maatregel. Om te beginnen heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de feitelijke en juridische situatie van sanering behoevende ondernemingen en die van gezonde ondernemingen, vergelijkbaar zijn. In het bijzonder volstaat de – met elke fiscale bepaling nagestreefde – doelstelling om fiscale inkomsten te genereren niet om de situaties van de betrokken marktdeelnemers als vergelijkbaar te kunnen beschouwen.

65 Voorts is de saneringsclausule volgens HBH wel degelijk een algemene maatregel. Punt 141 van het bestreden arrest druist in tegen de rechtspraak volgens welke het enige relevante criterium om te beoordelen of een maatregel algemeen is, de vraag betreft of deze maatregel wordt toegepast ongeacht de aard of het voorwerp van de activiteit van de onderneming dan wel of voor de toepassing ervan vereist is dat de onderneming haar activiteit aanpast.

66 In de derde plaats betoogt HBH dat het Gerecht artikel 107 VWEU heeft geschonden door de rechtvaardiging van de saneringsclausule af te wijzen. Het heeft in de punten 158 tot en met 160 en 164 tot en met 166 van het bestreden arrest ten onrechte geconstateerd dat die clausule tot doel heeft de sanering van de ondernemingen in moeilijkheden te bevorderen en onjuist geoordeeld dat dit doel buiten het belastingstelsel ligt. Ook heeft het Gerecht in de punten 166 tot en met 170 van dat arrest ten onrechte de aan het beginsel van belastingheffing naar draagkracht ontleende rechtvaardiging afgewezen.

67 HBH voert overigens aan dat het tweede middel van haar hogere voorziening wel degelijk ontvankelijk is, aangezien daarin enkel rechtsvragen worden opgeworpen. Dat middel heeft namelijk geen betrekking op de beoordeling van feiten, maar op de criteria die onjuist zijn toegepast om het referentiekader af te bakenen en op de juridische kwalificatie die het Gerecht

aan de feiten heeft gegeven, hetgeen in het kader van een hogere voorziening onder de toetsingsbevoegdheid van het Hof valt.

68 De Commissie voert primair aan dat dit tweede middel niet-ontvankelijk is. Het eerste en het derde deel ervan hebben volgens haar betrekking op de vaststelling van het nationale recht en dus op feitenkwesties. In elk geval berust dat eerste deel, waarmee HBH het Gerecht verwijt bij de afbakening van het referentiekader rekening te hebben gehouden met een regeling die alleen voor een bepaalde groep ondernemingen geldt, op een onjuiste lezing van de punten 103 tot en met 109 van het bestreden arrest. Uit die punten blijkt dat het Gerecht louter het voor alle ondernemingen geldende recht heeft aangeduid, aangezien de economische identiteit en continuïteit de beslissende criteria zijn voor de vraag of verliezen kunnen worden overgedragen, hetgeen feitenkwesties zijn.

69 Het tweede deel van het tweede middel is volgens de Commissie evenmin ontvankelijk. Ten eerste betreffen de vergelijkbaarheid van de situaties van de marktdeelnemers en de aanduiding van de relevante doelstelling in dit verband feitenkwesties. Ten tweede heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het betoog van HBH inzake de kwalificatie van de litigieuze maatregel als algemene maatregel ontvankelijk te verklaren, aangezien dit niet als een uitwerking van het eerste deel van het eerste middel had mogen worden beschouwd.

70 Subsidiair is het tweede middel volgens de Commissie ongegrond. In de eerste plaats vindt de stelling van HBH over de afbakening van het referentiekader, noch in de betrokken Duitse wet noch in de bij het Gerecht ingediende stukken steun. De Duitse wetgever heeft trouwens zelf de regel van het laten vervallen van de verliezen als de nieuwe basisregel aangeduid. Het Gerecht heeft dus rechtmatig vastgesteld dat sinds de invoering van § 8c (1) KStG de afschaffing van de overdracht van verliezen bij een schadelijke deelneming de nieuwe basisregel is in het Duitse fiscale recht.

71 In de tweede plaats is het betoog van HBH dat de situaties van de betrokken marktdeelnemers zagezegd niet vergelijkbaar zijn, volgens de Commissie het gevolg van een onjuist begrip van het bestreden arrest. Enerzijds is er vanuit het oogpunt van de veranderde economische identiteit geen verschil tussen ondernemingen die een sanering nodig hebben en ondernemingen die er geen nodig hebben.

72 Anderzijds is de saneringsclausule geen algemene maatregel, maar wel degelijk een selectieve maatregel. In dit verband kan het arrest van 7 november 2014, *Autogrill España/Commissie* (T-219/10, EU:T:2014:939), de stelling van HBH niet dienstig staven.

73 In de derde plaats heeft het Gerecht volgens de Commissie, in het kader van zijn soevereine beoordeling van de feiten, terecht vastgesteld dat de saneringsclausule tot doel heeft ondernemingen in moeilijkheden te helpen. Het daaraan ontleende argument dat deze clausule tot doel heeft overmatige belasting te vermijden, faalt in elk geval, aangezien het Gerecht in de punten 167 tot en met 173 van het bestreden arrest heeft geconstateerd dat, ook al wordt die doelstelling in aanmerking aangenomen, die clausule daardoor niet wordt gerechtvaardigd. Bovendien heeft het Gerecht ook op goede gronden de argumenten inzake het Duitse grondwettelijke recht en de schijnwinsten van de hand gewezen.

74 De Duitse Bondsrepubliek betoogt dat het Gerecht, net als de Commissie, bij het vaststellen van het referentiekader blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Onder verwijzing naar de arresten 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), en 21 december 2016, *Commissie/World Duty Free Group e.a.* (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981), geeft deze lidstaat aan dat om een maatregel als „selectief” aan te merken, de Commissie allereerst dient te

bepalen welke de normale belastingregeling is die in de betrokken lidstaat geldt, en vervolgens dient aan te tonen dat de onderzochte maatregel differentieert tussen ondernemingen die zich, gelet op het door die regeling nagestreefde doel, in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. Een uitsluitend op de regelgevingstechniek gebaseerde benadering is daartoe niet mogelijk.

75 De benadering van de Commissie is volgens de Duitse Bondsrepubliek in casu echter uitsluitend op de regelgevingstechniek gebaseerd, en het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door die benadering – hoewel deze in strijd is met de rechtspraak van het Hof – niet ter discussie te stellen. Het Gerecht heeft de inhoud en de draagwijdte van de relevante fiscale bepalingen in het bestreden arrest dus wel juist bepaald, maar er een onjuiste juridische kwalificatie aan gegeven.

Beoordeling door het Hof

76 Met het eerste deel van haar tweede middel betoogt HBH, hierin ondersteund door de Duitse Bondsrepubliek, in wezen dat het Gerecht in de punten 103 tot en met 107 van het bestreden arrest het voor het onderzoek van het selectieve karakter van de litigieuze maatregel af te bakenen referentiekader onjuist heeft vastgesteld.

77 Daar de Commissie de ontvankelijkheid van dit eerste deel betwist op grond dat het betrekking heeft op feitenkwesies, dient in herinnering te worden gebracht dat de beoordeling van de feiten en de bewijzen weliswaar geen rechtsvraag oplevert die als zodanig vatbaar is om in het kader van een hogere voorziening door het Hof te worden getoetst, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van deze feiten en bewijzen, maar dat het Hof, wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, krachtens artikel 256 VWEU bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden (arresten van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie, C?559/12 P, EU:C:2014:217, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 december 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commissie, C?66/16 P tot C?69/16 P, EU:C:2017:999, punt 97).

78 Bijgevolg is het Hof in hogere voorziening met betrekking tot het onderzoek van de vaststellingen van het Gerecht betreffende de nationale wetgeving, welke op het gebied van staatssteun feitelijke beoordelingen vormen, enkel bevoegd om te onderzoeken of die nationale wetgeving onjuist is opgevat (zie in die zin arresten van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie, C?559/12 P, EU:C:2014:217, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 december 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commissie, C?66/16 P tot C?69/16 P, EU:C:2017:999, punt 98). Het onderzoek in hogere voorziening van de juridische kwalificatie die het Gerecht in het licht van een bepaling van Unierecht aan dat nationale recht heeft gegeven, welke een rechtsvraag vormt, valt daarentegen wel onder de bevoegdheid van het Hof (zie in die zin arresten van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie, C?559/12 P, EU:C:2014:217, punt 83, en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C?524/14 P, EU:C:2016:971, punten 61 tot en met 63).

79 In casu staat vast dat HBH met het voormelde eerste deel niet de inhoud of de draagwijdte betwist die het Gerecht aan het nationale recht heeft gegeven, maar wel het feit dat het Gerecht, net als de Commissie in het bestreden besluit, de regel van het laten vervallen van de verliezen als „referentiekader” heeft aangemerkt.

80 Het begrip „referentiekader” betreft echter de eerste fase van het onderzoek van de voorwaarde inzake de selectiviteit van het voordeel, welke voorwaarde zelf volgens de rechtspraak van het Hof beslissend is voor het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (arresten 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, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak, 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 54).

81 Aangezien het betoog van HBH er dus toe strekt de juridische kwalificatie die het Gerecht aan de feiten heeft gegeven, ter discussie te stellen, is het eerste deel van het tweede middel van de hogere voorziening ontvankelijk.

82 Wat de grond van zaak betreft, moet in herinnering worden geroepen dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, een nationale maatregel pas kan worden aangemerkt als een nationale „steunmaatregel van de staat” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU wanneer is voldaan aan alle hierna genoemde voorwaarden. In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd. In de tweede plaats moet die maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. In de vierde plaats moet de maatregel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (arresten van 10 juni 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C?140/09, EU:C:2010:335, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak, 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 53).

83 Wat de voorwaarde van de selectiviteit van het voordeel betreft, blijkt uit eveneens vaste rechtspraak van het Hof dat bij de beoordeling van deze voorwaarde moet worden uitgemaakt of de betrokken nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan begunstigen ten opzichte van andere die zich, gelet op de doelstelling van die regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en dus een verschillende behandeling krijgen die in wezen discriminerend is (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 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

84 Verder dient de Commissie, wanneer de betrokken maatregel als een steunregeling en niet als een individuele steunmaatregel bedoeld is, aan te tonen dat die maatregel, hoewel hij voorziet in een voordeel van algemene strekking, dit voordeel alleen aan bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren verleent (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 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

85 Wat met name een nationale maatregel tot toekenning van een belastingvoordeel betreft, moet in herinnering worden geroepen dat een dergelijke maatregel die, hoewel in dat kader geen staatsmiddelen worden overgedragen, de situatie van de begunstigten verbetert ten opzichte van de andere belastingplichtigen, de begunstigten een selectief voordeel kan verschaffen en bijgevolg een steunmaatregel van de staat is in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Een belastingvoordeel dat voortvloeit uit een algemene maatregel die zonder onderscheid van toepassing is op alle marktdeelnemers, vormt daarentegen geen steunmaatregel in de zin van die bepaling (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 72 en 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie ook 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).

86 In die context kan de Commissie een nationale belastingmaatregel pas als „selectief” aanmerken nadat zij in een eerste fase heeft bepaald welke algemene of „normale” belastingregeling in de betrokken lidstaat van toepassing is, en in een tweede fase heeft aangetoond dat de betrokken belastingmaatregel afwijkt van de gewone regeling, voor zover hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van de gewone regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (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).

87 Het begrip „staatssteun” strekt zich evenwel niet uit tot maatregelen die differentiëren tussen ondernemingen die zich, gelet op het doel van de betrokken rechtsregeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, en welke maatregelen bijgevolg op het eerste gezicht selectief zijn, wanneer de betrokken lidstaat in een derde fase kan aantonen dat die differentiatie gerechtvaardigd is aangezien deze voortvloeit uit de aard of de opzet van het stelsel waarvan de maatregelen een onderdeel vormen (zie in die zin arrest van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C?88/03, EU:C:2006:511, punt 52; zie ook 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).

88 Het onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde impliceert dus in beginsel dat allereerst het referentiekader waarvan de desbetreffende maatregel deel uitmaakt, wordt afgebakend. Deze afbakening is nog belangrijker bij fiscale maatregelen, daar het bestaan zelf van een voordeel slechts ten opzichte van een zogenoemde „normale” belasting kan worden vastgesteld (zie in die zin arresten van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C?88/03, EU:C:2006:511, punt 56, en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C?524/14 P, EU:C:2016:971, punt 55).

89 De afbakening van de groep ondernemingen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden, is dus afhankelijk van de voorafgaande vaststelling van de rechtsregeling waarvan de doelstelling het oogpunt vormt van waaruit in voorkomend geval moet worden onderzocht in hoeverre de feitelijke en juridische situatie van de door de betrokken maatregel begunstigde ondernemingen vergelijkbaar is met die waarin de niet-begunstigde ondernemingen verkeren (arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C?524/14 P, EU:C:2016:971, punt 60).

90 Niettemin hangt de kwalificatie van een belastingstelsel als „selectief” niet af van het feit dat dit stelsel aldus is ontworpen dat de ondernemingen die eventueel een selectief voordeel genieten, in de regel aan dezelfde fiscale lasten als de andere ondernemingen zijn onderworpen maar voor uitzonderingsbepalingen in aanmerking komen, zodat het fiscaal voordeel kan worden geïdentificeerd als het verschil tussen de normale fiscale last en de last die eerstgenoemde ondernemingen treft (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, punt 91).

91 Een dergelijke opvatting van het selectiviteitscriterium zou immers inhouden dat een belastingregeling enkel als „selectief” kan worden aangemerkt indien deze volgens een welbepaalde regelgevingstechniek is vastgesteld, hetgeen zou meebrengen dat nationale fiscale bepalingen reeds daarom aan elk toezicht op het gebied van staatssteun ontsnappen omdat zij via een andere regelgevingstechniek tot stand zijn gebracht, ook al sorteren zij rechtens en/of feitelijk, door diverse fiscale bepalingen aan te passen en te combineren, dezelfde effecten. Die opvatting zou dan ook indruisen tegen de vaste rechtspraak volgens welke artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid maakt naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, maar op hun gevolgen ziet, onafhankelijk dus van de gebruikte technieken (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 87, 92 en 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

92 Net als de keuze voor een welbepaalde regelgevingstechniek volgens die rechtspraak er dus niet toe kan leiden dat nationale fiscale bepalingen daardoor meteen aan het in het VWEU vastgestelde toezicht op het gebied van staatssteun ontsnappen, is de keuze van de gebruikte regelgevingstechniek evenmin toereikend om het voor het onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde relevante referentiekader af te bakenen, aangezien anders kennelijk meer

belang wordt gehecht aan de vorm van de overheidsmaatregelen dan aan de gevolgen ervan. Zoals ook de advocaat-generaal in punt 108 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, kan de gebruikte regelgevingstechniek dus geen beslissende factor zijn bij de vaststelling van het referentiekader.

93 Daarbij zij evenwel aangetekend dat uit diezelfde rechtspraak ook volgt dat, ofschoon de gebruikte regelgevingstechniek niet doorslaggevend is om te bepalen of een belastingmaatregel selectief is, zodat die maatregel ook selectief kan zijn zonder dat hij afwijkt van een algemene belastingregeling, het feit dat deze maatregel wegens het gebruik van die regelgevingstechniek een dergelijk afwijkend karakter heeft, relevant is ten bewijze van zijn selectiviteit wanneer hij ertoe leidt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen twee groepen ondernemers die a priori een verschillende behandeling krijgen, namelijk de groep die onder de afwijkende maatregel valt en die waarop de algemene belastingregeling van toepassing blijft, hoewel beide groepen zich in een vergelijkbare situatie bevinden, gelet op het doel van die regeling (zie in die zin 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 77).

94 Verder zij eraan herinnerd dat het feit dat alleen belastingplichtigen die voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van een maatregel, voor deze maatregel in aanmerking komen, op zich nog niet meebrengt dat het een selectieve maatregel betreft (arresten van 29 maart 2012, 3M Italia, C?417/10, EU:C:2012:184, punt 42, 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 59).

95 Het is in het licht van deze overwegingen dat moet worden onderzocht of het Gerecht in de onderhavige zaak, zoals HBH en de Bondsrepubliek Duitsland betogen, artikel 107, lid 1, VWEU – zoals uitgelegd door het Hof – heeft geschonden door te oordelen dat de Commissie geen fout heeft gemaakt waar zij heeft bepaald dat het relevante referentiekader om uit te maken of de litigieuze maatregel selectief was, enkel bestond uit de regel van het laten vervallen van de verliezen.

96 In dit verband moet erop worden gewezen dat het Gerecht er in punt 103 van het bestreden arrest aan heeft herinnerd dat „de Commissie in het [litigieuze] besluit [...] de regel van het laten vervallen van de verliezen heeft aangemerkt als de algemene regel ten aanzien waarvan diende te worden onderzocht of ondernemingen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevonden, verschillend werden behandeld, terwijl [HBH] zich beroept op de meer algemene regel van overdracht van de verliezen, die voor elke belastingheffing geldt”.

97 Het Gerecht heeft in punt 104 van dat arrest eveneens in herinnering geroepen dat „de regel van overdracht van de verliezen een mogelijkheid is waarvan alle vennootschappen in het kader van de vennootschapsbelasting gebruik kunnen maken” en dat „de regel van het laten vervallen van de verliezen die mogelijkheid beperkt in het geval van het verwerven van een deelneming van minimaal 25 % van het kapitaal en die mogelijkheid afschaft in het geval van het verwerven van een deelneming van meer dan 50 % van het kapitaal”, waarna het heeft geconstateerd dat „[d]eze laatste regel dus stelselmatig van toepassing [is] 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”.

98 Het Gerecht heeft in punt 105 van dat arrest daaraan toegevoegd dat „de saneringsclausule [bovendien is] 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”.

99 Het Gerecht heeft in punt 106 van datzelfde arrest daaruit afgeleid dat „[v]ast 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”, dat „[m]et andere woorden, het relevante wettelijke kader in het onderhavige geval [bestaat] uit de algemene regel van overdracht van de verliezen, zoals die is beperkt door de regel van het laten vervallen van de verliezen, en [dat] het juist in dat kader [is] dat dient te worden nagegaan of de litigieuze maatregel differentieert tussen marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden in de zin van de [...] rechtspraak”.

100 Op basis daarvan is het Gerecht in punt 107 van het bestreden arrest tot de conclusie gekomen dat „de Commissie geen fout [had] gemaakt door weliswaar het bestaan van een meer algemene regel, namelijk de regel van overdracht van de verliezen, vast te stellen, maar tegelijkertijd aan te tonen dat het wettelijke referentiekader voor de beoordeling of de litigieuze maatregel selectief is, bestond uit de regel van het laten vervallen van de verliezen”.

101 Zoals door HBH en de Bondsrepubliek Duitsland wordt aangevoerd, heeft deze redenering het Gerecht ertoe gebracht om ten onrechte alleen de regel van het laten vervallen van de verliezen als referentiekader in de zin van de rechtspraak betreffende artikel 107, lid 1, VWEU, aan te merken, en de regel van overdracht van de verliezen van dit kader uit te sluiten.

102 Uit deze redenering blijkt immers dat hoewel het Gerecht heeft geconstateerd dat er een algemene belastingregel bestaat die voor alle aan de vennootschapsbelasting onderworpen ondernemingen geldt, te weten de regel van overdracht van de verliezen, het niettemin heeft geoordeeld dat de Commissie geen fout had gemaakt door te bepalen dat het relevante referentiekader om vast te stellen of de litigieuze maatregel selectief was, uitsluitend uit de regel van het laten vervallen van de verliezen bestond, ofschoon vaststond dat laatstgenoemde regel zelf een uitzondering vormde op de regel van overdracht van de verliezen en terwijl uit het onderzoek van de inhoud van deze bepalingen in hun geheel had moeten kunnen worden afgeleid dat de saneringsclausule ertoe strekte een onder de algemene regel van overdracht van de verliezen vallende situatie te regelen.

103 Zoals ook de advocaat-generaal in punt 109 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, volgt uit de in de punten 90 tot en met 93 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak van het Hof echter dat de selectiviteit van een belastingmaatregel niet juist kan worden beoordeeld aan de hand van een referentiekader dat bestaat uit enkele bepalingen die kunstmatig uit een ruimer rechtskader zijn gelicht. Doordat het Gerecht de algemene regel van overdracht van de verliezen heeft uitgesloten van het in casu relevante referentiekader, heeft het dit kader dan ook kennelijk te restrictief afgebakend.

104 Voor zover het Gerecht tot die slotsom is gekomen op basis van het feit dat de litigieuze maatregel als een uitzondering op de regel van het laten vervallen van de verliezen was verwoord, zij eraan herinnerd dat, zoals in punt 92 van het onderhavige arrest reeds is uiteengezet, de gebruikte regelgevingstechniek geen beslissende factor kan zijn bij de vaststelling van het referentiekader.

105 Voorts kan in casu geen enkel nuttig argument ter ondersteuning van het bestreden arrest worden gehaald uit het arrest van 18 juli 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525), aangezien het Hof zich daarin niet heeft uitgesproken over de vraag waaruit het referentiekader in de hem voorgelegde zaak bestond.

106 Uit al het voorgaande volgt dat het eerste deel van het tweede middel van HBH gegrond is, zonder dat in dit verband het tweede onderdeel van het ter ondersteuning van dit middel

aangevoerde betoog hoeft te worden onderzocht. Ook moet erop worden gewezen dat het op basis van zijn rechtens onjuiste beoordeling is – volgens welke de Commissie geen fout had gemaakt door te bepalen dat het in casu relevante referentiekader om te toetsen of de litigieuze maatregel selectief was, alleen bestond uit de regel van het laten vervallen van de verliezen – dat het Gerecht het overige door HBH aangevoerde betoog heeft geanalyseerd, waarmee deze laatste beoogde aan te tonen dat de litigieuze maatregel, ten eerste, niet a priori selectief was en, ten tweede, werd gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het belastingstelsel.

107 Zoals uit de in de punten 83 en 86 tot en met 89 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak volgt, tast een fout in de vaststelling van het referentiekader aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een maatregel selectief is, noodzakelijkerwijze de geldigheid van het gehele onderzoek van de selectiviteitsvoorwaarde aan. In die omstandigheden moet de hogere voorziening worden toegewezen en moeten de punten 2 en 3 van het dictum van het bestreden arrest worden vernietigd, zonder dat het tweede en het derde deel van het tweede middel van de hogere voorziening of het eerste middel ervan hoeven te worden onderzocht.

Beroep voor het Gerecht

108 Ingevolge artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

109 Dat is in casu het geval. In dit verband kan worden volstaan met de opmerking dat uit de in de punten 82 tot en met 107 van dit arrest uiteengezette gronden volgt dat het eerste deel van het eerste middel van het beroep van HBH voor het Gerecht, voor zover HBH daarmee beoogt aan te tonen dat de Commissie het relevante referentiekader om te beoordelen of de litigieuze maatregel selectief is, onjuist heeft vastgesteld door te bepalen dat dit kader alleen bestaat uit de regel van het laten vervallen van de verliezen, gegrond is. Aangezien de Commissie het selectieve karakter van de litigieuze maatregel dus aan de hand van een onjuist vastgesteld referentiekader heeft beoordeeld, dient het litigieuze besluit nietig te worden verklaard.

Kosten

110 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is of wanneer het Hof, bij gegrondheid ervan, de zaak zelf afdoet.

111 Overeenkomstig artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.

112 Aangezien de Commissie op de incidentele en principale hogere voorziening in het ongelijk is gesteld, het litigieuze besluit nietig wordt verklaard en HBH heeft gevorderd dat de Commissie wordt verwezen in de kosten, moet laatstgenoemde, behalve in haar eigen kosten, worden verwezen in de kosten van HBH betreffende zowel de procedure in eerste aanleg als de procedure in hogere voorziening.

113 Volgens artikel 184, lid 4, van datzelfde Reglement, kan een partij die in eerste aanleg heeft geïntervenieerd, wanneer zij niet zelf de hogere voorziening heeft ingesteld, alleen in de kosten van de hogere voorziening worden verwezen indien zij aan de schriftelijke of mondelinge behandeling bij het Hof heeft deelgenomen. Wanneer een dergelijke partij aan de procedure deelneemt, kan het Hof beslissen dat zij haar eigen kosten draagt.

114 De Bondsrepubliek Duitsland, interveniënte in eerste aanleg die deel heeft genomen aan de mondelinge behandeling voor het Hof, heeft niet om de verwijzing van de Commissie in de kosten verzocht. In die omstandigheden dient te worden beslist dat zij haar eigen kosten van de procedure in hogere voorziening zal dragen.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) **De incidentele hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **Punten 2 en 3 van het dictum van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 4 februari 2016, Heitkamp BauHolding/Commissie (T-287/11, EU:T:2016:60), worden vernietigd.**
- 3) **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”, wordt nietig verklaard.**
- 4) **De Europese Commissie wordt, behalve in haar eigen kosten, verwezen in de kosten van Dirk Andres, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Heitkamp BauHolding GmbH, betreffende zowel de procedure in eerste aanleg als de procedure in hogere voorziening.**
- 5) **De Bondsrepubliek Duitsland draagt haar eigen kosten van de procedure in hogere voorziening.**

ondertekeningen

* Procestaal: Duits.