



Datum van inontvangstneming : 11/07/2014

**Zaak C-274/14**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

5 juni 2014

**Verwijzende rechter:**

Tribunal Económico Administrativo Central de Madrid (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

2 april 2014

**Verzoekende partij:**

Banco de Santander, S.A.

**Gedaagde partij:**

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Beroep tegen een aanslag van de belastingdienst, waarin de aftrek is geweigerd van de financiële goodwill (fondo de comercio financiero; hierna: „FCF”) afkomstig uit de verwerving door een Spaanse vennootschap van indirecte deelnemingen in buitenlandse ondernemingen door middel van de verwerving van directe deelnemingen in een holdingmaatschappij.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

Vraag over de uitlegging van de beschikking van de Commissie van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast [kennisgeving geschied onder nummer C(2009) 8107].

Vraag betreffende de geldigheid van beschikking C(2013) 4399 def van 17 juli 2013 in staatssteunprocedure SA.35550 (13/C) (ex 13/NN, ex 12/CP) –

Belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen.

Het Tribunal Económico Administrativo Central (centrale overheidsorgaan voor economische en administratieve geschillen; hierna: „TEAC”) beroept zich op artikel 267 VWEU en heeft aangegeven dat een Tribunal Económico-Administrativo een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 267 VWEU, aangezien het voldoet aan de vijf in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie gestelde voorwaarden, te weten a) wettelijke grondslag, b) permanent karakter, c) verplichte rechtsmacht, d) beslissing na een procedure op tegenspraak en e) toepassing van de regelen des rechts. In deze zin heeft het Hof zich uitgesproken bij arrest van 21 maart 2000, *Gabalfrija e.a.* (C-110/98 t/m C-147/98), waarin het Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña is beschouwd als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag.

### **Prejudiciële vragen**

- 1) Dient artikel 1, lid 2, van beschikking C45/2007 van de Europese Commissie van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen aldus te worden uitgelegd dat het in dat lid erkende gewettigd vertrouwen in de daarin aangegeven omvang mede van toepassing is op de aftrekbaarheid van de belastingafschrijving van de financiële goodwill volgens artikel 12, lid 5, TRLIS, wanneer het de indirecte verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen door middel van de directe verwerving van een buitenlandse holding betreft?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet beschikking C(2013) 4399 def van 17 juli 2013 in staatssteunprocedure SA.35550 (13/C) (ex 13/NN, ex 12/CP) – Belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen, waarbij is besloten tot inleiding van de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU, dan wegens schending van artikel 108 VWEU zelf en van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (thans artikel 108 VWEU) als ongeldig worden beschouwd?”

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Genoemd in de uiteenzetting van de feiten.

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Genoemd in de uiteenzetting van de feiten.

## Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

### *Aanvankelijke regeling van de belastingafschrijving van FCF*

- 1 Ley 43/1995 de 27 de diciembre del impuesto de sociedades (wet 43 van 27 december 1995 op de vennootschapsbelasting; hierna: „LIS”) introduceerde de mogelijkheid om financiële goodwill fiscaal af te schrijven. Deze regel is later overgenomen in de Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (herziene tekst van de wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „TRLIS”), goedgekeurd bij Koninklijk wetgevend besluit 4 van 5 maart 2004. Artikel 12, lid 5, TRLIS bepaalde: „*Indien effecten worden verworven die een deelneming in het eigen vermogen vertegenwoordigen van lichamen die buiten het Spaanse grondgebied zijn gevestigd, waarvan de opbrengst kan vallen onder de vrijstelling bepaald in artikel 21 van deze wet, wordt het bedrag van het verschil tussen de verwervingsprijs van de deelneming en de theoretische boekhoudkundige waarde op de verkrijgingsdatum ten laste gebracht van de materiële en immateriële vermogensbestanddelen van de onderneming die niet op Spaans grondgebied is gevestigd, een en ander overeenkomstig de criteria die zijn vastgesteld in Koninklijk Besluit nr. 1815 van 20 december 1991 houdende goedkeuring van de regels voor het opstellen van geconsolideerde jaarrekeningen. Het gedeelte van het verschil dat niet aldus kan worden toegerekend, is aftrekbaar van de belastbare inkomsten, tot een jaarlijks, maximum van een twintigste van het desbetreffende bedrag (...)*”.
- 2 Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk uitsloot, werd de maatregel in de vaste administratieve praktijk uitsluitend toegepast op de directe verwerving van deelnemingen en niet op enige indirecte verwerving (verwerving van deelnemingen door middel van een directe verwerving van een holdingmaatschappij die, op haar beurt, deelnemingen bezit in andere ondernemingen).

### *Transacties aangaande aandelen die aftrekbare FCF opleveren*

- 3 Banco de Santander Central Hispano (hierna: „BS”) was in de boekjaren 2002, 2003 en 2004 de leidende vennootschap van de fiscaal geconsolideerde groep 17/89.
- 4 In mei 2002 verwierf BS door middel van een aandelenruil 100 % van de aandelen in de Duitse vennootschap AKB (een holdingmaatschappij met deelnemingen in verschillende vennootschappen). De verwervingsprijs bedroeg 1 099 999 999 EUR, de boekwaarde 183 909 000 EUR. De transactie leverde een FCF op van 916 091 000 EUR, die werd afgetrokken overeenkomstig artikel 12, lid 5, LIS.
- 5 BS heeft in de loop van december 2002 de aandelen AKB die de financiële goodwill hadden gegenereerd, overgedragen aan Holneth BV en aan Santander Consumer Finance (hierna: „SCF”), beide behorend tot dezelfde belastinggroep waar BS aan het hoofd stond.

6 Rekening houdende met de FCF van 916 091 000 EUR, die voortkwam uit de aankoop van AKB door BS, heeft de belastinggroep 17/89 in de aangiften vennootschapsbelasting betreffende de boekjaren 2002 en 2003 de volgende aanpassingen aangebracht met toepassing van artikel 12, lid 5, LIS:

– In 2002:

BS: negatieve aanpassing van 27 482 730 EUR [(916 091 000 EUR\*219/365\*1/20)].

SCF: negatieve aanpassing van 1 631 395 EUR [916 091 000 EUR\*13/365\*1/20].

– In 2003:

SCF: negatieve bijstelling van 45 804 550 EUR (916 091 000 EUR\*1/20).

*Eerste controle de belastinginspectie (over het boekjaar 2002)*

7 De Inspectie heeft, na een controle bij de belastinggroep 17/89 betreffende de vennootschapsbelasting over het boekjaar 2002 resulterend in een eindrapport van 21/12/2006, dit aspect gereguleerd, bij naheffingsaanslag van 7 maart 2007, waarbij het belastbare inkomen werd verhoogd met 7 215 356 EUR. Het gedeelte van de afschrijving van de FCF dat overeenkwam met de aan andere ondernemingen van het concern overgedragen effecten werd immers in de betrokken periode niet aftrekbaar geacht.

8 BS tekende bezwaar aan bij het TEAC, welk orgaan de naheffingsaanslag bekrachtigde bij beslissing van 22 oktober 2009. Vervolgens werd beroep ingesteld bij het Audiencia Nacional (Spaans nationale gerechtshof), die dit punt betreffende de regulering uiteindelijk vernietigde bij arrest van 24 januari 2013. In dit arrest is het Audiencia Nacional met de overheid van mening dat het om een omkeerbare correctie van het belastbare inkomen gaat, die dientengevolge niet voortduurt wanneer het vermogensbestand dat de aanleiding vormde voor die correctie geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen. Het Audiencia Nacional heeft het standpunt van de belastingdienst echter afgewezen en de vordering van BS toegewezen omdat de deelneming was overgedragen aan ondernemingen die tot dezelfde belastinggroep behoorden, waardoor de FCF in geconsolideerde rekeningen van dezelfde fiscale groep bleef.

*Eerste Beschikking van de Commissie van 28 oktober 2009, en Tweede Beschikking van de Commissie van 12 januari 2011*

9 Op 28 oktober 2009 en 12 januari 2011 heeft de Commissie aan het slot van een formele onderzoeksprocedure volgens artikel 108, lid 2, VWEU over de belastingafschrijving van de FCF als geregeld in artikel 12, lid 5, TRLIS, de beschikking van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële

goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast [kennisgeving geschied onder nummer C(2009) 8107] (hierna: „Eerste Beschikking”) en de beschikking van 12 januari 2011 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast [kennisgeving geschied onder nummer C(2010) 9566] (hierna: „Tweede Beschikking”) vastgesteld.

- 10 De Eerste Beschikking houdt kort gezegd het volgende in:
- De Spaanse regeling is een onrechtmatige steunregeling.
  - De steun die krachtens de bestreden regeling aan de begunstigen is toegekend ter zake van verwervingen binnen de Europese Unie moet worden teruggevorderd.
  - De Commissie ziet af van de terugvordering van het belastingvoordeel aangezien de begunstigen van de bestreden maatregel het gewettigd vertrouwen hadden dat de steun niet zou worden teruggevorderd.
  - De belastingaftrek die de begunstigen krachtens artikel 12, lid 5, TRLIS hebben genoten in het kader van intracommunautaire verwervingen van directe of indirecte deelnemingen in buitenlandse ondernemingen die vóór 21 december 2007 aan de voorwaarden van de steunregeling voldeden, kunnen verder gedurende de gehele in de steunregeling vastgelegde afschrijvingsperiode worden toegepast.
- 11 De Tweede Beschikking is inhoudelijk in wezen gelijk aan de Eerste Beschikking, met dit verschil dat zij verwervingen buiten de Europese Unie betreft.

*Tweede controle van de belastinginspectie (over de boekjaren 2003 en 2004)*

- 12 Op 19 april 2007 begon een tweede belastingcontrole, die uitmondde in de aanslagen van 22 juli 2010 voor de boekjaren 2003 en 2004. In deze aanslagen werd bevestigd dat de FCF niet in aftrek mocht worden gebracht, voornamelijk om de volgende redenen:
- Volgens de administratieve uitlegging van artikel 12, lid 5, TRLIS door de Dirección General de Tributos (directoraat-generaal belastingen; hierna: „DGT”) en het TEAC kan financiële goodwill niet worden toegerekend aan een holdingmaatschappij (indirecte deelnemingen leveren geen goodwill op, enkel directe deelnemingen), aangezien het verschil tussen de verwervingsprijs en de theoretische waarde is toe te schrijven aan een hogere waarde van de vennootschappen waarin de holdingmaatschappij deelneemt.

- Uit de operationele activiteiten in de boekjaren na 2002 is gebleken dat de niet-gerealiseerde vermogenswinst en de verrichte investering tot uitkering zijn gekomen in de vorm van een vrijgestelde dividendbetaling in het jaar 2004, zodat van de bedragen die zijn voldaan voor de verwerving van AKB zijn gecompenseerd door repatriëring van de in gebieden met een lage belastingvoet behaalde bedrijfsresultaten waaruit het betaalde dividend is gefinancierd.
- 13 BS heeft op 16 augustus 2010 een financieel-administratieve vordering bij het TEAC ingesteld tegen de aanslagen van 22 juli 2010.
- 14 In samenhang met deze vordering heeft BS op 21 januari 2011 een memorie overgelegd waarin de aftrekbaarheid van de indirecte financiële goodwill volgens artikel 12, lid 5, LIS werd verdedigd, en waarin in wezen het volgende werd betoogd:
- Verwijzing naar de consolidatieregels. Voor de berekening van het positieve verschil tussen de waarde van de verwerving van de buitenlandse onderneming en de theoretische boekhoudkundige waarde verwijst artikel 12, lid 5, TRLIS uitdrukkelijk naar de consolidatieregels van Koninklijk Besluit 1815/1991, dat geen enkele beperking bevat met betrekking tot de verwerving van indirecte deelnemingen. Bij toepassing van de genoemde boekhoudkundige consolidatieregels verschijnen deelnemingen in vennootschappen van het concern nooit aan de actiefzijde, maar worden vervangen door vermogensbestanddelen van de verworven ondernemingen die bestaan op het moment van de verwerving van de deelneming. Het verschil tussen de verwervingskosten en de eigen middelen dat mogelijkzich zichtbaar wordt, wordt voor zover mogelijk toegerekend aan de vermogensbestanddelen van de ondernemingen waarin de deelneming is verkregen; het verschil is de goodwill. Ten gevolge van de uitsluiting van deelnemingen in afhankelijke operationele vennootschappen is het echter nooit mogelijk om het verschil tussen de verwervingswaarde en waarde van de eigen middelen van AKB aan dergelijke ondernemingen toe te rekenen, zoals de Inspectie tracht te doen.
  - Bij de vorige belastingcontrole is de desbetreffende goodwill aanvaard, hoewel het hierbij om indirecte deelnemingen ging. Van het totaal van de door BS toegepaste aftrek, 27 482 730 EUR, had de Inspectie een bedrag van 20 262 374 EUR aanvaard en was enkel 7 215 356 EUR alsnog in de heffing betrokken, welk bedrag overeenkwam met het gedeelte van de later overgedragen effecten, aangezien ervan werd uitgegaan dat de aftrek omkeerbaar was in het geval van overdracht van deelnemingen aan andere vennootschappen, ook al behoorden deze tot dezelfde belastinggroep.
  - Artikel 12, lid 5, TRLIS verwijst naar artikel 21 van diezelfde wet, in samenhang met de naleving van bepaalde vereisten. Volgens dit artikel 21

vallen de opbrengsten van indirecte deelnemingen die door middel van holdingmaatschappijen zijn ontvangen, uitdrukkelijk onder de vrijstelling van deze bepaling, en zelfs hoeven de vereisten voor de vrijstelling in dergelijke gevallen niet te worden nageleefd door de holdingmaatschappij, maar door de operationele vennootschappen die afhankelijk zijn van die holding. Het zou dientengevolge niet logisch zijn dat de wetgever weliswaar voor de afbakening van het toepassingsgebied van artikel 12, lid 5, TRLIS verwijst naar artikel 21, dat uitdrukkelijk de verwerving van concerns via holdingmaatschappijen omvat, maar tegelijkertijd de toepassing van de aftrek van de goodwill in dergelijke gevallen zou verhinderen.

- In de tekst van de Eerste Beschikking wordt uitdrukkelijk vermeld dat de omstreden kwestie van de goodwill zowel directe als indirecte deelnemingen in buitenlandse ondernemingen betreft. BS leidt hieruit af dat ook volgens deze beschikking de aftrek van de FCF zoals voorzien in artikel 12, lid 5, TRLIS wordt geacht te gelden voor zowel directe als indirecte deelnemingen.

*Wijziging van de Spaanse regeling op grond van de beschikkingen van de Commissie*

- 15 Bij wet 39 van 22 december 2010, die van toepassing is van toepassing op belastingperiodes aflopend vanaf 21 december 2007 en die voor onbepaalde tijd van kracht is, is de redactie van artikel 12, lid 5, TRLIS gewijzigd. De nieuwe redactie herhaalt de originele inhoud van de regel in analoge bewoordingen, en er is een derde alinea toegevoegd ter uitvoering van de Eerste Beschikking, luidend als volgt: „*De in deze alinea vastgestelde aftrek is niet van toepassing op de verwerving van effecten die een deelneming in het eigen vermogen vertegenwoordigen van lichamen die gevestigd zijn in een andere lidstaat van de Europese Unie, indien deze verwerving heeft plaatsgevonden na 21 december 2007.*”
- 16 De genoemde derde alinea is vervolgens gewijzigd bij wet 31 van 4 oktober 2011, ter uitvoering van de Tweede Beschikking. De tekst luidde na deze wijziging als volgt: „*De in deze alinea vastgestelde aftrek is niet van toepassing op de verwerving van effecten die een deelneming in het eigen vermogen vertegenwoordigen van lichamen die niet op Spaans grondgebied gevestigd zijn, en heeft plaatsgevonden na 21 december 2007 [...]. Indien het echter gaat om de verwerving van effecten die een meerderheidsdeelneming verschaffen in het eigen vermogen van ondernemingen die in een staat zijn gevestigd die geen lid is van de Europese Unie, die heeft plaatsgevonden tussen 21 december 2007 en 21 mei 2011, kan de in deze alinea bepaalde aftrek worden toegepast voor zover het bestaan wordt aangetoond van expliciete juridische belemmeringen voor grensoverschrijdende combinaties van ondernemingen, een en ander in de zin van artikel 1, leden 4 en 5, van de (De Tweede) Beschikking.*”



*Nieuwe administratieve uitlegging van het Spaanse maatgevende kader*

- 17 De Spaanse overheid heeft de uitlegging van artikel 12, lid 5, TRLIS gewijzigd. De DGT heeft in een bindend advies van 21 maart 2012 haar eerdere standpunt aangaande de uitlegging gewijzigd, volgens welk standpunt dit artikel alleen van toepassing was op de directe verwerving van deelnemingen.
- 18 Het criterium van dit TEAC is op overeenkomstige wijze gewijzigd vanaf de resolutie van 26 juni 2012. In eerdere resoluties was telkens aangegeven dat artikel 12, lid 5, TRLIS alleen van toepassing was op de directe verwerving van deelnemingen. In de resolutie van 26 juni 2012 besliste het TEAC dat artikel 12, lid 5, TRLIS tevens van toepassing is op de indirecte verwerving van deelnemingen in buitenlandse operationele lichamen die voldeden aan de voorwaarden van artikel 21 van de TRLIS, wanneer die verwerving heeft plaatsgevonden via een buitenlandse holdingmaatschappij.
- 19 De verandering van het standpunt ten aanzien van de uitlegging van de regeling is, om kort te gaan, gebaseerd op de volgende overwegingen:
  - De genoemde uitlegging is meer in overeenstemming met de strekking van artikel 21 TRLIS, waar artikel 12, lid 5, TRLIS naar verwijst.
  - De genoemde uitlegging is in overeenstemming met de Eerste en De Tweede Beschikking gezien de gelijkstelling van beide vormen van deelneming in deze beschikkingen, die herhaaldelijk melding maken van het directe en indirecte bezit van rechten.
  - De genoemde uitlegging is in overeenstemming met de geest en de doelstelling van artikel 12, lid 5, TRLIS en met de economische werkelijkheid. Het principe van fiscale neutraliteit bij de fiscale behandeling van een investering wordt immers gewaarborgd ongeacht de gebruikte middelen en rekening houdend met het feit dat de tussenschakeling van een holdingmaatschappij vaak opgelegd wordt door de markt zelf, hetgeen grensoverschrijdende fusies vaak nog gecompliceerder maakt, voor zover ze al mogelijk zijn.

*Aanvullend betoog van BS in het kader van de Tweede controle van de fiscus, gebaseerd op de nieuwe administratieve uitlegging*

- 20 In een aanvullende memorie van 24 april 2012 heeft BS zich voor haar verweer beroepen op de verandering van het standpunt van de overheid, dat de verwerving van indirecte deelnemingen ook tot belastingaftrek kan leiden.

*Inleiding van de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU door de Commissie*

- 21 Op 17 juli 2013 heeft de Europese Commissie een beschikking gegeven in staatssteunprocedure SA.35550 (2013/C, ex 2013/NN, ex 2012/C) – Spanje,

Belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen. Hierin heeft zij besloten tot inleiding van de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU met betrekking tot de nieuwe administratieve uitlegging van artikel 12, lid 5, TRLIS, volgens welke artikel 12, lid 5, TRLIS ook van toepassing is op goodwill die voortvloeit uit indirecte verwervingen.

22 De beschikking tot inleiding van de genoemde procedure houdt kort gezegd het volgende in:

- De procedure betreft uitsluitend de nieuwe administratieve uitlegging van artikel 12, lid 5, TRLIS die de Spaanse autoriteiten na het de vaststelling van de Eerste en de Tweede Beschikking hebben aanvaard.
- Volgens de nieuwe uitlegging is de belastingaftrek voor de financiële goodwill mogelijk voor op verschillende niveaus van deelneming, hetgeen inhoudt dat artikel 12, lid 5, TRLIS niet alleen kan worden toegepast op de financiële goodwill die voortvloeit uit de verwerving van directe deelnemingen, maar ook uit deelnemingen van het de Tweede of een lager niveau (dat wil zeggen, indirecte deelnemingen).
- De nieuwe uitlegging levert nieuwe onrechtmatige staatsteun in de zin artikel 107, lid 1, VWEU op ten opzichte van de steun die is geconstateerd in de Eerste en de Tweede Beschikking, aangezien deze uitlegging een substantiële wijziging inhoudt van het stelsel dat eerder was vastgelegd en toegepast door Spanje en dat destijds is gekwalificeerd als onrechtmatige en onverenigbare steun. Het betreft een substantiële wijziging aangezien het toepassingsgebied van de maatregel die eerder door de Commissie als onrechtmatige en onverenigbare steun is bestempeld (artikel 12, lid 5, TRLIS), wordt verruimd en van toepassing wordt verklaard op een reeks omstandigheden (verwervingen van indirecte deelnemingen) die niet werden bestreken door de Eerste en de Tweede Beschikking.
- De steun is onrechtmatig aangezien deze sinds maart 2012 is toegepast, terwijl de Spaanse autoriteiten niet hebben voldaan aan hun verplichting om de gewijzigde maatregel bij de Commissie aan te melden overeenkomstig het bepaalde in artikel 108, lid 3, VWEU.
- In de huidige fase van de procedure wordt niet a priori ervan uitgegaan dat de maatregel verenigbaar is met de interne markt.
- Nu voorlopig is vastgesteld dat de nieuwe uitlegging onrechtmatige en onverenigbare staatssteun oplevert, dient deze te worden teruggevorderd van de betrokken begunstigden, overeenkomstig artikel 14 van verordening nr. 659/1999.

- In de huidige fase van de procedure kan het gewettigd vertrouwen zoals erkend in de Eerste en de Tweede Beschikking niet (met terugwerkende kracht) worden toegepast op omstandigheden (verwervingen van indirecte deelnemingen) die volgens de vaste administratieve praktijk van de Spaanse autoriteiten geen deel uitmaakten van het toepassingsgebied van de omstreden maatregel op het moment waarop de Eerste en De Tweede Beschikking werden vastgesteld. Een gewettigd vertrouwen kan alleen worden gebaseerd op feitelijke omstandigheden die bekend waren op het moment dat er een beslissing werd genomen en niet op toekomstige gebeurtenissen. In ieder geval wordt voorlopig ervan uitgegaan dat de publicatie van de Tweede Beschikking een einde heeft gemaakt aan welke vorm van gewettigd vertrouwen dan ook.
- De Commissie heeft het beginsel van loyale samenwerking en het estoppelbeginsel in acht genomen.
- Gezien het feit dat het gewijzigde stelsel volledig van kracht is op het moment waarop deze beschikking in werking treedt, is de Commissie van mening dat het van fundamenteel belang is om de toepassing van de nieuwe administratieve uitlegging van artikel 12, lid 5, TRLIS op te schorten, zodat de opschorting ervan moet worden gelast in overeenstemming met artikel 11, lid 1, van verordening nr. 659/1999.
- De opschorting houdt geen schending in van het proportionaliteitsbeginsel en schept geen onzekerheid wat betreft de toepassing ervan. De formele onderzoeksprocedure heeft levert in feite reeds een bindend rechtsgevolg, te weten de inwerkingtreding van het uitvoeringsverbod.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 23 Niet van toepassing.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 24 Het TEAC dient te beslissen of de belastingaftrek in de vorm van afschrijving van de FCF afkomstig uit de indirecte verwerving vóór 21 december 2007 van deelnemingen in ondernemingen door middel van de directe verwerving van een holdingmaatschappij op grond van de Eerste Beschikking als onrechtmatige en onverenigbare staatssteun moet worden teruggevorderd.
- 25 Gelet op het feit dat de Eerste Beschikking op grond van de vertrouwensbescherming de terugvordering uitsluit voor verwervingen verricht vóór 21 december 2007, is de vraag waarvan de beantwoording onontbeerlijk is om te kunnen beslissen, of deze beschikking aldus moet worden uitgelegd dat de

vertrouwensbescherming eveneens heeft te gelden voor gevallen waarin er sprake is van deelnemingen in ondernemingen door middel van de directe verwerving van een holdingmaatschappij.

- 26 Volgens de uitlegging die momenteel door dit TEAC wordt aanvaard, is het op grond van artikel 12, lid 5, TRLIS mogelijk om de financiële goodwill af te schrijven in het geval van indirecte verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen door middel van de directe verwerving van een buitenlandse holdingmaatschappij. De Eerste Beschikking verwijst naar artikel 12, lid 5, TRLIS, hetgeen zou meebrengen dat de vordering zoals ingediend bij dit TEAC, moet worden toegewezen en terugvordering van de steun moet worden uitgesloten op basis van het gewettigd vertrouwen als omschreven in artikel 1, lid 2. Hieraan zou echter het feit in de weg kunnen staan dat de Europese Commissie, die de Eerste Beschikking ander uitlegt, op 17 juli 2013 heeft besloten tot inleiding van de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU.
- 27 Gezien het bovenstaande is het duidelijk dat de beslissing van het Hof over de uitlegging die gegeven moet worden aan de Eerste Beschikking en, diensgevolge, over de toelaatbaarheid van de inleiding van een nieuwe procedure aangaande de uitlegging die momenteel gehanteerd wordt door dit TEAC, bepalend is voor de beslissing op de vordering.

*De eerste prejudiciële vraag*

- 28 Deze vraag betreft de uitlegging van de Eerste Beschikking en derhalve de vraag of artikel 1, lid 2, van het dispositief ervan, waarin om redenen van vertrouwensbescherming de steun die verkregen is krachtens transacties verricht vóór 21 december 2007, is uitgesloten van terugvordering, ook van toepassing is op de indirecte verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen door middel van de directe verwerving van een buitenlandse holdingmaatschappij.
- 29 Naar de mening van dit TEAC strekt de kwalificatie van artikel 12, lid 5, TRLIS als onrechtmatige en onverenigbare steun in de Eerste Beschikking zich uit tot alle mogelijke administratieve toepassingen van de bepaling, die derhalve eveneens moeten vallen onder de uitzondering van de terugvordering om redenen van vertrouwensbescherming. Deze opvatting wordt op de volgende overwegingen gebaseerd:
- De Eerste Beschikking verklaart dat artikel 12, lid 5, TRLIS onrechtmatige en onverenigbare staatssteun oplevert.
  - De verandering in de uitlegging van de regeling door de overheid houdt geen wijziging in van het toepassingsgebied van de wettelijke bepaling.
  - Met het oog hierop dient te worden onderstreept dat de administratieve uitlegging die de belastingaftrek bij indirecte verwervingen uitsluit, om de volgende redenen niet gezaghebbend is: a) het in het belastingrecht geldende

beginsel van het wettelijk voorbehoud, vastgelegd in de Spaanse grondwet in de artikelen 31, lid 3, en 133, lid 1, alsmede in artikel 8 van Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (algemene belastingwet 58 van 17 december 2003; hierna: „Ley General Tributaria”), houdt in dat het aan de wet, en dus aan de wetgevende macht, is voorbehouden om die criteria te regelen die op directe wijze de hoogte van de belastingschuld bepalen, en om vrijstellingen, verminderingen, kortingen, aftrek en overige voordelen of fiscale prikkels vast te stellen, te wijzigen, af te schaffen en te verlengen; b) noch de DGT noch dit TEAC maakt deel uit van de wetgevende macht, zodat noch de interpretaties van de DGT (die voor belastingplichtigen conform artikel 89 van de Ley General Tributaria uitsluitend informatief van aard zijn), noch de beslissingen van dit TEAC de wettelijke regels kunnen veranderen; c) noch de DGT, noch het TEAC maakt deel uit van de rechterlijke macht. Hun uitlegging is derhalve niet definitief van aard, aangezien deze is onderworpen aan de toetsing door de bestuursrechter, en het Tribunal Supremo (hooggerechtshof) zich hier nog niet over heeft uitgesproken.

- Het Tribunal Supremo heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag of artikel 12, lid 5, TRLIS zowel de directe als de indirecte verwerving van deelnemingen omvat, zodat er geen rechtspraak is die conform artikel 1, lid 6, van het Burgerlijk Wetboek het rechtstelsel op dit punt door uitlegging kan aanvullen.
- Gezien het bovenstaande zijn de verwachtingen van de belangrijkste marktdeelnemers over de wijze van toepassing van het wettelijke stelsel gebaseerd op het bepaalde in de wet en op de uitlegging daarvan door het Tribunal Supremo, zonder dat deze verwachtingen kunnen worden afgezwakt door de administratieve uitlegging, die kan worden bestreden bij de rechtbanken, zoals in feite reeds het geval is. Deze marktdeelnemers zijn er altijd vanuit gegaan dat het wettelijke kader het van begin af aan mogelijk maakte om artikel 12, lid 5, TRLIS toe te passen op zowel directe als indirecte deelnemingen, zodat zij in hun aangiftes betreffende de vennootschapsbelasting de belastingaftrek voor beide gevallen hebben toegepast. Dit is niet veranderd door de uitlegging van de wet door de overheid, die heeft geleid tot verschillende geschillen van bestuur en naderhand tot beroepen bij de rechter, die thans nog aanhangig zijn.
- De Commissie heeft in haar beschikkingen de interne administratieve uitlegging die eerst werd gevolgd door de Spaanse autoriteiten niet weergegeven. In de beschikkingen wordt wel herhaaldelijk en uitdrukkelijk verwezen naar indirecte deelnemingen, die gelijk worden gesteld aan directe deelnemingen.
- De Commissie verwijst, bij de bespreking van de invloed op het gewettigd vertrouwen van de begunstigden in de Eerste en de Tweede Beschikking,

wat betreft de eerste van de twee periodes die door de Commissie worden onderscheiden (punt 164 van de Eerste Beschikking; punt 190 van de Tweede Beschikking), naar de antwoorden op parlementaire vragen van twee Europese afgevaardigden (respectievelijk punt 165 en punt 191), waaruit kan worden afgeleid dat de Spaanse regels aangaande de afschrijving van de goodwill zoals deze algemeen werden toegepast, niet werden geacht onder de staatssteunregels te vallen. In beide beschikkingen wordt voorts aangegeven (punt 2 van beide beschikkingen) dat de Commissie in de beschikking van 26 maart de 2007 (zaak Iberdrola/Scottishpower) besloten had zich niet te verzetten tegen de aangemelde transactie en deze verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt. Beide beschikkingen van de Commissie (respectievelijk punt 166 en punt 192) erkennen dat dergelijke verklaringen aan het Europees Parlement bij de begunstigen van de maatregel gegronde verwachtingen hebben gewekt dat de afschrijvingsregeling voor goodwill, gezien de algemene aard van de regeling en van de uitlegging ervan door de Commissie, niet onder de staatssteunregels viel en bijgevolg later ook niet tot terugvorderingen zou leiden.

- De Commissie heeft bij de omschrijving van de transacties waarvoor aanspraak op belastingaftrek bestond op grond van het gewettigd vertrouwen, in de Eerste en de Tweede Beschikking (artikel 1, leden 2 en 4, van de Tweede Beschikking en artikel 1, lid 2, van de Eerste Beschikking) in het dispositief uitdrukkelijk melding gemaakt van „directe of indirecte deelnemingen”. Ook al wordt ervan uitgegaan dat de essentiële punten verwoord zijn in de hierboven weergegeven passages van het dispositief van de Eerste en de Tweede Beschikking, moet worden onderstreept dat in de tekst van beide Beschikkingen zelf uitdrukkelijk en aanvullend melding wordt gemaakt van indirecte verwervingen.
- 30 Dientengevolge begrijpt dit TEAC de strekking van beide beschikkingen aldus, dat directe en indirecte deelnemingen gelijk worden behandeld en als staatssteun, worden gekwalificeerd, aangezien beide in het toepassingsgebied van artikel 12, lid 5, TRLIS vallen, dat de Commissie in deze beschikkingen heeft onderzocht. Zodoende is ook de toepassing van het beginsel van gewettigd vertrouwen zowel voor directe als voor indirecte verwervingen erkend.

*De tweede prejudiciële vraag*

- 31 Vraag over de geldigheid van beschikking C(2013) 4399 def van 17 juli 2013 in staatssteunprocedure SA.35550 (13/C) (ex 13/NN, ex 12/CP) – Belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen, waarbij de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU is ingeleid met betrekking tot de nieuwe administratieve uitlegging van artikel 12, lid 5, TRLIS.

- 32 Indien de eerste prejudiciële vraag wordt beantwoord in de zin die door dit TEAC is aangegeven, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat de regeling van artikel 12, lid 5, TRLIS in geen enkel opzicht is gewijzigd aangezien de enige wijzigingen bestonden in de toevoeging en latere herformulering van de derde alinea van artikel 12, lid 5, welke wijzigingen echter geen gevolgen hebben gehad voor de wettelijke structuur van de aftrek, maar uitsluitend uitvoering gaven aan de Eerste en de Tweede Beschikking, zou de nieuwe administratieve uitlegging van artikel 12, lid 5, TRLIS volledig binnen de draagwijdte van beide beschikkingen blijven en zou, het gewijzigde administratieve standpunt inzake de uitlegging van de wettelijke regeling dus geen nieuwe steun opleveren in de zin van artikel 1, sub c, van verordening nr. 659/1999 en van artikel 4, lid 1, van verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag. In die omstandigheden zou het ook niet aangewezen zijn om een nieuwe procedure in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden, aangezien er geen redelijke twijfel aanwezig is aan de verenigbaarheid van deze uitlegging met de gemeenschappelijke markt, met als gevolg dat het besluit tot inleiding van de procedure wegens schending van artikel 4 van verordening nr. 659/1999 ongeldig zou zijn.
- 33 De mogelijkheid te verzoeken om een prejudiciële beslissing over een besluit van de Commissie om een formele onderzoeksprocedure volgens artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden, is bevestigd door het arrest van het Hof van 21 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12.