

# De Saneringsclausule

Is een uitzondering op een uitzondering op een fiscaal stelsel algemeen of selectief in de zin van artikel 107 VWEU?

Mr. D. Ninck Blok en mr. G. van der Wal\*

Het op 28 juni 2018 door het Hof van Justitie gewezen arrest in zaak C-203/16 P, *Dirk Andres q.q./Commissie* is met name interessant vanwege de overwegingen en beslissingen van het Hof van Justitie over de ontvanke-lijkheid van het door de faillissementscurator ingestelde beroep en over het selectiviteitscriterium voor de toe-  
passing van het verbod op staatssteun. De navolgende bespreking van dit arrest zal met name op deze twee punten ingaan.

*HvJ 28 juni 2018, zaak C-203/16 P, Dirk Andres/Euro-  
pese Commissie, ECLI:EU:C:2018:505.*

## Het arrest van het Hof van Justitie: feitelijke achtergronden

Het Duitse bouwbedrijf Heitkamp BauHolding GmbH (hierna: HBH) verkeerde in 2008 in zwaar weer. De moedermaatschappij, Heitkamp KG, nam in die periode de aandelen van HBH over ten einde te fuseren en te saneren. HBH maakte daarbij gebruik van een fiscale ‘Sanierungsklausel’ (hierna: Saneringsclausule), een bepaling die sinds 2009 onderdeel was van het Körperschaftsteuergesetz (hierna: KStG), Duitse wet op de vennootschapsbelasting), zodat de gemaakte verliezen door HBH konden worden afgetrokken van de belastbare inkomsten over de latere jaren van HBH. Over het belastingjaar 2009 heeft HBH van de belastingdienst te Herne een aanslag ontvangen met toepassing van de Saneringsclausule. Naar aanleiding van de opening van de formele onderzoeksprocedure<sup>1</sup> door de Commissie

heeft het federale Duitse ministerie van Financiën – op verzoek van de Commissie – zijn diensten verzocht de Saneringsclausule niet meer toe te passen. Als gevolg hiervan heeft HBH over het jaar 2009 een herziene aanslag ontvangen, zonder toepassing van de Saneringsclausule. Bij de daaropvolgende belastingjaren werd evenmin de clausule toegepast, waardoor voorwaartse verliesverrekening niet mogelijk was. Op 22 november 2011 is HBH genoodzaakt haar faillissement aan te vragen. Curator dr. Dirk Andres werd (voorlopig) benoemd als ‘Insolvenzverwalter’ van het HBH-concern. Als een van de redenen van de insolvente situatie van het Heitkampconcern noemt de curator de onduidelijkheid, die er onder meer voor kandidaat-participanten was, over de Europeesrechtelijke kwalificatie van de Saneringsclausule.<sup>2</sup>

De Commissie bevestigde in haar besluit van 26 januari 2011<sup>3</sup> (hierna: Besluit) dat er sprake was van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU bij de toepassing van de Saneringsclausule. Deze staatssteun kon volgens de Commissie niet verenigbaar verklaard worden met de interne markt op grond van, onder meer, de destijds geldende richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun.<sup>4</sup> Op grond van het Besluit diende Duitsland de Saneringsclausule in te trekken en de op grond van deze regeling verleende steun terug te vorderen. HBH stond op de lijst van begunstigden die Duitsland aan de Commissie moest verstrekken.

ning (‘Sanierungsklausel’), Uitnodiging overeenkomstig artikel 108, lid 2, VWEU, opmerkingen te maken, *PbEU* 2010, C 90/8.

\* Mr. D. (Doortje) Ninck Blok is werkzaam als advocaat Europees en mededingingsrecht bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam. Mr. G. (Gerard) van der Wal is werkzaam als advocaat Europees en mededingingsrecht bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam.

1. Besluit van de Commissie van 24 februari 2010, steunmaatregel C7/2010 (ex NN5/2010), Regeling inzake voorwaartse verliesverreke-

2. <http://andrespartner.de/de/fallbeispiel-heitkamp-222.html>.

3. Besluit van de Commissie van 26 januari 2011 betreffende steunmaatregel van Duitsland C 7/2010 (ex CP 250/09 en NN5/10, *KStG*, *Sanierungsklausel*, *PbEU* 2011, L 235).

4. Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2004, C 244/2.

## Duitse stelsel – Körperschaftsteuergesetz en Einkommensteuergesetz

### • *Overdracht verliezen*

De relevante belastingregels over voorwaartse verliesverrekening staan in het Duitse ‘Einkommensteuergesetz’ (Duitse wet inkomstenbelasting) en het KStG. Op grond van par. 10d (2) Einkommensteuergesetz juncto par. 8 (1) KStG mogen ondernemingen die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen verliezen uit het ene belastingjaar verrekenen met belastbare inkomsten uit toekomstige belastingjaren van dezelfde belastingplichtige. Deze verrekening wordt ook wel ‘overdragen van verliezen’ genoemd. De overdraagbare verliezen konden enkel met de winsten van de te saneren onderneming worden verrekend. Desondanks kon de overnemer van de te saneren onderneming indirect profiteren, door bijvoorbeeld een deel van zijn bedrijfsactiviteiten in de overgenomen onderneming onder te brengen ten einde de overgedragen verliezen te benutten.

Om handel in ‘lege’ vennootschappen tegen te gaan is in 1997 een bepaling in het KStG ingevoerd, die de reikwijdte beperkte tot ondernemingen die juridisch en economisch identiek waren aan de onderneming die de verliezen had gemaakt. Dit was niet het geval wanneer meer dan de helft van de aandelen van een vennootschap overgedragen wordt en de bedrijfsactiviteiten met overwegend nieuw bedrijfskapitaal worden voortgezet. Bepaalde saneringsmaatregelen vielen wel onder de verrekeningsfaciliteit.<sup>5</sup> Een definitie van het begrip ‘economisch identiek’ was niet gegeven. De onzekerheid hierover heeft geleid tot de invoering van een nader gedefinieerde saneringsclausule, die in het arrest *Dirk Andres* centraal staat.

### • *Verval verliezen*

In 2008 is het KStG in het kader van een hervormingsoperatie zodanig aangepast dat de regel van overdraagbare verliezen werd beperkt dan wel niet van toepassing was in geval van een wezenlijke wijziging van de zeggenschap in een vennootschap. Bij verwerving van minimaal 25 procent en maximaal 50 procent van het maatschappelijk kapitaal (of van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap) dienen de onbenutte verliezen evenredig met de procentuele wijziging te vervallen. Indien de wijziging meer dan 50 procent is, kan in het geheel geen voorwaartse verliesverrekening plaatsvinden.

### • *Saneringsclausule*

Centraal in dit arrest staat de versie van de Saneringsclausule, die in 2009 werd ingevoegd in het KStG en terugwerkende kracht had tot 1 januari 2008. Volgens deze versie van de Saneringsclausule kan een overgenomen onderneming de verliezen overdragen onder de volgende voorwaarden: (1) de aandelen worden verworven met het oog op sanering van de vennootschap;

(2) ten tijde van de verwerving is de onderneming insolvent of torst zij een te zware schuldenlast, of dreigt zij insolvent te worden of een te zware schuldenlast te torren; (3) de essentiële bedrijfsstructuren worden behouden; (4) binnen vijf jaar na de verwerving vindt geen overschakeling naar een andere sector plaats, en (5) ten tijde van de verwerving had de onderneming haar bedrijfsactiviteiten niet stopgezet.<sup>6</sup>

### Het Besluit

De aandelen van het insolvente HBH werden op 20 februari 2009 door moedermaatschappij Heitkamp KG overgenomen opdat een fusie kon plaatsvinden. Er werd aan de voorwaarden van de Saneringsclausule voldaan. Van de belastingdienst had HBH een ‘bindende inlichting’ ontvangen waarin werd bevestigd dat zij in aanmerking kwam voor de toepassing van de Saneringsclausule. Naar aanleiding van het verzoek van het federale ministerie van Financiën aan de belastingdienst de saneringsclausule niet meer toe te passen, heeft de belastingdienst deze bindende inlichting ingetrokken. Tegen de intrekking van de ‘bindende inlichting’ heeft HBH bezwaar gemaakt en vervolgens bij de nationale rechter beroep ingesteld. Voor HBH had het Besluit van de Commissie tot gevolg dat aanslagen werden opgelegd zonder toepassing van de Saneringsclausule.<sup>7</sup>

## Rechtsvragen

### Ontvankelijkheid

HBH stelde op 6 juni 2011 bij het Gerecht beroep in op grond van artikel 263, vierde alinea, VWEU tegen het Besluit.<sup>8</sup> De Commissie beriep zich op niet-ontvankelijkheid van het beroep, waarbij de Commissie stelde dat appellante niet voldeed aan de eisen voor ontvankelijkheid in artikel 263, vierde alinea, VWEU en (bovendien) geen of onvoldoende procesbelang had. De Commissie onderkende dat zij in het Besluit had vastgesteld dat de Saneringsclausule staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU vormt, dat de toepassing daarvan heeft geleid tot onrechtmatige staatssteun en dat (behoudens enkele hier niet relevante uitzonderingen) deze steun diende te worden teruggevorderd. Maar – aldus de Commissie – ondanks dat is HBH ‘...is geen daadwerkelijke begunstigde van op de grond van de saneringsclausule toegekende individuele steun waarvan de Commissie de terugvordering heeft gelast’.<sup>9</sup> Anders gezegd: het Besluit betreft een nationale steunregeling die ten aanzien van HBH (nog) geen toepassing had

5. Besluit van de Commissie van 26 januari 2011 betreffende steunmaatregel van Duitsland C7/2010 (ex CP 250/09 en NN5/2010), *KStG, Sanierungsklausel*, *PbEU* 2011, L 235/26-27.

6. HvJ 28 juni 2018, zaak C-203/16 P, *Dirk Andres/Europese Commissie*, *ECLI:EU:C:2018:505*, punt 8.

7. Gerecht 4 januari 2016, zaak T-287/11, *Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie*, *ECLI:EU:T:2016:60*, punten 15-22.

8. Besluit van de Commissie van 26 januari 2011 betreffende steunmaatregel van Duitsland C 7/2010 (ex CP 250/09 en NN5/10, *KStG, Sanierungsklausel*, *PbEU* 2011, L 235/26.

9. Gerecht 4 januari 2016, zaak T-287/11, *Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie*, *ECLI:EU:T:2016:60*, punt 51.

gevonden. HBH is daarom niet rechtstreeks en individueel geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU. Het feit dat aan HBH al een fiscale toezegging was gedaan over verrekening van verliezen die nadien als gevolg van het bestreden besluit van de Commissie door de Duitse belastingdienst werd ingetrokken was volgens de Commissie geen reden voor ontvankelijkheid. De Commissie meende dat, indien al sprake was geweest van een ‘verworven recht’, sprake was van een verkregen recht naar nationaal recht, dat geen aanspraken kan geven die strijdig zijn met het verbod op staatssteun.

- *Beoordeling door het Hof van Justitie*

Deze annotatie zal enkel ingaan op de klassieke toets voor ontvankelijkheid<sup>10</sup> die het Hof van Justitie in het arrest *Andres* toepast. HBH is niet de geadresseerde van het Besluit, zodat zij alleen individueel kan zijn geraakt door het Besluit indien dat het geval is uit hoofde van bepaalde bijzondere hoedanigheden en als gevolg van een feitelijke situatie die haar ten opzichte van ieder ander karakteriseert en derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als degene tot wie een besluit is gericht.<sup>11</sup> Aan die eis is niet voldaan als het aantal of zelfs de identiteit van de rechtssubjecten op wie de maatregel – die onderwerp is van het bestreden besluit – van toepassing is, kan worden bepaald.<sup>12</sup> Het Hof van Justitie voegt daaraan toe dat een onderneming (ook) niet kan opkomen tegen een Commissiebesluit betreffende een sectorieële steunregeling als dit besluit haar enkel raakt omdat zij tot die sector behoort en potentieel onder die steunregeling valt.<sup>13</sup>

Een onderneming kan wel opkomen tegen een Commissiebesluit indien het bestreden besluit een groep van personen betreft die worden geïdentificeerd op basis van specifieke kenmerken: in dat geval zijn deze individueel geraakt omdat zij behoren tot een beperkte kring van marktdeelnemers.<sup>14</sup> De daadwerkelijke begunstigden van een nationale steunregeling worden in dat geval

individueel geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU.<sup>15</sup> Dat geldt niet voor potentiële begunstigden. Aan het criterium ‘individueel geraakt’ van artikel 263, vierde alinea, VWEU en het *Plaumann*-arrest<sup>16</sup> kan ook zijn voldaan als de appellant zich onderscheidt door andere bijzondere hoedanigheden of een feitelijke situatie (anders dan als ‘begunstigde’) die hem onderscheidt ten opzichte van ieder ander.<sup>17</sup>

### Selectiviteit

De materiële selectiviteit van een maatregel houdt in dat de maatregel alleen geldt voor bepaalde (groepen van) ondernemingen of bepaalde economische sectoren in een bepaalde lidstaat.<sup>18</sup> De crux of de Saneringsclausule kan worden aangemerkt als staatssteun zit in het selectiviteitscriterium. Kort voor afronding van deze publicatie wees de grote kamer van het Hof van Justitie arrest in de zaak *A-Brauerei*.<sup>19</sup> Zonder volledige bespreking van dit arrest zullen wij de beslissing over het selectiviteitscriterium daarin vergelijken met de uitspraak in de zaak *Andres*.

Bij de toepassing van dit criterium moet worden bekeken 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.<sup>20</sup> Binnen deze zogenoemde ‘materiële selectiviteit’ bestaan twee separate methodes: de klassieke analysemethode en de referentiekadermethode. De klassieke analysemethode is gebaseerd op het criterium van de algemene beschikbaarheid. Wanneer een regeling openstaat voor alle op het nationale grondgebied aanwezige ondernemingen betreft deze een algemene regeling en is deze niet selectief in de zin van het selectiviteitsvereiste. Als de feitelijke gevolgen van de regeling echter tot discriminatie leiden of kunnen leiden, tussen ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, kan een regel voor de begunstigde ondernemingen toch een selectief voordeel opleveren. Het arrest over de vennootschapsbelasting voor *off shore* bedrijven in Gibraltar is hiervan het bekendste voorbeeld.<sup>21</sup> Bij de referentiekadermethode moeten drie stappen doorlopen worden. Allereerst dient de referen-

10. Literatuur inzake ontvankelijkheid: bijv. A.D.L. Knook, *Staatssteun. Handboek voor de praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 919 (de klachtprocedure; art. 24 lid 2 van Verordening (EU) 2015/1589 van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 VWEU, *PbEU* 2015, L 248/9); F.J. Säcker en F. Montag (red.), *European State Aid Law*, München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck, Hart Publishing en Nomos 2016, p. 1624 e.v. (belanghebbenden in de zin van art. 108 lid 2 VWEU en art. 24 van Verordening (EU) 2015/1589); beroepsmogelijkheden tegen het al dan niet openen van de procedure van art. 108 lid 2 VWEU; beroep tegen een besluit van de Commissie door begunstigden van staatssteun, concurrenten van begunstigden en derden.

11. *Dirk Andres*, punt 41, met de klassieke verwijzing naar HvJ 15 juli 1963, zaak C-25/62, *Plaumann/Commissie*, ECLI:EU:C:1963:17, maar ook het recentere HvJ 27 februari 2014, zaak C-132/12 P, *Stichting Woonpunt e.a./Commissie*, ECLI:EU:C:2014:100.

12. *Dirk Andres*, punt 42, met verwijzing naar HvJ 16 maart 1978, zaak C-123/77, *Unicme e.a./Raad*, ECLI:EU:C:1978:73 en HvJ 19 december 2013, zaak C-274/12 P, *Telefónica/Commissie*, ECLI:EU:C:2013:853.

13. *Dirk Andres*, punt 43, met verwijzing naar HvJ 19 oktober 2000, gevoegde zaken C-15/98 en C-105/99, *Italië en Sardegna Lines/Commissie*, ECLI:EU:C:2000:570 en het al aangehaalde arrest *Telefónica*.

14. *Dirk Andres*, punt 44 met verwijzing naar HvJ 13 maart 2008, zaak C-125/06, *Commissie/Infront WM*, ECLI:EU:C:2008:159, punt 71 en

HvJ 27 februari 2017, zaak C-132/12 P, *Stichting Woonpunt/Commissie*, ECLI:EU:C:2014:100, punt 59.

15. *Dirk Andres*, punt 45; *Sardegna*, punten 34-35; HvJ 3 juni 2011, gevoegde zaken C-71/09 P. e.v., *Comita to Venezia/Commissie*, ECLI:EU:C:2011:368, punt 53.

16. HvJ 15 juli 1963, zaak C-25/62, *Plaumann/Commissie*, ECLI:EU:C:1963:17.

17. *Dirk Andres*, punt 48.

18. 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 8.

19. HvJ 19 december 2018, zaak C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741;

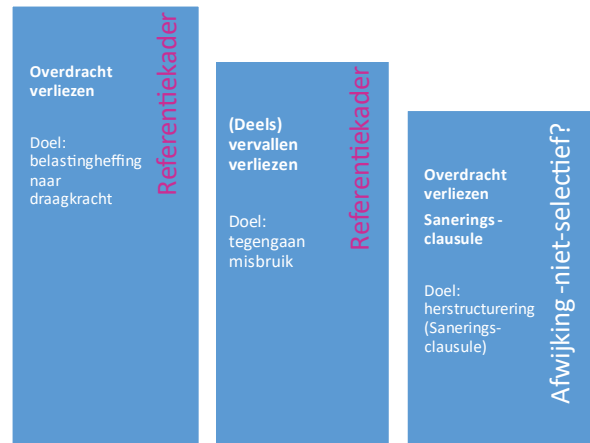
20. HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *Commissie/World Duty Free Group SA e.a.*, ECLI:EU:C:2016:981, punt 57; *Dirk Andres*, punt 83.

21. HvJ 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, *Commissie en Spanje/Regering van Gibraltar en het Verenigd Koninkrijk*, ECLI:EU:C:2011:551.

## Gerecht



## Hof van Justitie



tieregeling te worden vastgesteld. Vervolgens moet worden nagegaan of de bewuste maatregel daarvan afwijkt, voor zover hij differentiaties aanbrengt tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de aan de regeling inherente doelstellingen, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Tot slot dient, wanneer een afwijking wordt geconstateerd, te worden nagegaan of deze wordt gerechtvaardigd door de aard of opzet van de referentieregeling.<sup>22</sup>

In de zaak *Andres* heeft de Commissie de referentiemethode toegepast. Bij deze toepassing heeft de Commissie de regel inzake het vervallen van de onbenutte verliezen aangemerkt als de algemene belastingregeling. Aan de hand van dit referentiekader werd onderzocht of ondernemingen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevonden, verschillend werden behandeld. Met de Commissie was het Gerecht van oordeel dat, hoewel de regel van overdracht van verliezen algemener was, de regel van het vervallen van de verliezen het juiste referentiekader was.<sup>23</sup> De Saneringsclausule is daarmee een uitzondering die selectief voordeel verleende en niet gerechtvaardigd kon worden door de aard of de algemene opzet van het belastingstelsel.<sup>24</sup>

- *Beoordeling door het Hof van Justitie*

Het Hof overweegt dat de afbakening van het referentiekader bij fiscale maatregelen belangrijk is, omdat slechts ten opzichte van een zogenoemde ‘normale’ belasting

het eventuele voordeel kan worden vastgesteld.<sup>25</sup> Het Hof van Justitie is het met advocaat-generaal Wahl eens 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’.<sup>26</sup> De vaststelling van het referentiekader door het Gerecht (en de Commissie) is volgens het Hof van Justitie te restrictief. Het Hof van Justitie weerlegt de overwegingen van het arrest die hebben geleid tot een andere vaststelling van het referentiekader. Zo is de gebruikte wetgevingstechniek niet van doorslaggevende betekenis voor het vaststellen van het referentiekader. Dat geldt ook voor het feit dat de Saneringsclausule als een uitzondering is geformuleerd.<sup>27</sup>

In Figuur 1 is weergegeven welk deel van het wettelijk stelsel van de Duitse vennootschapsbelasting het Gerecht en het Hof van Justitie als referentiekader hebben vastgesteld.

De vaststelling van het relevante referentiekader (‘normale’ belastingregime) is bepalend voor de uitkomst: bij de vervolgstappen dient te worden beoordeeld of sprake is van een afwijking daarvan die differentiaties tussen marktdeelnemers met zich meebrengt en – indien een afwijking wordt geconstateerd – in hoeverre deze afwijking gerechtvaardigd wordt door de aard of opzet van de referentieregeling. De uitkomst kan een heel andere kan zijn, afhankelijk van de vaststelling van het referentiekader. Het vaststellen van een onjuist referentiekader tast het gehele onderzoek naar het selectiviteitscriterium aan.<sup>28</sup> Bij de bepaling van het juiste referentiekader zou uit onderzoek van de inhoud van de bepalingen in deze zaak, moeten worden afgeleid of de Saneringsclausule ertoe strekte een onder de algemene regel van over-

22. 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 128; HvJ 6 september 2006, zaak C-88/03, *Portugal/Commissie*, ECLI:EU:C:2006:511; 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; HvJ 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08-C-80/08, *Paint Graphos e.a.*, ECLI:EU:C:2011:550; HvJ 8 september 2011, zaak C-279/08 P, *Commissie/Nederland*, ECLI:EU:C:2011:551.

23. Gerecht 4 januari 2016, zaak T-287/11, *Heitkamp BauHolding GmbH/Commissie*, ECLI:EU:T:2016:60, punten 103-108.

24. Besluit van de Commissie van 26 januari 2011 betreffende steunmaatregel van Duitsland C7/2010 (ex CP 250/09 en NN5/2010) ‘*KStG, Sanierungsklausel*’, punt 66 e.v., *PbEU* 2011, L 235/26.

25. *Dirk Andres*, punt 88 en aldaar genoemde rechtspraak.

26. *Dirk Andres*, punt 103.

27. *Dirk Andres*, punt 93.

28. *Dirk Andres*, punten 95-107.

dracht van de verliezen vallende situatie te regelen. Het Hof van Justitie acht het beroep van Dirk Andres gegrond, het dictum van het arrest van het Gerecht wordt vernietigd. De incidentele hogere voorziening – de ontvankelijkheid van het beroep – wordt afgewezen. Het Besluit van de Commissie wordt nietig verklaard.

## Betekenis van het arrest

De referentiekadermethode is een drietrappstest, die bij de eerste stap, namelijk het vaststellen van de algemene regel, het referentiekader, al problemen oplevert. De Commissie omschrijft in haar Mededeling dat de referentieregeling bestaat uit 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.’<sup>29</sup> Echter, de objectieve criteria worden door de Commissie noch in de rechtspraak gedefinieerd. Wel blijkt, volgens advocaat-generaal Wahl, uit de rechtspraak dat bij de vaststelling van het referentiekader een ruime benadering toegepast moet worden. Volgens hem is het gerechtvaardigd dat een referentiekader alle toepasselijke bepalingen omvat. Dit referentiekader moet worden vastgesteld voordat er groepen van ondernemingen worden vergeleken. Zo wordt voorkomen dat een selectie van bepalingen kunstmatig uit een ruimer rechtskader wordt gelicht.

In het arrest *Dirk Andres* is de regel van het laten vervallen van verliezen door het Gerecht als referentiekader genomen. Echter, ten aanzien van de regel van overdracht van verliezen overweegt het Gerecht dat alle vennootschappen in het kader van de vennootschapsbelasting er gebruik van kunnen maken. Voor wat betreft de regel van het laten vervallen van verliezen redeneert het Gerecht dat deze op vennootschappen stelselmatig van toepassing is in alle gevallen waarin aan de voorwaarde (wijziging samenstelling aandeelhouders ten belope van 25 procent van het kapitaal) wordt voldaan zonder dat onderscheid gemaakt wordt naar aard of kenmerken van de betrokken onderneming. Het Gerecht verwoordt deze twee regels als een algemene regel en een meer algemene regel. Vervolgens beziet het Gerecht deze twee regels vanuit de Saneringsclausule en constateert dat de Saneringsclausule een uitzondering op de regel van het laten vervallen van verliezen vormt<sup>30</sup> en komt het Gerecht tot het oordeel dat de regel van het vervallen van verliezen het referentiekader is. Volgens een dergelijke regel zou iedere afwijking van een stelsel in potentie een steunmaatregel kunnen opleveren. In de Mededeling inzake staatssteun en directe belastingen op ondernemingen wijst de Commissie erop dat ‘het feit

dat sommige ondernemingen of sectoren meer dan andere van een aantal van deze belastingmaatregelen profiteren, [...] niet noodzakelijk tot gevolg [heeft] dat zij binnen de werkingssfeer van de mededingingsregels voor staatssteun komen te vallen’.<sup>31</sup> Bovendien hoeft er geen sprake te zijn van een afwijking. Een belastingregel met een beperkte reikwijdte kan hetzelfde effect hebben als een ruime belastingregel met een uitzondering.<sup>32</sup> Terecht heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat in deze kwestie kunstmatig een aantal bepalingen uit een ruimer rechtskader zijn getild en het referentiekader onjuist is vastgesteld. Het Hof van Justitie neemt als uitgangspunt dat een zo breed mogelijk algemeen kader als referentiekader genomen moet worden.<sup>33</sup> Van dit uitgangspunt lijkt slechts te kunnen worden afgeweken als daartoe gegronde redenen zijn. De argumenten van het Gerecht (en de Commissie) in de onderhavige zaak worden door het Hof van Justitie van tafel geveegd.<sup>34</sup>

Uit de Europese jurisprudentie blijkt dat het voor de rechter lastig is de eerste stap (referentiekader) en tweede stap (uitzondering) strikt te onderscheiden. Dit pleit er ook voor het breedst mogelijke rechtskader als referentiekader te nemen. Hiermee wordt ook voorkomen dat de tweede stap vermengd wordt met de eerste stap. Dit afbakingsprobleem is geen incident.<sup>35</sup> In de zaak *A-Brauerei* ging het om de belasting op de verwerving van onroerende zaken. De Duitse wetgeving bepaalt dat in beginsel alle rechtshandelingen waarmee onroerende zaken worden verworven aan de belasting onderworpen zijn. Er geldt een vrijstelling voor omzettingen van ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren, waardoor de onroerende zaken in juridische zin binnen dezelfde groep van eigenaar veranderen. Ook hier is het feit dat de vrijstelling een uitzondering op de algemene regel is, niet bepalend of deze al dan niet deel uitmaakt van het referentiekader. Advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe concludeerde en het Hof van Justitie oordeelde dat de vrijstelling onderdeel uitmaakt van het algemene rechtskader.

De afbakening van het referentiekader is cruciaal voor het vervolg van de drietrappstest. In het arrest *Dirk Andres*, waarin het Gerecht tot het oordeel komt dat de Saneringsclausule niet binnen maar buiten het belastingstelsel ligt, heeft de onjuiste afbakening ervoor gezorgd dat de tweede stap ook verkeerd is uitgevoerd; de beoordeling of de Saneringsclausule afwijkt van het referentiekader, voor zover de clausule differentiaties

29. 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 133.

30. Gerecht 4 januari 2016, zaak T-287/11, *Heitkamp Bauholding GmbH/Commissie*, ECLI:EU:T:2016:60, punten 104 en 107.

31. Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, *PbEU* 1998, C 384, p. 3, punt 14.

32. Conclusie A-G Mengozzi, 17 juli 2008, zaak C-487/06 P, *Britisch Aggregates Association/Commissie*, ECLI:EU:C:2008:419, punt 100.

33. *Dirk Andres*, punt 103.

34. *Dirk Andres*, punten 104-107.

35. M. Aalbers, ‘Gibraltar: A Rock Solid Interpretation of the Selectivity Criterion’, *ESTAL* 2017, nr. 3, p. 495; 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; HvJ 19 december 2018, zaak C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741; L. Panci, ‘Latest Developments on the Interpretation of the Concept of Selectivity in the Field of Corporate Taxation’, *ESTAL* 2018, nr. 3, p. 353.

invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van het referentiekader, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Anders gezegd, de beoordeling van de betreffende ongelijke behandeling vindt plaats tegen de achtergrond van het met de wet nagestreefde doel.<sup>36</sup> Het doel van de regel van het laten vervallen van verliezen (hetgeen de Commissie heeft betrokken bij de toets), namelijk het tegengaan van misbruik, is een heel andere dan de doelstelling van het ruimere referentiekader, namelijk belastingheffing naar draagkracht. Het Hof van Justitie komt echter niet meer aan de beoordeling van de vervolgstappen toe, omdat de fout zich bij de eerste stap al heeft voorgedaan. Voor een uitvoerige beschouwing van de – op zijn minst zo ingewikkelde – tweede stap wordt verwezen naar de annotatie bij het arrest *World Duty Free Group* die eerder in dit blad verscheen.<sup>37</sup>

De onduidelijkheid en complexiteit van de drietrappstest veroorzaakt rechtsongelijkheid. Advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe signaleert in zijn conclusie in de zaak *A-Brauerei* dat de reikwijdte van het staatssteunverbod wordt uitgebreid tot elke fiscale differentiatie van de fiscale wetten van de lidstaten; hij pleit voor toepassing van de klassieke methodiek.<sup>38</sup> Om het verschil en de geschikte toepassing van de klassieke methode nader te duiden, halen wij ter illustratie het voorbeeld aan van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe. Een belastingmaatregel met progressieve belastingtarieven die afhankelijk zijn van het inkomensniveau, is volgens de klassieke methode in zijn geheel een algemene maatregel. Immers, elke onderneming kan voor de gunstigere tarieven in aanmerking komen. Met de toepassing van de referentiemethode vormt het minst gunstige tarief het referentiekader (eerste stap) en vormen de gunstigere tarieven de differentiatie waarvan de geldigheid afhangt van het gebrek aan vergelijkbaarheid (tweede stap), of van het bestaan van een rechtvaardiging die verband houdt met de aard of de algemene opzet van de betrokken regeling (derde stap).<sup>39</sup>

De drietrappstest die in de *World Duty Free*-zaak werd toegepast heeft, ondanks het pleidooi van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe voor de klassieke methode, niet voor een wijziging in de jurisprudentie gezorgd voor wat betreft de standaardtoepassing van de referentiekadermethode. Het Hof van Justitie motiveert in zijn *A-Brauerei*-arrest niet waarom het in deze zaak de referentiekadermethode toepast. Deze methode is na *Dirk Andres* en na *A-Brauerei* nog steeds de standaardmethode om de selectiviteit van nationale belastingmaatregelen te kunnen vaststellen. Deze methode zal de Commissie dan ook moeten toepassen in haar nieuwe beoordeling van de Saneringsclausule. Met dien ver-

stande dat het referentiekader bestaat uit zowel de regel van overdracht van verliezen als de regel van het vervallen van verliezen.

Wij constateren dat het wenselijk is objectieve criteria te formuleren aan de hand waarvan het op voorhand duidelijk is wat het juiste algemene kader is. Dit zou de rechtszekerheid ten goede komen.

Wat betreft de ontvankelijkheid biedt het arrest een mooi overzicht van de toepassing van het *Plaumann*-criterium<sup>40</sup> (art. 263, vierde alinea, VWEU), dat hiervoor al is samengevat. In het nadien gewezen arrest *Montessori*<sup>41</sup> heeft het Hof van Justitie de ontvankelijkheidsvraag van een beroep tegen een (door de Commissie verboden) nationale steunregeling in de zin van artikel 1 sub d van Verordening (EU) 2015/1589 (vrijstelling van onroerendzaakbelasting voor niet-commerciële organisaties) niet beoordeeld op voet van het *Plaumann*-criterium (rechtstreeks en individueel geraakt) maar op basis van het door het Verdrag van Lissabon aan artikel 263, vierde alinea, derde zinsnede, VWEU toegevoegde criterium. Op grond van dit criterium zijn beroepen tegen regelgevingshandelingen die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengen ontvankelijk indien deze zijn ingesteld door degenen die daardoor rechtstreeks worden geraakt. Een staatsteunbesluit van de Commissie betreffende een nationale steunregeling wordt in het arrest *Montessori* gekwalificeerd als een dergelijke ‘regelgevingshandeling’ met een algemene strekking die gevolgen heeft als bedoeld in artikel 263, vierde alinea, derde zinsnede, VWEU.<sup>42</sup> Deze redenering hoefde in *Dirk Andres* niet aan de orde te komen omdat reeds op grond van het *Plaumann*-criterium tot ontvankelijkheid kan worden geoordeeld.

Het is juist dat een beroep op het vertrouwensbeginsel en verkregen rechten niet snel succesvol zal zijn om toepassing van het verbod van artikel 107 lid 1 VWEU te voorkomen. Maar dat was niet de vraag waar het hier om ging. Het beroep van HBH op haar ‘verworven recht’ naar nationaal Duits recht betrof de vraag of en waardoor HBH zich onderscheidde van ieder ander voor de toepassing van het ontvankelijkheids criterium van artikel 263, vierde alinea, VWEU. Zelfs indien een naar nationaal recht verworven recht onder omstandigheden moet wijken voor het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU, neemt dat niet weg dat daarop met succes een beroep kan worden gedaan om ten minste de ontvankelijkheidsvraag in het voordeel van de appellant te beantwoorden. Het Gerecht had volgens het Hof van Justitie terecht geoordeeld dat HBH een naar Duits recht verkregen ‘verworven recht’ had op belastingvermindering, waardoor zij als een daadwerkelijk begunstigde moet worden aangemerkt. Het gaat hier om een verworven recht dat moest wijken voor het bestreden Besluit van de Commissie, waardoor HBH rechtstreeks en individueel werd geraakt in de zin van het arrest

36. Conclusie A-G Kokott, 9 november 2017, gevoegde zaken C-236/16 en C-237/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2017:854, punt 88.

37. G. Midden, ‘World Duty Free Group, de complexe selectiviteitstest bij fiscale steunmaatregelen’, *NtEr* 2017/8, p. 204.

38. Conclusie A-G Saugmandsgaard, 19 september 2018, zaak C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741, punten 8, 9 en 73.

39. Conclusie A-G Saugmandsgaard, *A-Brauerei*, punt 66.

40. *Dirk Andres*, punten 41-51.

41. HvJ 6 november 2018, gevoegde zaken C-622/16 P t/m C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori e.a./Commissie*, ECLI:EU:C:2018:873.

42. *Montessori*, punten 22-39.

*Plaumann* en artikel 263, vierde alinea, tweede zinsnede, VWEU. Het argument van de Commissie dat hier geen sprake was van een ‘verworven recht’ dat met succes kon worden ingeroepen, moest wel falen: het ging niet om een recht dat aan terugvordering in de weg kan staan, maar om een naar nationaal recht verkregen aanspraak die door ingrijpen van de Commissie verloren dreigde te gaan, als grondslag voor ontvankelijkheid.