AFGØRELSER

KOMMISSIONENS AFGØRELSE (EU) 2020/450

af 22. januar 2020

om støtteordningen SA.29150 — 2010/C (ex 2010/NN)gennemført af Tyskland for den skattemæssige underskudsfremførsel i tilfælde af sanering af kriseramte virksomheder (»Sanierungsklausel«)

(meddelt under nummer C(2020) 254)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

EUROPA-KOMMISSIONEN HAR —

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, særlig artikel 108, stk. 2, første afsnit,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 62, stk. 1, litra a),

efter at have opfordret interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger i overensstemmelse med ovennævnte artikel ([1]), og

ud fra følgende betragtninger:

1. SAGSFORLØB

(1) Ved brev af 5. august 2009 og 30. september 2009 anmodede Kommissionen Tyskland om oplysninger om § 8c i Körperschaftsteuergesetz (lov om selskabsskat, i det følgende »KStG«). De tyske myndigheder besvarede anmodningerne ved brev af 20. august 2009 og 5. november 2009. Ved afgørelse af 24. februar 2010 (i det følgende »åbningsafgørelsen«) indledte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (»TEUF«) med hensyn til KStG's § 8c, stk. 1a (saneringsklausulen).

(2) Åbningsafgørelsen blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* ([2]). Kommissionen opfordrede Tyskland og alle interesserede parter til at fremsætte bemærkninger.

(3) De tyske myndigheder efterkom denne opfordring ved brev af 9. april 2010.

(4) Den 9. april og 3. juni 2010 fandt to møder med repræsentanter for Tyskland sted i Bruxelles. Den 2. juli 2010 fremsendte de tyske myndigheder yderligere oplysninger. Kommissionen modtog ingen bemærkninger fra interesserede parter.

(5) Den 26. januar 2011 vedtog Kommissionen afgørelse 2011/527/EU ([3]) (i det følgende »afgørelsen af 2011«), hvori den var af den opfattelse, at KStG's § 8c, stk. 1a, (saneringsklausulen) udgør en støtteordning, som Tyskland ulovligt har gennemført i strid med artikel 108, stk. 3, i TEUF. Kommissionen konkluderede endvidere, at den i henhold til KStG's § 8c, stk. 1, indrømmede støtte er uforenelig med det indre marked, navnlig da den ikke på grundlag af artikel 107, stk. 3, litra b), i TEUF kunne anses for at være forenelig med det indre marked som fortolket i de midlertidige EF-rammebestemmelser for statsstøtte ([4]) ([5]), og krævede den tilbagesøgt.

([1]) EUT C 90 af 8.4.2010, s. 8.

([2]) EUT C 90 af 8.4.2010, s. 8.

([3]) Kommissionens afgørelse 2011/527/EU af 26. januar 2011 om Tysklands statsstøtte C 7/10 (ex CP 250/09 og NN 5/10) — Fremskrivning af skattemæssige underskud (»Sanierungsklausel«) (EUT L 235 af 10.9.2011, s. 26).

([4]) Meddelelse fra Kommissionen — Midlertidige EF-rammebestemmelser for statsstøtte, der ydes for at lette adgangen til finansiering under den nuværende finansielle og økonomiske krise (EUT C 83 af 7.4.2009, s. 1).

([5]) I henhold til de midlertidige EF-rammebestemmelser anses støtte for at være forenelig med det indre marked, såfremt støttebeløbet ikke overstiger 500 000 EUR, modtageren ikke var en kriseramt virksomhed pr. 1. juli 2008, og alle andre betingelser i punkt 4.2.2 i de midlertidige rammebestemmelser er opfyldt.

(6) Afgørelsen af 2011 blev efter vedtagelsen anfægtet af Tyskland og tredjemand ([6]). Den 4. februar 2016 afviste Retten sagsøgernes påstande og stadfæstede afgørelsen af 2011 ([7]).

(7) Tyskland og to potentielle støttemodtagere (Heitkamp BauHolding GmbH og GFKL Financial Services AG) appellerede Rettens afgørelser. Den 28. juni 2018 erklærede Domstolen Rettens domme og afgørelsen af 2011 for ugyldige ([8]). Domstolen fastslog, at Kommissionen ved vurderingen af støttens selektivitet med urette kun har betragtet den regel, der forbyder underskudsfremførsel i tilfælde af en ændring af virksomhedens ejerstruktur (KStG's § 8c, stk. 1), som referenceramme, men derimod ikke den generelle regel for underskudsfremførsel.

2. DETALJERET BESKRIVELSE AF FORANSTALTNINGEN/STØTTEN

2.1. Baggrund

(8) Virksomhedsbeskatningen i Tyskland foregår i det væsentlige på grundlag af Einkommensteuergesetz (lov om indkomstskat, i det følgende »EStG«) og KStG. I henhold til § 10d, stk. 2, i EStG kan underskud, der er opstået i et skatteår, fremføres. Det betyder, at i overensstemmelse med princippet om skatteevne kan tidligere underskud på op til et samlet beløb af 1 mio. EUR pr. år modregnes i senere års skattepligtige indkomst. Denne mulighed for at fremføre underskud har i henhold til KStG's § 8, stk. 1, også virksomheder, der er underlagt selskabsbeskatning.

(9) Ifølge Tyskland blev der med muligheden for en sådan underskudsfremførsel imidlertid også skabt et incitament til at erhverve såkaldte underskudsselskaber, dvs. virksomheder, der allerede for længst havde indstillet enhver aktivitet, men som stadig havde fremførte underskud.

(10) Som en reaktion på disse handler med underskudsselskaber begrænsede den tyske Forbundsdag i 1997 muligheden for at fremføre underskud ved at indføre den såkaldte Mantelkaufregelung (ordning vedrørende handel med underskudsselskaber) i KStG's § 8, stk. 4. Bestemmelsen begrænsede fremførslen af underskud til virksomheder, som var juridisk og økonomisk identiske med den underskudsgivende virksomhed. Den indeholdt ganske vist ingen definition af begrebet »økonomisk identisk«, men et negativt og to positive eksempler:

— Der forelå ikke økonomisk identitet, når mere end halvdelen af kapitalandelene i en virksomhed blev overdraget, og virksomheden videreførte eller genoptog aktiviteterne med overvejende nye aktiver.

— Der forelå derimod økonomisk identitet, når tilførslen af nye aktiver alene havde til formål at sanere de aktiviteter, der havde forårsaget den tilbageværende underskudsfremførsel, og virksomheden i de følgende fem år videreførte aktiviteterne i et i økonomisk henseende sammenligneligt omfang.

— Der forelå også økonomisk identitet, når erhververen i stedet for at tilføre nye aktiver dækkede underskud hos den underskudsgivende virksomhed.

(11) De sidste to eksempler blev samlet benævnt »saneringsklausul« (Sanierungsklausel).

(12) KStG's § 8, stk. 4, blev med virkning fra den 1. januar 2008 ophævet ved Unternehmensteuerreformgesetz 2008 (virksomhedsskattereformloven 2008) ([9]).

([6]) Der blev anlagt 16 annullationssøgsmål, et af Tyskland (T-205/11) og 15 af potentielle støttemodtagere. Med undtagelse af sag T-287/11 og T-620/11 blev alle søgsmål afvist.

([7]) Rettens dom af 4. februar 2016, Heitkamp BauHolding mod Kommissionen, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60, Rettens dom af 4. februar 2016, GFKL Financial Services mod Kommissionen, T-620/11, ECLI:EU:T:2016:59.

([8]) Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding) mod Kommissionen, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505, Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Tyskland mod Kommissionen, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506, Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Tyskland mod Kommissionen, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507, Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. Juni 2018, Lowell Financial Services mod Kommissionen, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([9]) Unternehmensteuerreformgesetz 2008, 14. august 2007, BGBl. I 2007, nr. 40, s. 1912.

(13) Ved denne lov indførtes også KStG's nye § 8c, stk. 1, der sammenlignet med KStG's tidligere § 8, stk. 4, i langt højere grad begrænser muligheden for at fremføre overskud i tilfælde af en ændring af virksomhedens ejerstruktur. Den nye bestemmelse foreskriver følgende:

— Ikke-udnyttede underskud kan ikke længere fradrages, hvis mere end 50 % af den tegnede kapital, af medlemsrettighederne, af andelsrettighederne eller af stemmerettighederne i et selskab overdrages til en erhverver.

— Ikke-udnyttede underskud kan ikke længere fradrages forholdsmæssigt, hvis mere end 25 %, men højst 50 %, af den tegnede kapital, af medlemsrettighederne, af andelsrettighederne eller af stemmerettighederne i et selskab overdrages inden for fem år.

(14) Den nye bestemmelse indeholdt i begyndelsen ingen undtagelse for virksomheder, hvor der samtidig fandt en væsentlig ændring af ejerforholdene og en sanering sted.

(15) Ifølge de bemærkninger, som den tyske Forbundsdag vedtog sammen med virksomhedsskattereformloven 2008, blev KStG's § 8, stk. 4, erstattet af KStG's nye § 8c, stk. 1, for at forenkle ordningen (det fremgår af bemærkningerne, at den praktiske anvendelse af KStG's § 8, stk. 4, havde givet anledning til talrige vanskelige juridiske spørgsmål) og for mere målrettet at forhindre misbrug ([10]). Den tyske Forbundsdag var bevidst om, at som følge af reformen ville underskudsfremførsel ikke længere være mulig ved en sanering af en kriseramt virksomhed, der er forbundet med en ændring af ejerforholdene. Dette blev imidlertid anset for acceptabelt, da skattemyndighederne i sådanne situationer også uden en udtrykkelig bestemmelse i KStG kunne eftergive skattekrav ud fra billighedsbetragtninger ([11]).

2.2. **Foranstaltningen**

(16) I juni 2009 blev der tilføjet en ny bestemmelse i KStG's § 8c (KStG's § 8c, stk. 1a) om bevarelse af muligheden for at fremføre underskud i tilfælde af erhvervelsen af kriseramte virksomheder med henblik på sanering. Denne ændring var en del af Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung ([12]). Den nye bestemmelse betegnes generelt ligeledes som »saneringsklausul« eller (for at adskille den fra den tidligere ordning i KStG's § 8, stk. 4) som »ny saneringsklausul«.

(17) I henhold til KStG's § 8c, stk. 1a, må et selskab også i tilfælde af en erhvervelse af kapitalandele, der er omfattet af KStG's § 8c, stk. 1, fremføre underskud, når følgende betingelser er opfyldt:

— Kapitalandelene erhverves med henblik på en sanering ([13]) af selskabet.

— Selskabet er på erhvervelsestidspunktet insolvent eller forgældet eller i risiko for at blive insolvent eller forgældet ([14]).

— De væsentlige virksomhedsstrukturer opretholdes, hvilket forudsætter,

  — at selskabet følger en indgået bedriftsaftale (Betriebsvereinbarung) om opretholdelse af arbejdspladser, eller

  — at 80 % af arbejdspladserne (på grundlag af den samlede lønsum) opretholdes inden for de første fem år efter erhvervelsen af kapitalandelene, eller

  — at der inden for tolv måneder tilføres væsentlige aktiver eller eftergives gæld, som stadig har værdi; der foreligger en væsentlig aktivtilførsel, når de nye aktiver svarer til mindst 25 % af aktiverne i det foregående regnskabsår; ydelser fra kapitalselskabet inden for tre år efter tilførslen af nye aktiver mindsker værdien af de tilførte aktiver.

([10]) Bundestagsdrucksache 16/4841, s. 74.

([11]) Bundestagsdrucksache 16/4841, s. 76, med henvisning til forbundsfinansministerens skrivelse af 27. marts 2003 (BStBl. I 2003, s. 240).

([12]) Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) (lov om forbedret skattemæssig behandling af udgifter til forebyggelse) af 16. juni 2009, BGBl. I 2009, nr. 43, s. 1959.

([13]) Formålet med en sanering er at omstrukturere et selskab. Sanering er en foranstaltning, som tager sigte på at forhindre eller afhjælpe insolvens (Zahlungsunfähigkeit) eller forgældethed (Überschuldung). Kun selskaber, der på tidspunktet for erhvervelsen af kapitalandelene er insolvente eller forgældede eller i risiko for at blive insolvente eller forgældede, kan derfor omfattes heraf.

([14]) Begreberne »insolvens«, »risiko for insolvens« og »forgældethed« er defineret i Insolvenzordnung (bekendtgørelse om insolvens, i det følgende »InsO«), 5. oktober 1994, BGBl. I 1994, nr. 70, s. 2866. Insolvens (§ 17 i InsO): Debitor er insolvent, når han ikke er i stand til at opfylde forpligtelser til at betale forfaldne fordringer, og når han har standset sine betalinger. Risiko for insolvens (§ 18 i InsO): Der er risiko for, at debitor bliver insolvent, når han formentlig ikke vil være i stand til at opfylde de eksisterende betalingsforpligtelser på forfaldstidspunktet. Forgældethed (§ 19 i InsO): Forgældethed foreligger, når skyldnervirksomhedens aktiver ikke længere dækker de eksisterende forpligtelser, medmindre det efter omstændighederne er overvejende sandsynligt, at skyldnervirksomheden videreføres.

— Virksomheden skifter ikke branche inden for fem år efter erhvervelsen af kapitalandele.

— Virksomheden havde på tidspunktet for erhvervelsen af kapitalandele ikke indstillet aktiviteterne.

(18) KStG's § 8c, stk. 1a, er trådt i kraft den 10. juli 2009 og gælder med tilbagevirkende kraft fra 1. januar 2008.

(19) KStG's § 8c, stk. 1a, blev oprindelig indført som en overgangsforanstaltning, der skulle gælde indtil den 31. december 2009. Den 22. december 2009 vedtog den tyske Forbundsdag imidlertid inden for rammerne af Wachstumsbeschleunigungsgesetz af 22. december 2009 en bestemmelse, hvorved den pågældende fortabelsesklausul blev ophævet i KStG ([15]).

(20) I denne forbindelse bemærkes det, at de fremførte overskud kun kan modregnes i overskud i den virksomhed, der skal saneres. Erhververen kan ikke modregne disse underskud i egne overskud. Dette gælder endog, når erhververen konsoliderer sin skattegæld på koncernniveau, da KStG's § 15, første punktum, nr. 1, forbyder underskudsfremførsel, når et kontrolleret selskab (Organgesellschaft) indgår i sambeskatning (Organschaft) ([16]). I henhold til den tyske selskabsskattelovgivning går sådanne underskud imidlertid ikke tabt; de »indefryses« blot i det kontrollerede selskab og kan først udnyttes, når selskabet ikke længere er konsolideret. Der er ikke fastsat nogen frist for underskudsfremførsel for disse »indefrosne« underskud.

(21) Erhververen begunstiges indirekte af KStG's § 8c, stk. 1a, da denne bestemmelse nedsætter det sanerede selskabs skattebyrde, når saneringen er gennemført. Desuden kan erhververen indskyde sine aktiviteter helt eller delvist i det erhvervede selskab og på denne måde udnytte de fremførte underskud.

3. ÅBNINGSAFGØRELSEN

(22) Ved brev af 24. februar 2010 underrettede Kommissionen Tyskland om sin beslutning om at indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, i TEUF vedrørende den ovenfor beskrevne foranstaltning (KStG's § 8c, stk. 1a).

(23) I sin beslutning om at indlede proceduren var Kommissionen af den opfattelse, at KStG's § 8c, stk. 1a, sondrer mellem økonomisk sunde underskudsgivende virksomheder og (muligvis) insolvente eller forgældede virksomheder, for så vidt som kun sidstnævnte er omfattet heraf. Efter Kommissionens foreløbige opfattelse var foranstaltningen selektiv og indeholdt statsstøtte, idet også de øvrige betingelser i artikel 107, stk. 1, i TEUF syntes at være opfyldt. Og endelig udtrykte Kommissionen tvivl om, hvorvidt foranstaltningen var forenelig med artikel 107, stk. 3, litra b), i TEUF, som fortolket i de midlertidige rammebestemmelser samt med artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF, som fortolket i de (dagældende) rammebestemmelser for redning og omstrukturering ([17]) og de (dagældende) retningslinjer for regionalstøtte ([18]).

(24) Efter at den formelle undersøgelsesprocedure var blevet indledt, gav forbundsfinansministeriet myndighederne med ansvar for skatteopkrævningen besked om ikke længere at anvende KStG's § 8c, stk. 1a, indtil Kommissionen havde vedtaget en endelig afgørelse i den foreliggende sag, og underrette de pågældende virksomheder om, at støtten skal tilbagebetales, såfremt Kommissionen vedtager en negativ afgørelse ([19]).

4. BEMÆRKNINGER FRA TYSKLAND

(25) Tyskland er af den opfattelse, at KStG's § 8c, stk. 1a, af følgende tre grunde ikke udgør statsstøtte:

— Ordningen er forenelig med princippet om den private kreditor (se afsnit 4.1).

— Den er ikke selektiv (se afsnit 4.2).

— Den er berettiget på grundlag af det tyske skattesystems karakter og opbygning (se afsnit 4.3).

([15]) Artikel 2, nr. 3, litra b), i Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) (lov til fremme af den økonomiske vækst), 22. december 2009, BGBl. I 2009, nr. 81, s. 3950.

([16]) Såkaldte underskud inden sambeskatning (»vororganschaftliche Verluste«).

([17]) Meddelelse fra Kommissionen — Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder (EUT C 244 af 1.10.2004, s. 2).

([18]) Retningslinjer for statsstøtte med regionalt sigte for 2007-2013 (EUT C 54 af 4.3.2006, s. 13).

([19]) Forbundsfinansministeriets skrivelse af 30. april 2010 til delstaternes skattemyndigheder (med ansvar for skatteopkrævning) (forbundsfinansministeriets skrivelse af 30. april 2010 — IV C 2 — S 2745-a/08/10005:002), BStBl. I 2010, s. 488).

(26) Tyskland gør endvidere gældende, at den nye saneringsklausul i KStG's § 8c, stk. 1a, i det væsentlige svarer til den gamle saneringsklausul i KStG's § 8, stk. 4, som Kommissionen aldrig har udtrykt betænkeligheder ved (se afsnit 4.4), og at der findes lignende skatteordninger i andre medlemsstater (se afsnit 4.5).

4.1. **Forenelighed med princippet om den private kreditor**

(27) Ved brev af 2. juli 2010 gør Tyskland gældende, at princippet om den private kreditor også kan anvendes inden for opkrævning af skattemæssige eller skattelignende fordringer ([20]). Desuden kan den tyske stats forhold til sine skatteydere sammenlignes med et løbende kontraktforhold mellem en privat kreditor og en debitor, som eksempelvis beror på en leje- eller arbejdsaftale. Efter Tysklands opfattelse ville en privat kreditor i et løbende kontraktforhold eftergive en del af sine fremtidige fordringer, hvis dette gav mulighed for, at dennes debitor blev overtaget af en anden virksomhed, og at det løbende kontraktforhold dermed blev videreført.

4.2. **Manglende selektivitet**

(28) Efter Tysklands opfattelse er KStG's § 8c, stk. 1a, en generel foranstaltning, idet den ikke er begrænset til en bestemt sektor, virksomhedsstørrelse eller region. Enhver virksomhed kan uden egen indflydelse potentielt komme i finansielle vanskeligheder og omfattes af ordningen.

(29) Tyskland anfører, at Kommissionen i sin meddelelse om direkte beskatning af virksomheder af 1998 selv har været af den opfattelse, at rent skattetekniske foranstaltninger, f.eks. regler for underskudsfremførsel, ikke er selektive, »under forudsætning af, at foranstaltningerne anvendes på samme måde over for samtlige virksomheder og produktioner«, og at »[d]en omstændighed, at visse virksomheder eller visse sektorer drager større fordel end andre af sådanne skatteforanstaltninger, (…) ikke nødvendigvis [betyder], at de falder ind under anvendelsesområdet for konkurrencereglerne vedrørende statsstøtte.« ([21])

(30) Tyskland er af den opfattelse, at disse overvejelser er særlig vigtige for en skattemæssigt gunstig behandling af forskning og udvikling, men også af miljøbeskyttelse, uddannelse og beskæftigelse. Skatteordninger til fordel for virksomheder, der gør en særlig indsats på disse områder, er ifølge Tyskland ikke selektive, da de er tilgængelige for alle virksomheder, selv om virksomheder, der er aktive inden for visse områder, i realiteten drager større fordel heraf end andre. Efter Tysklands opfattelse bør dette også gælde for skatteordninger til fordel for kriseramte virksomheder, der erhverves med henblik på sanering.

(31) Tyskland gør gældende, at Domstolen og Retten har accepteret, at en foranstaltning, der udelukkende begunstiger kriseramte virksomheder, principielt kan være en generel foranstaltning, der ikke er selektiv. Tyskland citerer i denne forbindelse først og fremmest fra dommen i DM Transport-sagen ([22]), hvori Domstolen har fastslået følgende med hensyn til en belgisk betalingsfacilitet til kriseramte virksomheder:

> »Den franske regering har anført, at lettelser med betaling af socialsikringsbidrag ikke udgør statsstøtte, når de på samme vilkår gives til alle virksomheder, der er i likviditetsvanskeligheder. Dette synes at være tilfældet efter den ved belgisk lovgivning indførte ordning. Kommissionen har derimod gjort gældende, at ONSS ved ydelsen af betalingslettelser råder over et skøn.
>
> Det fremgår af ordlyden af traktatens artikel 92, stk. 1, at generelle foranstaltninger, der ikke udelukkende begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner, ikke henhører under denne bestemmelse. Når derimod det organ, som yder finansiel støtte, råder over et skøn, der tillader det at vælge de begunstigede og fastsætte betingelserne for interventionen, kan denne ikke antages at have en generel karakter (jf. på linje hermed dom af 26. september 1996, sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I-1996, s. 4551, præmis 23 og 24).
>
> Det tilkommer den nationale ret i hovedsagen at afgøre, om ONSS' kompetence til at yde betalingslettelser udøves i henhold til et skøn, og i benægtende fald, at afgøre, om de betalingslettelser, ONSS har ydet, har en generel karakter eller begunstiger visse virksomheder.«

([20]) Tyskland henviser i denne forbindelse til Domstolens dom (Anden Afdeling) af 14. september 2004, Spanien mod Kommissionen, C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, præmis 15 og 26, samt Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 29. juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, præmis 22 og 25.

([21]) Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af statsstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomhederne (EFT C 384 af 10.12.1998, s. 3), punkt 13 og 14.

([22]) Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 29. juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, præmis 26 til 28.

(32) Endvidere citerer Tyskland fra dommen i HAMSA-sagen ([23]), hvori Spanien havde anført, at en foranstaltning ikke er selektiv, fordi den finder anvendelse på alle kriseramte virksomheder. Med hensyn hertil har Retten i Første Instans fastslået følgende:

> »I nærværende sag må sagsøgerens og Kongeriget Spaniens anbringende om, at den spanske lov af 26. juli 1922 om betalingsstandsning indfører en generel procedure, som finder anvendelse på alle kriseramte virksomheder, forkastes. Selv om det er korrekt, at denne lov ikke har til hensigt at begunstige visse virksomheder eller visse sektorer på selektiv måde, skal det imidlertid fastslås, at den gældseftergivelse, som Kommissionen har anfægtet, ikke følger automatisk af loven, men er udtryk for de pågældende offentlige organers skøn. Det følger imidlertid af retspraksis, at når det organ, som yder finansiel støtte, råder over et skøn, der tillader det at vælge de begunstigede og fastsætte betingelserne for interventionen, kan denne ikke antages at have en generel karakter (Domstolens dom af 29. juni 1999, sag C-256/97, DM Transport, Sml. I-1999, s. 3913, præmis 27).«

(33) Tyskland gør gældende, at KStG's § 8c, stk. 1a — i modsætning til de foranstaltninger, der var omhandlet i DM Transport-sagen og HAMSA-sagen — ikke giver de offentlige myndigheder noget skøn; foranstaltningens anvendelse følger automatisk af loven. Tyskland slutter derfor modsætningsvis, at KStG's § 8c, stk. 1a, ikke er selektiv.

(34) Endvidere er Tyskland af den opfattelse, at KStG's § 8c, stk. 1a, er en insolvensretlig bestemmelse. Navnlig er virksomheders støtteberettigelse baseret på begreberne »insolvens«, »risiko for insolvens« og »forgældethed«, der er defineret i InsO og udgør grundlaget for indgivelse af en insolvensbegæring.

(35) Tyskland konkluderer med hensyn til selektiviteten, at det kan udledes af Kommissionens opfattelse, at enhver skattenedsættelse udgør statsstøtte, selv om den finder generel anvendelse, og at en sådan opfattelse er i strid med TEUF.

4.3. **Begrundelse i skattesystemets karakter og indre logik**

(36) Tyskland er af den opfattelse, at undtagelsesbestemmelsen i KStG's § 8c, stk. 1a, er berettiget på grundlag af karakteren og opbygningen af det tyske system for beskatning af virksomheder. Der er en objektiv forskel mellem kriseramte virksomheder, der skal saneres, og andre virksomheder; denne objektive forskel berettiger en anden behandling af kriseramte virksomheder, der blev erhvervet med henblik på sanering. Tyskland støtter denne argumentation på tre betragtninger.

(37) For det første har kriseramte virksomheder i modsætning til finansielt sunde virksomheder, som kan vælge mellem finansiering via kapitalmarkedet og søgning efter en køber, kun mulighed for at søge efter en køber, da de hverken kan optage fremmedkapital på kapitalmarkedet eller opnå et banklån. Kriseramte virksomheder mister derfor systematisk muligheden for at fremføre underskud, mens sunde virksomheder altid kan vælge mellem at optage fremmedkapital og søge efter en køber.

(38) For det andet gør Tyskland gældende, at formålet med KStG's § 8c, stk. 1 — dvs. at forhindre handel med underskudsselskaber — ikke kræver udelukkelse af muligheden for at fremføre underskud i tilfælde, hvor erhvervelsen sker med henblik på sanering og ikke udelukkende er motiveret af skatteoptimering. Uden begrænsningen af KStG's § 8c, stk. 1a, til erhvervelsen af virksomheder i økonomiske vanskeligheder med henblik på sanering, dvs. også under inddragelse af andre former for erhvervelse, kan formålet med bestemmelsen ikke opnås.

(39) For det tredje anfører Tyskland, at KStG's § 8c, stk. 1, har til formål at sikre, at købsprisen for kapitalandele i virksomheder kun beror på den økonomiske værdi af virksomheden, og at værdien af de akkumulerede underskud til skatteoptimeringen ikke indgår i købsprisen. I tilfælde af erhvervelse af en kriseramt virksomhed med henblik på sanering spiller den mulige værdi af de akkumulerede underskud derimod ingen særlig rolle. Som dokumentation herfor henviser Tyskland til, at revisorer i en skattemæssigt konsolideret virksomheds regnskaber ikke tillægger eventuelle fremførte underskud i et økonomisk nødlidende selskab nogen værdi.

(40) På grund af kombinationen af disse tre grunde er Tyskland af den opfattelse, at selv hvis KStG's § 8c, stk. 1a, umiddelbart var selektiv, er ordningen under alle omstændigheder berettiget på grundlag af det tyske selskabsskattesystems karakter og opbygning.

([23]) Rettens dom i første instans (Femte Udvidede Afdeling) af 11. juli 2002, HAMSA mod Kommissionen, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, præmis 157.

4.4. **Forhold mellem ny og gammel saneringsklausul**

(41) Tyskland bemærker, at KStG's § 8c pr. 1. januar 2008 har erstattet en lignende ordning — KStG's § 8, stk. 4. Begge ordninger forfulgte det samme formål, nemlig at forhindre handel med underskudsselskaber.

(42) Tyskland anfører, at Kommissionen aldrig har givet udtryk for eventuelle problemer med KStG's § 8, stk. 4, og at denne ordning derfor formentlig ikke har udgjort støtte.

(43) Tyskland anser derfor Kommissionens standpunkt i denne henseende for inkonsekvent.

4.5. **Lignende ordninger i andre skattesystemer**

(44) Ifølge Tyskland findes der i mange andre medlemsstater lignende ordninger som KStG's § 8c, stk. 1a. Som eksempler nævnes Belgien, Finland, Italien, Luxembourg, Nederlandene og Østrig. Trods de meget store ligheder mellem systemerne har Kommissionen med hensyn til disse medlemsstater ikke truffet nogen af de foranstaltninger, som den råder over på grundlag af dens kompetencer på statsstøtteområdet.

(45) Som en reaktion på betragtning 34 i åbningsafgørelsen, hvor der blev redegjort for Kommissionens foranstaltninger i forbindelse med det franske skattesystem, fremhæver Tyskland, at det tyske system adskiller sig fra det franske system, der har været begrænset til bestemte erhvervssektorer og har indeholdt en fuldstændig fritagelse for selskabsskat.

5. **UDVIKLING EFTER VEDTAGELSE OG ANNULLATION AF AFGØRELSEN AF 2011**

(46) Efter at afgørelsen af 2011 var blevet vedtaget, udsatte Tyskland anvendelsen af foranstaltningen, indtil der forelå en retskraftig dom fra Retten eller Domstolen ([24]).

(47) Den 29. marts 2017 erklærede den tyske forfatningsdomstol den forholdsmæssige fortabelse af underskud i tilfælde af en overdragelse af 25 % til 50 % af den tegnede kapital, af medlemsrettighederne, af andelsrettighederne eller af stemmerettighederne i henhold til KStG's § 8c, stk. 1, for forfatningsstridig og opfordrede den tyske Forbundsdag til at ændre bestemmelsen inden den 31. december 2018 ([25]). Den tyske Forbundsdag ophævede derfor (med tilbagevirkende kraft til den 21. december 2007) den forholdsmæssige fortabelse af underskud i tilfælde af en overdragelse af 25 % til 50 % af den tegnede kapital, af medlemsrettighederne, af andelsrettighederne eller af stemmerettighederne og bibeholder kun den fuldstændige fortabelse af underskud for det tilfælde, at mere end 50 % af denne kapital eller disse rettigheder overdrages til en anden virksomhed ([26]).

(48) Efter Domstolens annullation af afgørelsen af 2011 genindførte Tyskland saneringsklausulen (KStG's § 8c, stk. 1a) den 11. december 2018 (med tilbagevirkende kraft fra 2008) ([27]).

6. **VURDERING AF FORANSTALTNINGEN**

(49) Det hedder i traktatens artikel 107, stk. 1, at »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, [er] uforenelig med det indre marked i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.«

(50) En foranstaltning udgør således støtte efter denne bestemmelse, hvis følgende betingelser alle er opfyldt: i) Foranstaltningen skal kunne tilregnes staten og finansieres af statsmidler, ii) den giver en virksomhed en fordel, iii) denne fordel er selektiv, og iv) foranstaltningen fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene og kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

(51) Kategoriseringen af en foranstaltning som statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF kræver, at alle fire betingelser er opfyldt kumulativt. Kommissionen vurderer for det første, om der indrømmes en selektiv fordel.

([24]) Artikel 4, nr. 2, litra a), (ændring af § 34, stk. 7c, i KStG) i Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie (lov om gennemførelse af inddrivelsesdirektivet) samt om ændring af skatteregler, 7. december 2011, BGBl. I 2011, nr. 64, s. 2592.

([25]) Den tyske forfatningsdomstols afgørelse af 29. marts 2017 — 2 BvL 6/11 — https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20170329_2bvl000611.html.

([26]) Artikel 6, nr. 2 (ændring af § 8c, stk. 1, i KStG) i Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (lov om undgåelse af momstab i forbindelse med salg af varer på internettet og om ændring af andre skatteregler, 11. december 2018, BGBl. I 2018, nr. 45, s. 2338).

([27]) Artikel 6, nr. 6, litra b), (ændring af § 34, stk. 6 i KStG) i Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften.

(52) For at vurdere dette skal en virksomheds finansielle situation efter gennemførelsen af en foranstaltning sammenlignes med, hvordan virksomhedens finansielle situation ville have set ud, hvis foranstaltningen ikke var blevet indført ([28]).

(53) I forbindelse med skatteforanstaltninger skal det som dokumentation for en eventuel skattefordel navnlig vurderes, om den skattemæssige behandling af en virksomhed giver denne en fordel sammenlignet med den generelle eller »normale« skatteordning ([29]). Vurderingen af fordelen er derfor tæt forbundet med vurderingen af selektiviteten (inden for rammerne af hvilken der ligeledes foretages en vurdering af, hvorvidt der foreligger en skattemæssig særbehandling i forhold til de generelle skatteregler).

(54) Ifølge fast retspraksis ([30]) vedrørende den materielle selektivitet af en skatteforanstaltning omfatter behandlingen tre trin. For det første skal den generelle eller »normale« ordning (»referencesystemet«), der finder anvendelse i den pågældende medlemsstat, identificeres og vurderes. For det andet skal det på baggrund af denne generelle eller »normale« skatteordning vurderes og fastslås, om den fordel, der indrømmes med den omhandlede skatteforanstaltning, er selektiv. I den forbindelse er det nødvendigt at fastslå, at foranstaltningen udgør en undtagelse fra den generelle ordning, for så vidt som den differentierer mellem erhvervsdrivende, der under hensyntagen til det formål, der forfølges med denne ordning, befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation. For det tredje skal det, hvis der foreligger en sådan undtagelse, undersøges, om den er et resultat af det skattesystems karakter eller opbygning, som den er et led i, og følgelig vil kunne berettiges af systemets karakter eller opbygning. I denne forbindelse er det op til medlemsstaterne at påvise, at den differentierede skattemæssige behandling udspringer direkte af det pågældende systems grundlæggende eller vejledende principper.

(55) I det foreliggende tilfælde fremgår det af Domstolens domme ([31]), at de i Tyskland generelt for alle virksomheder gældende selskabsskatteregler er referencesystemet, og at de omfatter den generelle regel for underskudsfremførsel (KStG's § 8, stk. 1). Formålet med disse regler er at generere indtægter til budgettet gennem beskatning af virksomhedsoverskud i overensstemmelse med princippet om skatteevne.

(56) KStG's § 8, stk. 1, (sammenholdt med § 10d i EStG) bestemmer, at virksomheder, der er underlagt selskabsbeskatning, kan fremføre underskud, der er opstået i et skatteår (op til maksimalt 1 mio. EUR). til skattemæssige formål i fremtidige skatteår.

(57) Domstolen fastslog under præmis 102 i dommen i Andres ([32])-sagen, at reglen om fortabelse af underskud selv udgør en undtagelse fra reglen om underskudsfremførsel, og at vurderingen af det samlede indhold af disse bestemmelser skulle have gjort det muligt at fastslå, at saneringsklausulen åbnede op for at definere en situation, som falder ind under den generelle regel om underskudsfremførsel.

(58) Under de særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde er det således ikke nødvendigt at tage stilling til, om reglerne til forhindring af misbrug er en del af referencesystemet, idet det efter Domstolens analyse under alle omstændigheder synes at være udelukket, at saneringsklausulen er i strid med disse reglers formål ([33]) og afviger herfra ([34]).

(59) Med henblik på at fastslå, om saneringsklausulen (KStG's § 8c, stk. 1a) udgør en selektiv fordel, skal Kommissionen vurdere, hvorvidt den omhandlede skatteforanstaltning udgør en undtagelse fra det generelle system, for så vidt som den indfører sondringer mellem markedsøkonomiske investorer, som med hensyn til det med det generelle skattesystem forfulgte mål befinder sig i en sammenlignelig faktisk og retlig situation.

([28]) Se Domstolens dom af 2. juli 1974, Italien mod Kommissionen, sag 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, præmis 17.

([29]) Se f.eks. Domstolens dom (Anden Afdeling) af 15. december 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, præmis 50 til 52, Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 8. december 2011, France Télécom mod Kommissionen, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, præmis 24.

([30]) Se f.eks. Domstolens dom (Første Afdeling) af 8. september 2011, Paint Graphos m.fl., C-78/08 til C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, præmis 49 og 71, Domstolens dom (Store Afdeling) af 21. december 2016, Kommissionen mod World Duty Free Group, og Kommissionen mod Banco Santander og Santusa, C-20/15 P og C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, præmis 57 og 58.

([31]) Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding) mod Kommissionen, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505, Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Tyskland mod Kommissionen, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506, Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Tyskland mod Kommissionen, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507, Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Lowell Financial Services mod Kommissionen, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([32]) Domstolens dom (Anden Afdeling) af 28. juni 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding) mod Kommissionen, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505.

([33]) Hvilket ville bestå i at forhindre, at virksomheder i for høj grad kan reducere deres skattegrundlag ved at udnytte underskudsfremførsler fra underskudsselskaber.

([34]) Desuden kan det hævdes, at kravet i saneringsklausulen om at opretholde de væsentlige virksomhedsstrukturer og virksomhedens aktiviteter udelukker misbrug.

(60) Da KStG's § 8c, stk. 1a, gør det muligt for virksomheder, der er insolvente eller forgældede (eller er i risiko for at blive det) og under sanering, at fremføre underskud, udgør foranstaltningen ingen undtagelse fra den generelle regel om underskudsfremførsel (KStG's § 8, stk. 1).

(61) Kommissionen konkluderer derfor, at KStG's § 8c, stk. 1a, ikke giver de virksomheder, der falder ind under dens anvendelsesområde, en selektiv fordel.

(62) I lyset af det ovenstående er det ikke nødvendigt at komme nærmere ind på yderligere argumenter fra Tyskland om, hvorfor der ikke foreligger en selektiv fordel. Heller ikke de øvrige kriterier for kategoriseringen af en foranstaltning som statsstøtte behøver at blive vurderet, idet alle fire betingelser i artikel 107, stk. 1, i TEUF skal være opfyldt kumulativt.

7. **KONKLUSION**

(63) På baggrund af ovenstående konkluderer Kommissionen, at KStG's § 8c, stk. 1a, (saneringsklausulen) ikke udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF —

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

Ordningen for den skattemæssige underskudsfremførsel i tilfælde af sanering af kriseramte virksomheder i henhold til KStG's § 8c, stk. 1a, (saneringsklausulen) udgør ikke statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

Artikel 2

Denne afgørelse er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland.

Udfærdiget i Bruxelles, den 22. januar 2020.

På Kommissionens vegne
Margrethe VESTAGER
Ledende næstformand