

World Duty Free Group: de complexe selectiviteitseis bij fiscale steunmaatregelen

Mr. G.J. van Midden*

De zaak *World Duty Free Group* gaat over het selectiviteitsvereiste bij fiscale staatssteun en draait specifiek om de vraag of het voor de vaststelling van de selectiviteit noodzakelijk is dat specifieke kenmerken die de groep begunstigde ondernemingen gemeen hebben, kunnen worden geïdentificeerd. Het Hof van Justitie oordeelt in zijn arrest van niet, omdat een maatregel reeds selectief is indien begunstigde ondernemingen in een gunstiger positie komen te verkeren dan andere ondernemingen, die zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden, ongeacht de specifieke kenmerken die de begunstigde ondernemingen gemeen hebben. In het artikel wordt deze zeer ruime uitleg van het selectiviteitsvereiste geduid in het licht van eerdere rechtspraak en worden de gevolgen belicht.

HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, Commissie/World Duty Free Group SA e.a., ECLI:EU:C:2016:981.

Inleiding

Van de vijf cumulatieve criteria¹ van het staatssteunverbod van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) blijkt het selectiviteitsvereiste in de praktijk het meest weerbarstige. Zeker bij heffing- en belastingmaatregelen is de vraag of door die maatregel aan één of enkele ondernemingen een voordeel toekomt met uitsluiting van anderen, vaak lastig te beantwoorden. Dat ook ‘Luxemburg’ wat dit betreft niet op één lijn zit, komt treffend tot uitdrukking in het even interessante als complexe juridische tweeluik van het Gerecht en het Hof van Justitie in de zaak die

inmiddels bekendstaat onder de naam *World Duty Free Group*.²

In deze zaak draait het in essentie om de vraag of, om vast te stellen of een belastingmaatregel selectief is, specifieke kenmerken – zoals een bepaald type onderneming (groot of mkb) of bepaalde sector – moeten kunnen worden geïdentificeerd die de groep begunstigde ondernemingen gemeen hebben. Waar het Gerecht van oordeel is dat zulks noodzakelijk is, geeft het Hof van Justitie een ruimere uitleg aan het selectiviteitsvereiste. Het Hof van Justitie oordeelt in wezen dat een maatregel reeds selectief is indien begunstigde ondernemingen in een gunstiger positie komen te verkeren dan andere ondernemingen, die zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden, zonder dat een groep van ondernemingen die specifieke kenmerken gemeen hebben, kan worden onderscheiden.

Deze ruime uitleg van het Hof van Justitie kan aanmerkelijke gevolgen hebben voor de snel groeiende fiscale staatssteunpraktijk, aangezien het voor de Commissie eenvoudiger zal zijn om selectiviteit van fiscale steunmaatregelen aan te tonen. Daarmee is het een steuntje in de rug voor de Commissie in haar ‘strijd’ tegen fiscale steunmaatregelen. In deze bijdrage wordt het arrest van het Hof van Justitie geanalyseerd en wordt de betekenis ervan voor de staatssteunpraktijk besproken. Alvorens op de achtergronden van de zaak en de betekenis van het arrest van het Hof van Justitie in te gaan, wordt eerst ingegaan op de vraag hoe selectiviteit bij staatssteun moet worden vastgesteld.

Selectiviteit en staatssteun

Selectiviteit in het algemeen

Steunmaatregelen in de zin van artikel 107 VWEU moeten worden onderscheiden van maatregelen van algemene strekking. Alleen maatregelen die leiden tot een begunstiging van ‘bepaalde ondernemingen of bepaalde

* Mr. G.J. (Gijs) van Midden is als advocaat werkzaam bij BarentsKrans N.V. te Den Haag.

1. Van staatssteun is sprake als (1) met staatsmiddelen (2) een selectief voordeel wordt toegekend (3) aan één of meer ondernemingen, waardoor (4) er een risico bestaat op verstoring van de mededinging en (5) op beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten. Dit zijn cumulatieve voorwaarden.

2. HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, ECLI:EU:C:2016:981.

producties' vallen onder het staatssteunverbod. De Commissie verduidelijkt dit 'selectiviteitsvereiste' in haar mededeling over het begrip 'staatssteun' met de opmerking dat 'alleen de maatregelen waarmee een selectief voordeel wordt verleend aan bepaalde ondernemingen, categorieën van ondernemingen of bepaalde economische sectoren' onder het staatssteunverbod vallen.³ Het selectiviteitsvereiste is zeer breed. Ook maatregelen die ten goede komen aan een bepaalde sector, een bepaald type onderneming (zoals het mkb), een bepaald type productie (zoals de productie van landbouwgoederen) of bepaalde activiteiten (zoals export van goederen) zijn in de regel selectief.

Bij ad-hocmaatregelen, waarbij de overheid aan één of enkele ondernemingen een voordeel verschafft (zoals bij grondtransacties die de overheid een-op-een met een onderneming aangaat), kan de selectiviteit dikwijls snel worden aangenomen.⁴ Het wordt aanmerkelijk ingewikkelder indien de maatregel gestoeld is op een algemene regeling, zoals bij belastingmaatregelen. Het staatssteunverbod geldt in uitgangspunt niet voor maatregelen van algemeen economisch (of fiscaal) beleid, voor zover deze op alle marktdeelnemers van toepassing zijn.⁵ Op algemene regelingen gebaseerde maatregelen kunnen echter toch selectief zijn, indien enkel ondernemingen die aan bepaalde juridische criteria voldoen (zoals ten aanzien van de omvang van de onderneming of de sector waarin zij actief is), voor de maatregel in aanmerking komen (zogeheten *de jure* selectiviteit). Ook maatregelen waarvan de formele criteria weliswaar algemeen zijn geformuleerd, maar die dusdanig uitpakken dat feitelijk slechts bepaalde ondernemingen ervan (kunnen) profiteren, kunnen (*de facto*) selectief zijn. Het selectiviteitscriterium bepaalt aldus het verschil tussen daadwerkelijk algemene economische of fiscale maatregelen (die geen staatssteun zijn) en maatregelen die (feitelijk) enkel ten goede komen aan bepaalde ondernemingen (die wel staatssteun kunnen zijn).

Selectiviteit bij belastingmaatregelen

Of een belastingmaatregel waarmee de belastingdruk van een onderneming wordt verlicht ook selectief van aard is, is niet eenvoudig vast te stellen. Om dat te beoordelen, moet het belastingvoordeel worden gemeten ten opzichte van het normale (nationale) belastingregime. Dit is de referentieregeling die bij de selectiviteitstoets als juridisch ijkpunt wordt gebruikt.⁶

Daarbij zijn verschillende benaderingen denkbaar. Wolffers onderscheidt er drie:⁷ de gemeenschappelijke

eigenschappenbenadering, waarbij eerst moet worden onderzocht wat de referentieregeling is om vervolgens de selectiviteit te bepalen door een groep bevoorreedden te omschrijven op basis van gemeenschappelijke eigenschappen (zoals rechtsvorm of aard van de ondernemingsactiviteit). De tweede methode is de afwijkingsbenadering, waarbij na het vaststellen van de referentieregeling alleen hoeft te worden vastgesteld of de maatregel van deze referentieregeling afwijkt. Ten derde onderscheidt hij de vergelijkingsbenadering, waarbij onderzocht wordt of de maatregel twee belastingplichtigen die zich in het licht van de doelstelling van de belastingregeling in een feitelijk en juridische zelfde positie bevinden, anders behandelt.

Het is niet helemaal vast te stellen welke van deze drie benaderingen in de rechtspraak en beschikkingenpraktijk de overhand heeft gekregen. In de vroege rechtspraak hechtte het Hof van Justitie bij het vaststellen van de selectiviteit waarde aan de eigenschappen die de begunstigde ondernemingen gemeen hebben.⁸ In het arrest *Adria-Wien Pipeline*⁹ lijkt het Hof van Justitie te kiezen voor de vergelijkingsbenadering en ook de Commissie formuleert in haar mededeling een stappenplan dat op deze benadering lijkt te zijn gestoeld.¹⁰ Bij dit stappenplan moet eerst een referentieregeling – dat wil zeggen de normale belastingheffing – worden afgebakend, waaraan getoetst moet worden of ondernemingen zich ten opzichte van elkaar in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en zo ja, of zij ten opzichte van elkaar gelijk worden behandeld. De Commissie omschrijft de referentieregeling als 'een coherent geheel van regels die algemeen toepasselijk zijn – op grond van objectieve criteria – voor alle ondernemingen die vallen binnen het toepassingsgebied ervan, zoals dat door de doelstelling ervan is omschreven'.¹¹ Zo heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld het Italiaanse stelsel voor vennootschapsbelasting als referentieregeling aangemerkt, omdat de berekening van de belastinggrondslag voor de te betalen winstbelasting voor de in die zaak betrokken productie- en arbeidscoöperaties op dezelfde wijze werd bepaald als voor andere soorten vennootschappen.¹²

Als tweede stap moet worden nagegaan of de maatregel van deze referentieregeling afwijkt, in die zin dat deze differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich – gelet op de aan de regeling inherente doelstellingen – in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Van selectiviteit is dus geen sprake indien een verschil in behandeling tussen ondernemingen voortvloeit uit de inherente doelstellingen van de regeling. Een onderneming die bijvoorbeeld gebruikmaakt van milieu-

3. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C 262, p. 1, punt 117 (hierna: Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun').
4. HvJ 4 juni 2015, zaak C-15/14 P, *Commissie/MOL*, ECLI:EU:C:2015:362, punt 60 e.v. Zie verder Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun', punt 126.
5. HvJ 15 juni 2006, gevoegde zaken C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide*, ECLI:EU:C:2006:403, punt 32.
6. HvJ 6 september 2006, zaak C-88/03, *Portugal/Commissie*, ECLI:EU:C:2006:511, punt 56.
7. B. Wolffers, 'De gemeenschappelijke eigenschappenbenadering in fiscale staatssteunzaken', *TFB* 2015, nr. 7, p. 17.

8. Wolffers geeft een aantal voorbeelden in zijn artikel, p. 19.
9. HvJ 8 november 2001, zaak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, ECLI:EU:C:2001:598.
10. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun', punt 128.
11. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun', punt 133.
12. HvJ 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 en 80/08, *Graphos*, ECLI:EU:C:2011:550, punt 50.

belastende productiemethodes en om die reden een milieueffing verschuldigd is, verkeert niet in een vergelijkbare situatie als een onderneming die in het geheel geen milieubelastende activiteiten verricht. Het voordeel voor de laatstgenoemde onderneming – het niet verschuldigd zijn van een milieueffing – vormt geen afwijking van de referentieregeling en is aldus niet selectief.

Wijkt de maatregel af van de referentieregeling, dan is deze *a priori* selectief.¹³ De maatregel vormt toch geen staatssteun indien de afwijking kan worden gerechtvaardigd door de aard en opzet van de regeling. Zo rechtvaardigt de noodzaak om dubbele belastingen te voorkomen dat bepaalde ondernemingen worden vrijgesteld van belastingen, omdat zij in andere landen reeds belasting hebben afgedragen.¹⁴ Het is alsdan aan de lidstaat aan te tonen dat een verschil in behandeling daadwerkelijk wordt gerechtvaardigd door de aard en het doel van belastingregeling en de wijze waarop deze is ingericht.¹⁵

Feiten en achtergronden

Beschrijving van de belastingmaatregel

De zaak *World Duty Free Group* houdt verband met twee besluiten van de Europese Commissie over de toepassing van artikel 12 lid 5 van de Spaanse wet op de vennootschapsbelasting (hierna: TRLIS). Deze bepaling verschaft iedere in Spanje belastingplichtige onderneming die een deelneming van ten minste 5 procent verwerft in een onderneming met een fiscale vestigingsplaats buiten Spanje, de mogelijkheid om de afschrijving op de goodwill die daaruit voortvloeit in mindering te brengen op de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting. Voorwaarden zijn dat de deelneming ten minste één jaar in het bezit blijft van de in Spanje belastingplichtige onderneming, de buitenlandse onderneming onderworpen is aan een soortgelijke belasting als die in Spanje geldt en de inkomsten van die buitenlandse onderneming hoofdzakelijk afkomstig zijn uit bedrijfsactiviteiten in het buitenland.

Besluiten van de Commissie

De zaak kwam aan het rollen door de Britse Europarlementariër David Martin, die in de vijandelijke overname van de Britse onderneming *ScottishPower* door de Spaanse energieproducent *Iberdrola* aanleiding zag om een klacht in te dienen bij de Europese Commissie. Op 28 oktober 2009 komt de Commissie met haar eerste beschikking,¹⁶ waarin zij oordeelde dat artikel 12 lid 5 TRLIS met het Verdrag onverenigbare staatssteun

vormt. Op 12 januari 2011 komt de Commissie in een tweede zaak¹⁷ tot dezelfde conclusie.

De Commissie past bij haar beoordeling de hiervóór geschetste driestapstoets toe, waarbij zij het algemene stelsel van vennootschapsbelasting en, preciezer, van de daarin vervatte voorschriften inzake de fiscale behandeling van financiële goodwill, als referentieregeling neemt.¹⁸ Hoofddregel is dat financiële goodwill bij het nemen van deelnemingen alleen aftrekbaar is bij verkrijging van zeggenschap (bijvoorbeeld omdat de meerderheid van de aandelen van een onderneming wordt verworven) of bij fusie tussen twee ondernemingen. Bij *grensoverschrijdende* deelnemingen kan goodwill reeds worden afgeschreven, wanneer een belang van 5 procent in de buitenlandse onderneming wordt verkregen. Dit is een afwijking van de referentieregeling¹⁹ die niet kan worden gerechtvaardigd door de aard en opzet van het belastingstelsel. Sterker, de Commissie acht dit onderscheid in fiscale behandeling gelet op de aard en opzet van het stelsel noodzakelijk noch evenredig.²⁰ Aangezien ook aan de overige cumulatieve steuncriteria wordt voldaan, leidt de bepaling van artikel 12 lid 5 TRLIS tot ongeoorloofde staatssteun.

Arresten van het Gerecht

*Autogrill S.A.*²¹ legt zich hier niet bij neer en gaat in beroep bij het Gerecht.²² In de parallelle zaak volgt *Banco Santander* dit voorbeeld, wat resulteert in een vergelijkbaar arrest op dezelfde datum (7 november 2014).²³ In beide zaken wordt als middel aangevoerd dat de regeling niet selectief is en dat de Commissie niet heeft aangetoond aan welke groep van ondernemingen dit belastingvoordeel was voorbehouden.

Het Gerecht volgt deze redenering en oordeelt dat, wil aan het selectiviteitsvereiste zijn voldaan, een groep ondernemingen die als enige door de betrokken maatregel wordt bevoordeeld, moet worden aangewezen.²⁴ Het Gerecht oordeelde dat de Commissie weliswaar had aangetoond dat de bepaling van artikel 12 lid 5 TRLIS een afwijking vormde van het algemene stelsel van vennootschapsbelasting, maar dat daarmee nog niet was aangetoond dat ‘bepaalde ondernemingen of bepaalde produc-

13. *Adria-Wien Pipeline*, punt 41. HvJ 8 september 2011, zaak C-279/08 P, *Commissie/Nederland*, ECLI:EU:C:2011:551, punt 62.

14. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’, punt 139.

15. HvJ 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/99 P en C-107/99 P, *Commissie/ Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, ECLI:EU:C:2011:732, punt 146.

16. Beschikking van de Commissie van 28 oktober 2009, C 45/07, *PbEU* 2011 L 7 van 11 januari 2011, p. 48 (hierna: ‘Beschikking’).

17. Beschikking van de Commissie van 12 januari 2011, C 45/07, *PbEU* 2011, L 135/1. De overwegingen in deze beschikking worden kortheidshalve niet in onderhavig artikel besproken.

18. Beschikking, punt 92. De suggestie van de Spaanse Staat dat van een afwijkend referentiestelsel uit moet worden gegaan, omdat er ‘hinderpalen’ bestaan voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties, waardoor deze zich in een andere situatie bevinden dan ondernemingen die enkel binnenlandse bedrijfscombinaties aangaan, wordt door de Commissie verworpen. De behandeling van bedrijfscombinaties zou als gevolg van Europese regelgeving zowel fiscaal als vennootschapsrechtelijk gelijk moeten zijn. Beschikking, punten 93-95.

19. Beschikking, punt 100.

20. Beschikking, punt 111.

21. *Autogrill S.A.* is de rechtsvoorganger van *World Duty Free Group*, onder welke naam het arrest bekendheid heeft gekregen.

22. Gerecht 7 november 2014, zaak T-219/00, *Autogrill España, SA/Europese Commissie*, ECLI:EU:T:2014:939.

23. Gerecht 7 november 2014, zaak T-399/11, *Banco Santander en Santusa/Commissie*, ECLI:EU:T:2014:938. De overwegingen in dit arrest worden in dit artikel niet afzonderlijk besproken.

24. *Autogrill España, SA/Europese Commissie*, punt 45.

ties' werden begunstigd. Het is, zo overweegt het Gerecht, niet voldoende te onderzoeken of bepaalde ondernemingen worden begunstigd boven andere ondernemingen die zich gelet op de doestelling van de referentieregeling in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, aangezien de regeling van artikel 12 lid 5 TRLIS *a priori* voor alle ondernemingen open staat.²⁵ Immers, elke onderneming die besluit aandelen in een buitenlandse onderneming te verwerven komt voor de aftrekregeling in aanmerking, ongeacht de aard van de ondernemingsactiviteit.²⁶ Het Gerecht overweegt daarbij expliciet dat het verwerven van aandelen een handeling van zuiver financiële aard is, en dat de verwervende onderneming niet de aard van haar bedrijfsactiviteit hoeft te wijzigen om voor het belastingvoordeel in aanmerking te komen.²⁷ Tot slot bevat de regeling geen drempelbedrag en is daarmee niet *de facto* voorbehouden aan ondernemingen die over toereikende middelen beschikken.²⁸

Arrest van het Hof van Justitie

De Commissie brengt de zaak bij het Hof van Justitie. De kern van haar middel is dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het, teneinde het selectieve karakter van een maatregel aan te tonen, noodzakelijk is dat een groep ondernemingen met eigen kenmerken kan worden aangewezen. De Commissie stelt dat zij in overeenstemming met de rechtspraak inzake fiscale staatssteun de selectiviteit heeft onderzocht door na te gaan of de maatregel een afwijking van het referentieregeling vormde. Daarbij kunnen ook belastingvoordelen voor bepaalde investeringen, waarvan de toepassing losstaat van de aard van de activiteiten van de begunstigde ondernemingen, als selectief worden aangemerkt.²⁹ Het Hof van Justitie deelt deze zienswijze en kan zich niet scharen achter het oordeel van het Gerecht.

Volgens het Hof van Justitie is bij belastingmaatregelen het selectiviteitsvereiste reeds vervuld, wanneer wordt aangetoond dat de maatregel afwijkt van de normale (nationale) belastingregeling (de referentieregeling) en concreet tot gevolg heeft dat bepaalde marktdeelnemers gunstiger worden behandeld dan andere marktdeelnemers, die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Dat is hier volgens het Hof van Justitie aan de orde, omdat de gunstige aftrekregeling van artikel 12 lid 5 TRLIS leidde tot een ongelijke behandeling tussen enerzijds ondernemingen die deelnemingen verwierven in *in het buitenland* gevestigde ondernemingen (die van de aftrekregeling konden profiteren) en anderzijds ondernemingen die deelnemingen verwier-

ven in *in Spanje* gevestigde ondernemingen (voor wie het belastingvoordeel niet gold). Daarmee was aan het selectiviteitscriterium voldaan.³⁰

Zonder dat met zoveel woorden te zeggen koppelt het Hof van Justitie de selectiviteit dus feitelijk aan de *investeringstransacties* die de onderneming verricht (en niet bijvoorbeeld aan de aard van de bedrijfsactiviteiten). Elders in het arrest wijst het Hof van Justitie erop dat in zijn rechtspraak reeds is aanvaard dat ook maatregelen die enkel gelden voor ondernemingen die de door de maatregel beoogde transacties verrichten, terwijl die maatregelen niet gelden voor andere ondernemingen binnen de sector die dergelijke transacties niet verrichten, selectief kunnen zijn.³¹ Het Hof van Justitie verwijst hierbij naar het arrest *Unicredito Italiano*,³² met de overweging dat de daar aan de orde zijnde belastingmaatregel selectief was, zonder dat behoefde te worden onderzocht of deze vooral ten goede kwam aan grote ondernemingen. Het arrest in die zaak biedt echter geen overtuigende onderbouwing voor het oordeel van het Hof van Justitie. In deze zaak ging het namelijk om een vermindering op belasting op inkomsten van rechtspersonen, die enkel voor de bancaire sector gold. Het was dus geen algemene maatregel van fiscaal of economisch beleid.³³

Dat alle ondernemingen voor de aftrekmogelijkheid van artikel 12 lid 5 TRLIS in aanmerking konden komen, betekent volgens het Hof van Justitie niet dat de maatregel niet selectief is.³⁴ Die omstandigheid betekent volgens het Hof van Justitie ook niet dat het nodig is om te onderzoeken of een groep begunstigten met eigen kenmerken kan worden onderscheiden. Dit door het Gerecht geformuleerde aanvullende vereiste is niet op de rechtspraak terug te voeren, aldus het Hof van Justitie,³⁵ waarna het Hof van Justitie de door het Gerecht besproken rechtspraak langs gaat.

Zonder hier alle rechtspraak die in het arrest de revue passeert langs te gaan, is het aardig stil te staan bij enkele zaken, waaraan het Gerecht en het Hof van Justitie uiteenlopende interpretaties geven.

In het arrest in de zaak *Commissie en Spanje/Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*³⁶ ziet het Gerecht een precedent voor de noodzaak om bij maatregelen die in beginsel voor eenieder openstaan een groep van begunstigten met specifieke eigenschappen te onderscheiden. Dat is volgens het Hof van Justitie ten onrechte, omdat in dat arrest de selectiviteit niet gelegen was in een *afwijking* van een algemene regeling. Het betrof hier een personeelsbelasting en een belasting op bedrijfsruimten, met een plafond van 15 procent. Daarbij rees de vraag of dit

25. *Autogrill España, SA/Europese Commissie*, punten 43-44.

26. *Autogrill España, SA/Europese Commissie*, punten 52-57.

27. *Autogrill España, SA/Europese Commissie*, punt 56.

28. *Autogrill España, SA/Europese Commissie*, punt 58.

29. HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, ECLI:EU:C:2016:981, punt 24.

30. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punt 67.

31. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punt 88.

32. HvJ 15 december 2005, zaak C-148/04, *Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1, Jur.* 2005, p. I-11137, ECLI:EU:C:2005:774.

33. *Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1*, punten 46-48.

34. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punt 69.

35. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punt 71.

36. HvJ 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/99 P en C-107/99 P, *Commissie/ Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, ECLI:EU:C:2011:732.

tot een selectief voordeel kon leiden voor ondernemingen die winst maken of geen gebruik maken van personeel of bedrijfsruimten (in casu: offshore-vennootschappen), omdat zij geen belasting verschuldigd zijn. Daarbij ging het dus om de vraag of een maatregel ook selectief kan zijn indien deze géén afwijking vormt ten opzichte van de algemene belastingmaatregel, maar er integreerend onderdeel van uitmaakt. Het Hof van Justitie kwam in dat arrest tot de conclusie dat dat niet het geval was. Dit oordeel kan volgens het Hof van Justitie echter niet aldus worden uitgelegd dat indien een maatregel wél afwijkt van de algemene regeling en ertoe leidt dat er onderscheid wordt gemaakt tussen twee groepen ondernemingen, de maatregel selectief is, zonder dat van de Commissie verlangd hoeft te worden bepaalde specifieke kenmerken te noemen van de door de maatregel begunstigde ondernemingen.³⁷ Volgens het Hof van Justitie is enkel relevant dat begunstigde ondernemingen in een betere positie komen dan andere met hen vergelijkbare ondernemingen, ongeacht de grootte en de aard van de groep begunstigde ondernemingen.³⁸

Interessant zijn ook de overwegingen die het Hof van Justitie wijdt aan het arrest *Adria-Wien*, dat het Gerecht als precedent aanhaalt voor zijn standpunt dat maatregelen die voor alle ondernemingen gelden, ongeacht de aard van hun activiteiten, niet selectief zijn. Ook dat betoog is volgens het Hof van Justitie te kort door de bocht, omdat daarmee niet gezegd is dat algemene maatregelen die losstaan van de aard van de ondernemingsactiviteiten *a priori* niet selectief zijn. De verwijzing in *Adria-Wien* naar de aard van de ondernemingsactiviteiten moet volgens het Hof van Justitie worden verklaard door de formulering van de voorgelegde prejudiciële vraag, wat ook wordt bevestigd doordat in latere rechtspraak een dergelijke verwijzing ontbreekt.³⁹ Interessant is ook de betekenis die het Gerecht hecht aan het arrest *3M Italia*, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat het feit dat alleen belastingplichtigen die voldeden aan de voorwaarden voor het verkrijgen van een belastingvoordeel op zichzelf niet voldoende is om de maatregel als selectief aan te merken. De vergelijking met dat arrest gaat volgens het Hof van Justitie echter mank, omdat de niet-selectieve aard van die maatregel gelegen was in de omstandigheid dat de begunstigde ondernemingen zich überhaupt niet in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie als de overige ondernemingen bevonden.⁴⁰

Het Hof van Justitie komt dan ook tot de slotsom dat het middel dat de Commissie tegen het arrest van het Gerecht heeft aangevoerd slaagt. Aangezien het Gerecht niet alle tegen de besluiten van de Commissie aangevoerde middelen heeft onderzocht, wordt de zaak teruggevoerd naar het Gerecht.

Commentaar

Het arrest van het Hof van Justitie is door zijn meanderende overwegingen lastig leesbaar. Voor een belangrijk deel laat zich dat verklaren door de wijze waarop het Gerecht tot zijn oordeel is gekomen en door het middel waarmee de Commissie het arrest van het Gerecht bestrijdt. Het Hof van Justitie heeft behoorlijk wat overwegingen nodig om de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak en de door de Commissie én de lidstaten (die zich aan de zijde van de ondernemingen schaarden) naar voren gebrachte argumenten langs te lopen. Daardoor komt de kern van de discussie niet helemaal duidelijk naar voren.

De kern van de selectiviteit

De kern van het geschil zit hem in het oordeel van het Gerecht dat een identificatie van een groep ondernemingen die door hun specifieke eigenschappen worden gekenmerkt noodzakelijk is, omdat immers *elke* onderneming, ongeacht de sector of aard van haar activiteiten voor de belastingregeling in aanmerking komt.⁴¹ Daartegenover overweegt het Hof van Justitie dat zo'n identificatie niet nodig is, omdat de *enkele* vaststelling van een afwijking van de algemene belastingregeling (de referentieregeling) al tot de conclusie leidt dat is voldaan aan de selectiviteitsvoorwaarde (tenzij deze afwijking door de aard en opzet van het stelsel kan worden gerechtvaardigd). Enigszins onbevredigend is dat het Hof van Justitie in zijn uitvoerige motivering niet direct ingaat op de omstandigheid dat *alle* ondernemingen voor de regeling in aanmerking komen (maar alleen indirect door de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak te bespreken). Waar het Hof van Justitie dat niet met zoveel woorden onderkent, verwoordt advocaat-generaal Wathelet in zijn conclusie in deze zaak wel wat volgens hem de kern van het selectieve karakter vormt. De gunstige maatregel is volgens hem namelijk niet van toepassing op alle marktdeelnemers, maar alleen op de ondernemingen die voldoen aan de gestelde voorwaarden (namelijk de ondernemingen die deelnemingen in buitenlandse ondernemingen nemen). Naar het oordeel van de advocaat-generaal is een belastingmaatregel ook selectief indien 'hij differentieert tussen vergelijkbare situaties en transacties' (hier: het nemen van deelnemingen in ondernemingen).⁴² Zoals hiervóór toegelicht moet het oordeel van het Hof van Justitie naar mijn mening ook als zodanig worden uitgelegd. Ook het Hof van Justitie koppelt, zij het zonder dat met zoveel woorden te zeg-

37. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punten 77-78.

38. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punten 79-81 en verder ook punt 87.

39. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punten 82-84.

40. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punt 85.

41. *Autogrill España, SA/Europese Commissie*, punten 43-45.

42. Conclusie A-G Wathelet van 28 juli 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *Commissie/World Duty Free Group e.a.*, ECLI:EU:C:2016:624, punten 91-93 (hierna: 'Conclusie A-G').

gen, de selectiviteit feitelijk aan de *investeringstransacties* die de onderneming verricht.⁴³

Deze benadering lijkt op het eerste gezicht goed te passen in de door Wolffers als de ‘afwijkingsbenadering’ gekenschetste methode, die door het Hof van Justitie in *Adria-Wien* is geformuleerd en die feitelijk door de Commissie in haar mededeling tot uitgangspunt is genomen. De in dat arrest en in de mededeling staatssteun geformuleerde toets noopt er enkel toe vast te stellen of ondernemingen zich ten opzichte van elkaar in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en zo ja, of zij ten opzichte van elkaar gelijk worden behandeld. Daarbij is de doelstelling van de algemene belastingregeling relevant. In deze zaak bevinden in Spanje gevestigde ondernemingen die *binnenlandse* investeringen verrichten in het licht van de doelstelling van de maatregel (de inning van vennootschapsbelasting), zich in eenzelfde positie als in Spanje gevestigde ondernemingen die *buitenlandse* investeringen verrichten. De vraag dringt zich op of het nodig is een nader op specifieke kenmerken gestoeld onderscheid te maken, omdat duidelijk is welke groep wordt bevoordeeld. Advocaat-generaal Wathelet vindt van niet. Hij bestempelt de benadering van het Gerecht als ‘extreem formalistisch’ en vreest voor een ‘onduidelijke en zelfs arbitraire exercitie’.⁴⁴ Deze kritiek is ook in de literatuur geuit. Van der Vegt noemt de benadering van het Gerecht niet overtuigend en niet verenigbaar met de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁴⁵ Kiekebeld schaart zich nadrukkelijk achter voornoemde kwalificatie van de advocaat-generaal en is van mening dat het Gerecht zich had moeten concentreren op de wezenlijke vraag of ‘de maatregel differentieert tussen ondernemingen die in een vergelijkbare situatie zitten’.⁴⁶

Belang van het identificeren van gemeenschappelijke eigenschappen van begunstigen

Het valt mijns inzien echter te bezien of dat inderdaad de wezenlijke vraag is. Bij het selectiviteitsvereiste spelen gemeenschappelijke eigenschappen van de begunstigde onderneming naar mijn mening wel degelijk een

rol. Anders is het ook niet goed vast te stellen dat ‘bepaalde ondernemingen’ boven andere worden bevoordeeld. Of zoals advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak *Finanzamt Linz*⁴⁷ het formuleerde:

‘Betreft de regeling noch een of verschillende afzonderlijk identificeerbare bedrijfstakken die aan de hand van hun economische activiteit kunnen worden afgebakend, noch afzonderlijk identificeerbare ondernemingen zoals bepaald in artikel 107, lid 1, VWEU, dan kan in beginsel niet worden uitgegaan van de selectiviteit van de regeling.’⁴⁸

Het kunnen vaststellen van eigenschappen die de begunstigde groep ondernemingen gemeen heeft – zoals sector of grootte van de onderneming – is noodzakelijk om algemene maatregelen van economisch beleid buiten de werkingssfeer van de steunregels te kunnen houden. Het is mijns inziens dan ook niet juist te veronderstellen dat de ‘eigenschappenbenadering’ geen enkele rol meer speelt bij de selectiviteitstoets. Wolffers merkt op dat niet alleen in de vroege staatssteunrechtspraak de selectiviteit op basis van het bestaan van gemeenschappelijke eigenschappen werd bepaald,⁴⁹ maar ook in de rechtspraak na *Adria-Wien* wordt veelal verwezen naar de eigenschappen die de begunstigde ondernemingen gemeen hebben. Zo bestond in *Adria-Wien* een onderscheid tussen dienstverleners en producenten van goederen.⁵⁰

Wolffers meent dan ook dat het gebruik van de vergelijkingstoets uit *Adria-Wien* zonder een beschrijving te geven van de eigenschappen die begunstigten gemeen hebben, zou leiden tot een te brede werking van het staatssteunrecht. Daarmee zou elke afwijking van een regeling onherroepelijk tot staatssteun leiden (tenzij deze gerechtvaardigd is), wat andersom dus ook betekent dat elke maatregel exact datgene moet doen, wat de doelstelling ingeeft.⁵¹ Dit zou, zoals ook Van der Vegt uitdrukkelijk erkent, leiden tot een aanmerkelijke beperking van de bevoegdheden van de lidstaten om hun eigen belastingstelsel vorm te geven. Advocaat-generaal Kokott noemt in haar conclusie in de zaak *Finanzamt Linz* de bevoegdheidsverdeling tussen Commissie en lidstaten ook als belangrijke reden om voorzichtig om te gaan met het selectiviteitsvereiste en dit vereiste niet te ruim te formuleren.⁵²

Los van de geuite zorgen over de vergaande constitutionele implicaties die de benadering van het Hof van Justitie kan hebben, die ik overigens deel, valt bij de benadering van het Hof van Justitie nog een kanttekening van staatssteunrechtelijke aard te plaatsen. Als gezegd komt de benadering van het Hof van Justitie er feitelijk op neer dat de selectiviteit voortvloeit uit de

43. *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, punten 67-69. Het Hof van Justitie merkt daar eerst op dat de selectiviteitsvoorwaarde is vervuld wanneer er sprake is van een afwijking van de algemene belastingregeling, die ertoe leidt dat marktdeelnemers verschillend worden behandeld. Vervolgens wijst het Hof van Justitie op de door de Commissie vastgestelde ongelijke behandeling tussen in Spanje gevestigde ondernemingen die deelnemingen van ten minste 5 procent in buitenlandse ondernemingen verwerven en in Spanje gevestigde ondernemingen die deelnemingen van ten minste 5 procent in in Spanje gevestigde ondernemingen verwerven. Het oordeel van het Gerecht dat daarmee de selectiviteit van de maatregel vaststond, aangezien deze potentieel voor alle ondernemingen openstond, getuigt volgens het Hof van Justitie van een onjuist rechtsoordeel. Daarmee zegt het Hof van Justitie dus feitelijk dat een onderscheid dat gebaseerd is op een soort investering (in een buitenlandse dan wel in een in Spanje gevestigde onderneming) voldoende is om de belastingmaatregel als selectief aan te merken.

44. Conclusie A-G, punten 84-85.

45. P.C. van der Vegt, ‘Conceptuele dilemma’s ten aanzien van het begrip ‘selectieve belastingvoordelen’, *WFR* 2017/3, par. 4.4.

46. B.J. Kiekebeld, ‘Staatssteun en (de-facto)selectiviteit’, *NtFR-B* 2016/38.

47. Conclusie van A-G Kokott van 16 april 2015, zaak C-66/14, *Finanzamt Linz*, ECLI:EU:C:2015:242.

48. Conclusie van A-G Kokott in *Finanzamt Linz*, punt 115.

49. Wolffers 2015, p. 19-20.

50. Wolffers 2015, p. 20.

51. Wolffers 2015, p. 21.

52. Punten 113-115 van de conclusie. Het Hof van Justitie komt aan de staatssteunrechtelijke aspecten van de zaak in zijn arrest niet toe.

keuze van de onderneming om in het buitenland te investeren. Van der Vegt lijkt het daarmee eens te zijn en merkt daarbij op niet in te zien waarom de eigen-schap van export wél volstaat om selectiviteit aan te nemen (zoals het Gerecht overweegt), maar het houden van buitenlandse deelnemingen niet. Het lijkt inderdaad vreemd dat een onderneming die incidenteel exporteert en daarmee profiteert van exportsteun in dit voorbeeld staatssteun zou ontvangen, maar een onderneming die incidenteel investeert in een buitenlandse onderneming en profiteert van de Spaanse aftrekregeling naar het oordeel van het Gerecht niet (per se). Daarmee raakt hij aan een interessant punt, dat mijns inziens echter eerder de juistheid van de benadering van het Gerecht onderstreept.

Het voordeel dat een Spaanse onderneming dankzij de regeling van artikel 12 lid 5 TRLIS verkrijgt doordat zij deelnemingen in een buitenlandse ondernemingen verwerft, is gebaseerd op de door haar verrichte transactie. Dat is een ondernemerskeuze, die los staat van de aard of sector van een bedrijf. Een onderneming hoeft immers niet haar activiteiten te wijzigen om het belastingvoordeel te verkrijgen. Dat laatste is van belang, omdat de selectiviteitseis het onderscheid bepaalt tussen voordelen voor ‘bepaalde ondernemingen of bepaalde producties’ en algemene voordelen die voor eenieder openstaan. Een voordeel is pas staatssteun als er ook ondernemingen zijn die niet voor de maatregel in aanmerking kunnen komen.

Hier geldt dat iedere in Spanje belastingplichtige onderneming, ongeacht of zij bijvoorbeeld in de agrarische of in de vastgoedsector actief is, voor deze afschrijvingsmogelijkheid in aanmerking komt indien zij deelnemingen in buitenlandse ondernemingen verwerft. Als een onderneming voor de gunstige aftrekmogelijkheid voor goodwill in aanmerking wil komen, is het ‘enkel’ noodzakelijk een bepaalde transactie te verrichten. Het is niet noodzakelijk dat de onderneming in een bepaalde sector actief is of in een bepaalde sector investeert. Ook de omvang van de onderneming is niet doorslaggevend. Het belastingvoordeel staat in principe voor eenieder open en daarmee lijkt de maatregel inderdaad niet *de jure* selectief. Dat sluit niet uit dat de maatregel, hoewel voor eenieder formeel beschikbaar, *de facto* toch bepaalde ondernemingen meer ten goede komt, dan andere. Het is denkbaar dat de aftrekmogelijkheid vooral ten goede komt van ondernemingen met een bepaalde omvang of die in bepaalde sectoren actief zijn. Dat moet niet op vermoedens zijn gebaseerd, dat moet de Commissie inzichtelijk maken. Dat is mijns inziens feitelijk ook wat het Gerecht verlangt. De extra toets die het Gerecht had willen introduceren, strekt er immers toe vast te stellen welke kenmerken de ondernemingen die van de maatregel profiteren onderscheiden van andere ondernemingen.

Tot slot

Men kan redetwisten over de omvang van de toets en de mate van indringendheid waarmee de Commissie deze zou moeten uitvoeren. Voor de Commissie zal het niet

altijd mogelijk zijn om een precieze groep af te kunnen bakenen. Maar van de Commissie kan minst genomen wel worden verlangd bij benadering te omschrijven waarom bepaalde ondernemingen van een belastingmaatregel (meer) profijt hebben dan andere. Een ‘soepler’ invulling van het selectiviteitscriterium leidt tot een, mijns inziens onwenselijke, vervaging tussen maatregelen van algemene strekking en steunmaatregelen. Daarmee wordt de staatssteunrechtelijke ‘druk’ op algemene regelingen van economisch beleid groter dan constitutioneel en staatssteunrechtelijk wenselijk is.