BESLUITEN

BESLUIT (EU) 2020/450 VAN DE COMMISSIE

van 22 januari 2020

betreffende steunmaatregel SA.29150 — 2010/C (ex 2010/NN) door Duitsland ten uitvoer gelegd inzake voorwaartse verliesverrekening in het geval van sanering van ondernemingen in moeilijkheden (*Sanierungsklausel*)

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2020) 254)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig het bovengenoemde artikel te hebben uitgenodigd hun opmerkingen kenbaar te maken ([1]),

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

(1) Bij brieven van 5 augustus 2009 en 30 september 2009 verzocht de Commissie Duitsland om informatie over § 8c van de vennootschapsbelastingwet (*Körperschaftsteuergesetz*, afgekort KStG). De Duitse autoriteiten antwoordden bij brieven van 20 augustus 2009 en 5 november 2009. Bij besluit van 24 februari 2010 ("het inleidingsbesluit") heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure krachtens artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) geopend ten aanzien van § 8c (1a) KStG (*Sanierungsklausel*).

(2) Dit inleidingsbesluit werd bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* ([2]). De Commissie verzocht Duitsland en alle belanghebbenden hun opmerkingen kenbaar te maken.

(3) De Duitse autoriteiten maakten bij brief van 9 april 2010 hun opmerkingen kenbaar.

(4) Op 9 april en 3 juni 2010 vonden twee bijeenkomsten met de Duitse autoriteiten in Brussel plaats. De Duitse autoriteiten verstrekten op 2 juli 2010 nadere informatie. De Commissie ontving geen opmerkingen van belanghebbenden.

(5) Op 26 januari 2011 heeft de Commissie Besluit 2011/527/EU ([3]) ("het besluit van 2011") vastgesteld, waarin zij van oordeel was dat § 8c (1a) KStG (*Sanierungsklausel*) staatssteun behelst, die onrechtmatig en in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU door Duitsland tot uitvoering is gebracht. De Commissie oordeelde tevens dat de op grond van § 8c (1a) KStG verleende steun onverenigbaar was met de interne markt, met name voor zover deze niet verenigbaar kon worden verklaard op grond van artikel 107, lid 3, onder b), VWEU, zoals uitgelegd in het tijdelijke steunkader ([4]) ([5]), en gelastte de terugvordering van de onverenigbare steun.

([1]) PB C 90 van 8.4.2010, blz. 8.

([2]) PB C 90 van 8.4.2010, blz. 8.

([3]) Besluit 2011/527/EU van de Commissie van 26 januari 2011 betreffende de steunmaatregel van Duitsland C 7/10 (ex CP 250/09 en NN 5/10) "KStG, Sanierungsklausel" (PB L 235 van 10.9.2011, blz. 26).

([4]) Mededeling van de Commissie — Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis (PB C 83 van 7.4.2009, blz. 1).

([5]) In de tijdelijke communautaire kaderregeling wordt steun als verenigbaar beschouwd voor zover het steunbedrag 500 000 EUR niet overschrijdt, de begunstigde op 1 juli 2008 geen onderneming in moeilijkheden was en aan alle andere voorwaarden van punt 4.2.2 van de tijdelijke communautaire kaderregeling is voldaan.

(6) Na de vaststelling van het besluit van 2011 hebben Duitsland en derden beroepen tot nietigverklaring van het besluit van 2011 ingesteld ([6]). Op 4 februari 2016 wees het Gerecht de argumenten van de verzoekers af en werd het besluit van 2011 gehandhaafd ([7]).

(7) Duitsland en twee mogelijke begunstigden (Heitkamp BauHolding GmbH en GFKL Financial Services AG) stelden hogere voorziening in tegen de arresten van het Gerecht. Op 28 juni 2018 heeft het Hof van Justitie de arresten van het Gerecht vernietigd en het besluit van 2011 nietig verklaard ([8]). Het Hof van Justitie oordeelde dat de Commissie een onjuiste selectiviteitsanalyse had gedaan door alleen de regel die voorwaartse verliesverrekening bij wijzigingen in de aandeelhoudersstructuur van een onderneming (§ 8c (1) KStG) verbiedt als referentiekader te gebruiken en de algemene regel inzake voorwaartse verliesverrekening buiten beschouwing te laten.

2. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGEL/STEUN

2.1. Achtergrond

(8) De belasting op ondernemingen in Duitsland gebeurt in essentie via de wet inkomstenbelastingen (*Einkommensteuergesetz*, afgekort EStG) en de KStG. Volgens § 10d (2) EStG kunnen in een belastingjaar gemaakte verliezen worden overgedragen, wat betekent dat belastingplichtige inkomsten van toekomstige belastingjaren volgens het principe van belastingcapaciteit via verrekening van verliezen tot een bovengrens van 1 miljoen EUR per jaar in mindering kunnen worden gebracht. Deze mogelijkheid tot voorwaartse verliesverrekening bestaat volgens § 8 (1) KStG ook voor entiteiten die vennootschapsbelastingplichtig zijn.

(9) Volgens de Duitse autoriteiten leidde de voorwaartse verliesverrekening er ook toe dat lege vennootschappen werden verworven die al geruime tijd alle bedrijfsactiviteiten hadden stopgezet, maar nog steeds verliezen voorwaarts konden verrekenen.

(10) Als reactie op het aankopen van lege vennootschappen beperkte de Duitse Bondsdag in 1997 de mogelijkheid tot voorwaartse verliesverrekening door in § 8 (4) KStG de zogenoemde *Mantelkaufregelung* (regeling inzake het aankopen van lege vennootschappen) in te voeren. Deze regeling beperkte de mogelijkheid tot voorwaartse verliesrekening tot vennootschappen die juridisch en economisch identiek waren met de verliesgevende entiteit. De regeling bevatte weliswaar geen definitie van het begrip "economisch identiek", maar verliet zich op één negatief element en twee positieve elementen:

— er is geen sprake van economische identiteit wanneer meer dan de helft van de aandelen van de vennootschap overgedragen wordt en de entiteit dan haar economische activiteiten met overwegend nieuw bedrijfskapitaal voortzet of opnieuw opneemt;

— er is daarentegen wél sprake van economische identiteit wanneer de inbreng van nieuw bedrijfskapitaal alleen voor de sanering van de verliesgevende entiteit dient, en wanneer de activiteit die de niet-gecompenseerde verliezen veroorzaakte, tijdens de vijf volgende jaren op een vergelijkbare manier wordt voortgezet;

— van economische identiteit is eveneens sprake wanneer de overnemer, in plaats van nieuw bedrijfskapitaal in te brengen, de verliezen compenseert die de verliesgevende entiteit heeft opgelopen.

(11) De twee laatste voorbeelden werden gewoonlijk *Sanierungsklausel* genoemd.

(12) § 8 (4) KStG werd met ingang van 1 januari 2008 ingetrokken door de wet van 2008 inzake de hervorming van ondernemingsbelasting (*Unternehmensteuerreformgesetz 2008*) ([9]).

([6]) Er werden 16 beroepen tot nietigverklaring ingesteld, één door Duitsland (T-205/11) en 15 door mogelijke begunstigden. Op T-287/11 en T-620/11 na zijn alle beroepen aangehouden.

([7]) Arrest van het Gerecht van 4 februari 2016, Heitkamp BauHolding/Commissie, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60; arrest van het Gerecht van 4 februari 2016, GFKL Financial Services/Commissie, T-620/11, ECLI:EU:T:2016:59.

([8]) Arresten van het Hof van Justitie van 28 juni 2018, Andres (failliete boedel Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; Duitsland/Commissie, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; Duitsland/Commissie, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507, en Lowell Financial Services/Commissie, C-2019/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([9]) *Unternehmensteuerreformgesetz 2008*, 14 augustus 2007, Bundesgesetzblatt ("BGBl.") 2007, deel I, nr. 40, blz. 1912.

(13) Met deze wet werd tevens de nieuwe § 8c (1) KStG ingevoerd, die de mogelijkheid tot voorwaartse verliesverrekening in het geval van de verwerving van een deelneming meer beperkte dan § 8 (4) KStG daarvoor had gedaan. De nieuwe bepaling zag er als volgt uit:

— onbenutte verliezen vervallen in hun geheel wanneer meer dan 50 % van het maatschappelijk kapitaal of van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap aan een overnemer wordt overgedragen;

— onbenutte verliezen vervallen evenredig indien binnen een periode van vijf jaar meer dan 25 % tot maximaal 50 % van het maatschappelijk kapitaal of van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap wordt overdragen.

(14) De nieuwe regeling voorzag aanvankelijk niet in een uitzondering voor ondernemingen die tegelijk een wezenlijke verandering van aandeelhouders en een sanering ondergingen.

(15) Volgens de door de Duitse Bondsdag samen met de *Unternehmensteuerreformgesetz 2008* aangenomen overwegingen bij de wet werd § 8 (4) KStG door de opvolgingsregeling § 8c (1) KStG vervangen om de regeling te vereenvoudigen (uit de overwegingen bij de wet blijkt dat de praktische toepassing van § 8 (4) KStG talrijke moeilijke rechtsvragen had opgeleverd) en gerichter tegen misbruik op te treden ([10]). De Duitse Bondsdag was zich bewust van het feit dat, als gevolg van de hervorming in het geval van een sanering van een onderneming in moeilijkheden, die een verandering van aandeelhouders met zich mee zou brengen, er geen voorwaartse verliesverrekening meer mogelijk zou zijn. Dit werd als aanvaardbaar beschouwd omdat de belastingdienst in dergelijke situaties ook zonder uitdrukkelijke regeling in de KStG redelijkerwijs van belastingclaims kon afzien ([11]).

2.2. **De maatregel**

(16) In juni 2009 werd § 8c KStG gewijzigd door toevoeging van een nieuwe bepaling (§ 8c (1a) KStG) inzake het behoud van de voorwaartse verliesverrekening in het geval van de verwerving van ondernemingen in moeilijkheden met het oog op sanering. Deze wijziging maakte deel uit van de zogenaamde *Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung* ([12]). De nieuwe bepaling wordt doorgaans eveneens *Sanierungsklausel* of (om haar van de voorgaande regeling in § 8 (4) KStG te onderscheiden) *neue Sanierungsklausel* genoemd.

(17) Volgens § 8c (1a) KStG mag een vennootschap onder de volgende voorwaarden ook in het geval van onder § 8c (1) KStG vallende verwervingen van deelnemingen voorwaartse verliesverrekening toepassen:

— de verwerving van de deelneming dient de sanering (*Sanierung*) van de vennootschap ([13]);

— ten tijde van de verwerving is er bij de onderneming sprake van (dreigende) illiquiditeit of een te zware schuldenlast ([14]);

— de essentiële bedrijfsstructuren worden als volgt behouden:

  — de vennootschap volgt een gesloten exploitatieovereenkomst met een werkgelegenheidsregeling (*Betriebsvereinbarung*), of

  — 80 % van de banen (gemeten aan de totale loonsom) blijft gedurende de vijf jaar na de verwerving van de deelneming behouden, of

  — binnen twaalf maanden wordt essentieel bedrijfskapitaal (*wesentliches Betriebsvermögen*) ingebracht of worden verplichtingen kwijtgescholden die nog solide zijn; van een materieel belang van bedrijfskapitaal is sprake wanneer het nieuwe bedrijfskapitaal ten minste 25 % van de activa van het voorgaande boekjaar bedraagt; betalingen aan de overnemer die binnen de drie jaar plaatsvinden, worden in mindering gebracht;

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

([11]) Bundestagsdrucksache 16/4841, blz. 76, verwijzing naar een brief van het Ministerie van Financiën van 27 maart 2003 (Bundessteuerblatt ("BStBl.") 2003, deel I, blz. 240).

([12]) *Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung)* van 16 juni 2009, BGBl. 2009, deel I, nr. 43, blz. 1959.

([13]) *Sanierung* heeft tot doel een onderneming te saneren. Sanering is een maatregel die erop gericht is de illiquiditeit (*Zahlungsunfähigkeit*) of te zware schuldenlast (*Überschuldung*) te voorkomen of weg te werken. Bijgevolg komen enkel vennootschappen in aanmerking die ten tijde van de verwerving van een deelneming onder illiquiditeit of een te zware schuldenlast gebukt (dreigen te) gaan.

([14]) De begrippen "illiquiditeit", "dreigende illiquiditeit" en "te zware schuldenlast" worden gedefinieerd in de Duitse faillissementswet (*Insolvenzordnung*, afgekort InsO), 5 oktober 1994, BGBl. 1994, deel I, nr. 70, blz. 2866): "Illiquiditeit" (§ 17 van de faillissementswet): wanneer de debiteur niet in staat is aan opeisbare betalingsverplichtingen te voldoen en zijn betalingen heeft opgeschort. "Dreigende illiquiditeit" (§ 18 van de faillissementswet): wanneer de debiteur vermoedelijk niet in staat zal zijn aan toekomstige betalingsverplichtingen te voldoen wanneer deze opeisbaar worden. "Te zware schuldenlast" (§ 19 van de faillissementswet): wanneer het bedrijfskapitaal van de debiteur de bestaande verplichtingen niet dekt; "te zware schuldenlast" wordt uitgesloten wanneer het debiteurenbedrijf een positieve prognose heeft om te blijven voortbestaan.

— binnen vijf jaar na de verwerving van de deelneming vindt geen overschakeling naar een andere sector plaats;

— de onderneming had de bedrijfsactiviteiten ten tijde van de verwerving van de deelneming niet stopgezet.

(18) § 8c (1a) KStG trad op 10 juli 2009 in werking en gold met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2008.

(19) § 8c (1a) KStG werd oorspronkelijk ingevoerd als tijdelijke maatregel tot 31 december 2009. Op 22 december 2009 nam de Duitse Bondsdag echter in het kader van de wet inzake de bespoediging van de economische groei (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*) van 22 december 2009 een bepaling aan waarmee de vervalbepaling in kwestie uit de KStG werd geschrapt ([15]).

(20) Dienaangaande moet erop worden gewezen dat de overdraagbare verliezen enkel met de winsten van de te saneren onderneming kunnen worden verrekend. De overnemer kan die verliezen niet met zijn eigen winsten verrekenen. Dat geldt zelfs wanneer de overnemer zijn fiscale verplichtingen op concernniveau consolideert, aangezien § 15, eerste volzin, punt 1 KStG, voorwaartse verliesverrekening verbiedt wanneer een entiteit (*Organgesellschaft*) deel van een geconsolideerde entiteit (*Organschaft*) uitmaakt ([16]). Volgens het Duitse vennootschapsrecht gaan dergelijke verliezen echter niet verloren; ze worden enkel op het niveau van de *Organgesellschaft* "bevroren" en kunnen gebruikt worden wanneer de onderneming niet meer geconsolideerd is. Bij die "bevroren" verliezen is er geen termijn voor de voorwaartse verliesverrekening.

(21) De overnemer wordt door § 8c (1a) KStG onrechtstreeks begunstigd, aangezien de belastingdruk van de gesaneerde entiteit na het succesvol afronden van de sanering vermindert. Voorts kan de overnemer zijn bedrijfsactiviteiten helemaal of gedeeltelijk in de overgenomen onderneming inbrengen en zodoende de overgedragen verliezen benutten.

3. **HET INLEIDINGSBESLUIT**

(22) Bij schrijven van 24 februari 2010 deelde de Commissie de Duitse autoriteiten mee dat zij besloten had de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU ten aanzien van de hierboven beschreven maatregel krachtens § 8c (1a) KStG in te leiden.

(23) De Commissie was in haar inleidingsbesluit van oordeel dat § 8c (1a) KStG in die mate een onderscheid maakte tussen gezonde ondernemingen die verliezen lijden en (mogelijk) illiquide of met een te zware schuldenlast kampende ondernemingen dat enkel die laatsten er voordeel uit haalden. De Commissie beschouwde de maatregel in haar voorlopige standpunt als selectief en als staatssteun, aangezien tevens aan de andere voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU leek te zijn voldaan. Ten slotte verklaarde de Commissie dat ze twijfelde aan de verenigbaarheid van de maatregel met artikel 107, lid 3, onder b), VWEU, zoals uitgelegd in het tijdelijke steunkader, en de verenigbaarheid met artikel 107, lid 3, onder c), VWEU, zoals uitgelegd in de (toen geldende) richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun ([17]) en in de (toen geldende) richtsnoeren regionale steun ([18]).

(24) Na de inleiding van de formele onderzoeksprocedure droeg het Duitse Ministerie van Financiën de voor de belastingheffing verantwoordelijke autoriteiten op om § 8c (1a) KStG niet meer toe te passen totdat de Commissie een definitief besluit in de zaak had genomen en de ondernemingen in kwestie ervan op de hoogte te stellen dat de steun zou moeten worden teruggevorderd indien de Commissie een negatief besluit vaststelt ([19]).

4. **OPMERKINGEN VAN DE DUITSE AUTORITEITEN**

(25) De Duitse autoriteiten zijn van mening dat § 8c (1a) KStG wegens de drie volgende redenen geen staatssteun vormt:

— de regeling houdt rekening met het beginsel van de particuliere schuldeiser (zie punt 4.1);

— zij is niet selectief (zie punt 4.2);

— zij is door de aard en de logica van het Duitse belastingstelsel gerechtvaardigd (zie punt 4.3).

([15]) Wet ter bespoediging van de economische groei (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*) van 22 december 2009, BGBl. 2009, deel I, nr. 81, blz. 3950, artikel 2, punt 3, onder b).

([16]) De zogenaamde *vororganschaftliche Verluste*.

([17]) Mededeling van de Commissie — Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (PB C 244 van 1.10.2004, blz. 2).

([18]) Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen 2007-2013 (PB C 54 van 4.3.2006, blz. 13).

([19]) Brief van het Duitse Ministerie van Financiën van 30 april 2010 aan de voor de belastingheffing verantwoordelijke fiscale autoriteiten van de deelstaten (BMF v. 30.4.2010 IV C 2-S 2745-a/08/10005:002), BStBl. 2010, deel I, blz. 488.

(26) De Duitse autoriteiten opperen bovendien dat de nieuwe *Sanierungsklausel* in § 8c (1a) KStG in wezen met de oude *Sanierungsklausel* in § 8 (4) KStG overeenkomt, waartegen de Commissie nooit bezwaren heeft geuit (zie punt 4.4), en dat er in meerdere andere lidstaten gelijksoortige fiscale regelingen bestaan (zie punt 4.5).

4.1. **Toepassing van het beginsel van de particuliere schuldeiser**

(27) De Duitse autoriteiten verklaren in hun brief van 2 juli 2010 dat het beginsel van de particuliere schuldeiser op vorderingen van fiscale of parafiscale aard kan worden toegepast ([20]). Voorts zijn zij van mening dat de verhouding tussen de Duitse staat en zijn belastingbetalers met een *Dauerschuldverhältnis* (langlopend contract) tussen een particuliere schuldeiser en een debiteur is te vergelijken die bijvoorbeeld op een huur- of arbeidscontract berust. De Duitse autoriteiten zijn van mening dat een particuliere schuldeiser in een dergelijke *Dauerschuldverhältnis* van een deel van zijn toekomstige vorderingen zou afzien indien daardoor een overname van de debiteur door een andere onderneming en bijgevolg het voortbestaan van de *Dauerschuldverhältnis* mogelijk zou worden.

4.2. **Ontbreken van selectiviteit**

(28) Volgens de Duitse autoriteiten is § 8c (1a) KStG een algemene maatregel, aangezien deze niet is beperkt tot een bepaalde sector, ondernemingen van een bepaalde grootte of een bepaalde regio. Zij merken op dat elke onderneming, zonder daar zelf voor verantwoordelijk te zijn, in financiële moeilijkheden kan raken en in aanmerking kan komen voor toepassing van de regeling.

(29) De Duitse autoriteiten wijzen erop dat de Commissie in haar mededeling betreffende directe belastingen op ondernemingen van 1998 zelf het standpunt had ingenomen dat puur belastingtechnische maatregelen zoals voorschriften voor voorwaartse verliesverrekening niet selectief zijn "mits zij zonder onderscheid van toepassing zijn op alle ondernemingen en alle producties" en 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" ([21]).

(30) De Duitse autoriteiten zijn van meningoordeel dat deze overwegingen voor de gunstige fiscale behandeling van onderzoek en ontwikkeling, maar ook op het gebied van milieubescherming, opleiding en werkgelegenheid bijzonder belangrijk zijn. Fiscale regelingen ten voordele van ondernemingen die op die gebieden bijzondere inspanningen leveren, zijn volgens de Duitse autoriteiten niet selectief, aangezien ze voor alle ondernemingen toegankelijk zijn, ook al profiteren de facto ondernemingen die op bepaalde gebieden actief zijn er sterker van dan andere. Volgens hen moet dit ook voor fiscale regelingen gelden waarvan ondernemingen in moeilijkheden profiteren die met het oog op sanering worden verworven.

(31) De Duitse autoriteiten stellen dat het Hof van Justitie en het Gerecht aanvaard hebben dat een maatregel waarvan uitsluitend ondernemingen in moeilijkheden profiteren in principe een algemene maatregel kan zijn die niet selectief is. Met betrekking hiertoe citeren zij eerst het arrest in de zaak DM Transport ([22]), waarin het Hof van Justitie met betrekking tot een Belgische betalingsfaciliteit voor ondernemingen in moeilijkheden het volgende vaststelde:

> "Volgens de Franse regering vormen betalingsfaciliteiten voor socialezekerheidsbijdragen geen steunmaatregelen van de staat indien zij in dezelfde omstandigheden aan elke onderneming in financiële moeilijkheden worden toegekend. Dat zou volgens haar het geval zijn met het door de Belgische wettelijke regeling ingevoerde stelsel. De Commissie daarentegen beweert, dat de RSZ voor de toekenning van betalingsfaciliteiten over een discretionaire bevoegdheid beschikt.
>
> Uit de tekst van artikel 92, lid 1, van het Verdrag volgt dat algemene maatregelen die niet uitsluitend bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigen, niet onder die bepaling vallen. Wanneer het orgaan dat de financiële voordelen toekent, daarentegen over een discretionaire bevoegdheid beschikt op grond waarvan het de begunstigden kan kiezen of de voorwaarden kan bepalen waaronder de maatregel wordt toegekend, kan deze maatregel niet als een algemene maatregel worden aangemerkt (zie, in die zin, het arrest van 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, C-241/94, Jurispr. 1996, blz. I-4551, punten 23 en 24).
>
> Het staat aan de nationale rechter om in het hoofdgeding te bepalen of de bevoegdheid van de RSZ tot toekenning van betalingsfaciliteiten al dan niet een discretionaire bevoegdheid is, en zo niet, om te bepalen of de door de RSZ verleende betalingsfaciliteiten een algemeen karakter hebben dan wel bepaalde ondernemingen begunstigen."

([20]) Duitsland citeert de arresten van het Hof van Justitie (resp. Tweede en Zesde kamer) van 14 september 2004, Spanje/Commissie, C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, punten 15 en 26, en 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punten 22 en 25.

([21]) 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 (PB C 384 van 10.12.1998, blz. 3), punten 13 en 14.

([22]) Arrest van het Hof van Justitie (Zesde kamer) van 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punten 26-28.

(32) Voorts citeren de Duitse autoriteiten het arrest in de zaak HAMSA ([23]), waarin de Spaanse autoriteiten hadden aangevoerd dat een maatregel niet selectief was omdat deze voor alle ondernemingen in moeilijkheden gold. Het Gerecht van eerste aanleg verklaarde dienaangaande:

> "In casu kan het argument van verzoekster en het Koninkrijk Spanje, dat bij de Spaanse wet van 26 juli 1922 inzake de surseance van betaling een algemene procedure is ingevoerd die geldt voor elke onderneming in moeilijkheden, niet worden aanvaard. Weliswaar is deze wet niet bedoeld om selectief ten gunste van bepaalde categorieën van ondernemingen of bedrijfstakken te worden toegepast, maar de door de Commissie gelaakte kwijtscheldingen vloeien niet automatisch voort uit de toepassing van deze wet maar uit de discretionaire keuze van de betrokken overheidsorganen. Het is evenwel vaste rechtspraak dat, wanneer het orgaan dat de financiële voordelen toekent, over een discretionaire bevoegdheid beschikt op grond waarvan het de begunstigden kan kiezen of de voorwaarden kan bepalen waaronder de maatregel wordt toegekend, deze maatregel niet als een algemene maatregel kan worden aangemerkt (arrest Hof van 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 27)."

(33) De Duitse autoriteiten voeren aan dat § 8c (1a) KStG — in tegenstelling tot de maatregelen waarvan sprake in de zaken DMT en HAMSA — niet in discretionaire bevoegdheid van de overheidsorganen voorziet; de toepassing van de maatregel vloeit automatisch uit de wet voort. Bijgevolg besluiten zij a contrario dat § 8c (1a) KStG niet selectief is.

(34) De Duitse autoriteiten zijn voorts van mening dat § 8c (1a) KStG een norm van het Duitse insolventierecht is. De subsidiabiliteit van ondernemingen berust op de begrippen "illiquiditeit", "dreigende illiquiditeit" en "te zware schuldenlast", die in de faillissementswet worden gedefinieerd en die een onderneming in aanmerking doen komen voor het openen van een insolventieprocedure.

(35) De Duitse autoriteiten trekken met betrekking tot de selectiviteit de conclusie dat uit het standpunt van de Commissie volgt dat elke belastingvermindering staatssteun behelst, ook al is zij algemeen toepasselijk, en dat een dergelijk standpunt in strijd is met het VWEU.

4.3. **Rechtvaardiging door de aard of de opzet van het belastingstelsel**

(36) De Duitse autoriteiten zijn van mening dat de door § 8c (1a) KStG gecreëerde uitzondering op basis van de aard en de opzet van het Duitse stelsel voor de belasting van vennootschappen gerechtvaardigd is. Zij voeren aan dat er een objectief verschil is tussen ondernemingen in moeilijkheden die moeten worden gesaneerd en andere ondernemingen, en dat dit objectieve verschil een andere behandeling van ondernemingen in moeilijkheden die met het oog op een sanering worden verworven rechtvaardigt. De Duitse autoriteiten schragen die argumentatie op drie overwegingen.

(37) Ten eerste voeren zij aan dat ondernemingen in moeilijkheden in tegenstelling tot financieel gezonde ondernemingen die tussen een eigen financiering via kapitaalmarkten en de zoektocht naar een overnemer zouden kunnen kiezen, enkel de mogelijkheid hebben naar een overnemer op zoek te gaan, aangezien zij op kapitaalmarkten geen vreemd vermogen zouden kunnen aantrekken noch een bankkrediet zouden kunnen krijgen. Bijgevolg zouden ondernemingen in moeilijkheden systematisch de mogelijkheid tot voorwaartse verliesverrekening verliezen, terwijl gezonde ondernemingen steeds de keuze zouden hebben tussen het aantrekken van vreemd vermogen en de zoektocht naar een koper.

(38) Ten tweede voeren zij aan dat de geest van § 8c (1) KStG, namelijk het voorkomen van het aankopen van lege vennootschappen, de mogelijkheid tot voorwaartse verliesverrekening niet dient uit te sluiten in gevallen waarbij de verwerving met het oog op sanering gebeurt en niet uitsluitend door fiscale motieven is ingegeven. Indien § 8c (1a) KStG de verwerving van ondernemingen in moeilijkheden niet zou beperken tot die met het oog op sanering, d.w.z. door het toestaan van andere soorten verwerving, zou het bereiken van de doelstelling niet kunnen worden gerealiseerd.

(39) Ten derde betogen zij dat door § 8c (1) KStG moet worden verzekerd dat de verkoopprijs voor deelnemingen in ondernemingen enkel op de economische waarde van de onderneming berust en de waarde van de geaccumuleerde verliezen voor de fiscale optimalisering niet wordt meegerekend. Indien een onderneming in moeilijkheden met het oog op sanering wordt verworven, speelt de mogelijke waarde van de geaccumuleerde verliezen volgens de Duitse autoriteiten echter geen bijzondere rol. Ter staving van dat argument wijzen zij erop dat accountants in de boekhouding van een fiscale geconsolideerde onderneming de mogelijk overgedragen verliezen van een onderneming in slechte papieren geen belang toekennen.

(40) Op grond van de combinatie van deze omstandigheden zijn de Duitse autoriteiten van mening dat § 8c (1a) KStG, ook al was deze op het eerste gezicht selectief, in elk geval door de aard en de opzet van de belasting van vennootschappen in Duitsland gerechtvaardigd is.

([23]) Arrest van het Gerecht (Vijfde kamer — uitgebreid) van 11 juli 2002, HAMSA/Commissie, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, punt 157.

4.4. **Verband tussen de nieuwe en de oude *Sanierungsklausel***

(41) De Duitse autoriteiten merken op dat § 8c KStG op 1 januari 2008 een gelijksoortige regeling, namelijk § 8 (4) KStG, heeft vervangen. Zij merken op dat de beide regelingen hetzelfde doel hebben, namelijk de uitsluiting van het aankopen van lege vennootschappen.

(42) De Duitse autoriteiten wijzen erop dat de Commissie nooit heeft gewezen op mogelijke problemen met betrekking tot § 8 (4) KStG en dat daaruit zou blijken dat deze regeling bijgevolg geen staatssteun vormde.

(43) Daarom vinden zij de desbetreffende positie van de Commissie incoherent.

4.5. **Gelijksoortige regeling in andere belastingstelsels**

(44) De Duitse autoriteiten hebben aangegeven dat vele andere lidstaten regelingen hebben die vergelijkbaar zijn met § 8c (1a) KStG. Als voorbeeld hiervan noemen zij België, Finland, Italië, Luxemburg, Nederland en Oostenrijk. Ondanks de grote gelijkenissen tussen de stelsels heeft de Commissie met betrekking tot deze lidstaten geen enkele van de maatregelen getroffen die haar op basis van haar bevoegdheden op het gebied van staatssteun ter beschikking staan.

(45) De Duitse autoriteiten benadrukken aangaande punt 34 van het inleidingsbesluit, waarin de maatregelen van de Commissie met betrekking tot het Franse belastingstelsel worden uitgelegd, tevens dat het Duitse stelsel zich van het Franse onderscheidt, dat tot bepaalde economische sectoren was beperkt en in een volledige vrijstelling van de vennootschapsbelasting voorzag.

5. **ONTWIKKELINGEN NA DE VASTSTELLING VAN HET BESLUIT VAN 2011 EN NA DE NIETIGVERKLARING DAARVAN**

(46) Na de vaststelling van het besluit van 2011 heeft Duitsland de toepassing van de maatregel opgeschort tot een definitief arrest van het Gerecht of het Hof van Justitie ([24]).

(47) Op 29 maart 2017 achtte het Bundesverfassungsgericht het evenredige verval van verliezen in het geval van een overdracht van 25-50 % van het maatschappelijk kapitaal of van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap volgens § 8c (1) KStG in strijd met de grondwet, en verplichtte het de Duitse Bondsdag ertoe de bepaling uiterlijk op 31 december 2018 te wijzigen ([25]). De Duitse Bondsdag schrapte vervolgens (met terugwerkende kracht vanaf 21 december 2007) het evenredige verval van verliezen in het geval van een overdracht van 25-50 % van het maatschappelijk kapitaal of van de lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten in een vennootschap, en behield enkel het volledige verval van verliezen indien meer dan 50 % van dat kapitaal of die rechten werd overgeheveld naar een andere onderneming ([26]).

(48) Na de nietigverklaring van het besluit van 2011 door het Hof van Justitie heeft Duitsland tevens de *Sanierungsklausel* (§ 8c (1a)) in de KStG heringevoerd op 11 december 2018 (met terugwerkende kracht vanaf 2008) ([27]).

6. **BEOORDELING VAN DE MAATREGEL**

(49) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU zijn "steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt".

(50) Om als steun in de zin van deze bepaling te worden aangemerkt, moet een maatregel bijgevolg aan de volgende voorwaarden voldoen: i) het gebruik van de maatregel kan aan de staat worden toegerekend en de maatregel wordt met staatsmiddelen gefinancierd; ii) de maatregel verschaft een voordeel aan een onderneming; iii) dat voordeel is selectief, en iv) de maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen en beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig.

(51) Voor de kwalificatie van een maatregel als staatssteun, in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, moet aan elk van de vier — cumulatieve — voorwaarden worden voldaan. De Commissie onderzoekt eerst de voorwaarde met betrekking tot het verlenen van een selectief voordeel.

([24]) Artikel 4, punt 2, onder a) (wijziging van § 34 (7c) KStG), van de wet ter omzetting van de richtlijn inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen en tot wijziging van belastingwetgeving (*Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften*), 7 december 2011, BGBl. 2011, deel I, nr. 64, blz. 2592.

([25]) Arrest van het Bundesverfassungsgericht van 29 maart 2017, 2 BvL 6/11 https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20170329_2bvl000611.html

([26]) Artikel 6, punt 2 (wijziging van § 8c (1) KStG), van de wet ter voorkoming van een verlies aan omzetbelasting op productverkopen via internet en tot wijziging van overige belastingwetgeving (*Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften*), 11 december 2018, BGBl. 2018, deel I, nr. 45, blz. 2338.

([27]) Artikel 6, punt 6, onder b) (wijziging van § 34 (6) KStG), van de *Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften*.

(52) In beginsel dient, om dit te kunnen beoordelen, de financiële situatie van de onderneming ná de maatregel te worden vergeleken met haar financiële situatie indien de maatregel niet was genomen ([28]).

(53) Om een mogelijk belastingvoordeel te bewijzen, is het met name nodig om met betrekking tot belastingmaatregelen te beoordelen of een fiscale behandeling de betreffende entiteit een voordeel verleent ten opzichte van de algemene of "normale" belastingregeling ([29]). De beoordeling van het voordeel is dan ook nauw verbonden met de beoordeling van het selectiviteitscriterium (waarbij het bestaan van een afwijkende fiscale behandeling ook wordt beoordeeld ten opzichte van de algemene belastingregels).

(54) Volgens vaste rechtspraak ([30]) vindt de beoordeling van de materiële selectiviteit van een fiscale maatregel plaats in drie stappen. Allereerst moet de in de betrokken lidstaat geldende gewone of "normale" regeling ("referentiestelsel") worden vastgesteld en onderzocht. In de tweede plaats moet met betrekking tot deze gewone of "normale" belastingregeling worden beoordeeld en bepaald of enig door de in het geding zijnde fiscale maatregel verleend voordeel selectief kan zijn. Daartoe moet worden aangetoond dat de maatregel in zoverre van de gewone regeling afwijkt dat hij een onderscheid maakt tussen marktdeelnemers die zich in het licht van het bij die regeling nagestreefde doel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. In de derde plaats is het, als een dergelijke afwijking bestaat, noodzakelijk te onderzoeken of zij voortvloeit uit de aard of de opzet van het belastingstelsel waarvan zij deel uitmaakt en derhalve door de aard of de logica van het stelsel te rechtvaardigen is. In dit verband is het aan de lidstaat om aan te tonen dat de gedifferentieerde fiscale behandeling rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van zijn belastingstelsel voortvloeit.

(55) In dit geval vloeit uit de arresten van het Hof van Justitie ([31]) voort dat de regels inzake vennootschapsbelasting die algemeen gelden voor alle ondernemingen in Duitsland het referentiestelsel vormen en dat de algemene regel inzake voorwaartse verliesverrekening in § 8 (1) KStG hiertoe behoort. De doelstelling van deze regels is de belasting van bedrijfswinsten om inkomsten voor de begroting te genereren, overeenkomstig het draagkrachtbeginsel.

(56) In § 8 (1) KStG is (bij verwijzing naar § 10d EStG) vastgesteld dat entiteiten die onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting, in een belastingjaar gemaakte verliezen voor belastingdoeleinden kunnen overdragen naar toekomstige belastingjaren (tot een bovengrens van 1 miljoen EUR per jaar).

(57) Het Hof van Justitie heeft in punt 102 van het arrest Andres ([32]) geoordeeld dat de regel inzake het verval van de verliezen zelf een uitzondering vormde op de regel inzake voorwaartse verliesverrekening en dat uit het onderzoek van de inhoud van deze bepalingen in hun geheel had moeten kunnen worden afgeleid dat de saneringsclausule ertoe strekte een onder de algemene regel inzake voorwaartse verliesverrekening vallende situatie te regelen.

(58) In de specifieke omstandigheden van deze zaak is het dus niet nodig om vast te stellen of de antimisbruikbepalingen deel uitmaken van het referentiestelsel, aangezien de analyse van het Hof van Justitie hoe dan ook lijkt uit te sluiten dat de saneringsclausule in tegenspraak is met de doelstelling van die regels ([33]) en hiervan afwijkt ([34]).

(59) Om te beoordelen of de *Sanierungsklausel* in § 8c (1a) KStG een selectief voordeel vormt, moet de Commissie bepalen of de betreffende belastingmaatregel afwijkt van dat normale stelsel, voor zover deze een onderscheid maakt tussen deelnemers die zich, wat betreft de doelstelling van het normale belastingstelsel, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

([28]) Zie het arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 17.

([29]) Zie bijvoorbeeld de arresten van het Hof van Justitie van 15 december 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, punten 50-52, en 8 december 2011, France Télécom/Commissie, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, punt 24.

([30]) Zie bijvoorbeeld de arresten van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Paint Graphos, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, ECLI:EU:C:ECLI:EU:C:2011:550, punten 49 en 71, en 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group en Commissie/Banco Santander en Santusa, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punten 57 en 58.

([31]) Arresten van het Hof van Justitie van 28 juni 2018, Andres (failliete boedel Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; Duitsland/Commissie, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; Duitsland/Commissie, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507, en Lowell Financial Services/Commissie, C-2019/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([32]) Arrest van het Hof van Justitie van 28 juni 2018, Andres (failliete boedel Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505.

([33]) Namelijk voorkomen dat vennootschappen hun belastinggrondslag door gebruikmaking van voorwaartse verliesverrekening uit lege vennootschappen ten onrechte verminderen.

([34]) Bovendien kan worden gesteld dat de in de *Sanierungsklausel* gestelde eis dat de essentiële bedrijfsstructuren en activiteit van de vennootschap worden behouden, misbruik uitsluit.

(60) Gezien het feit dat § 8c (1a) KStG ondernemingen die onder illiquiditeit of een te zware schuldenlast gebukt (dreigen te) gaan en worden gesaneerd, de mogelijkheid tot voorwaartse verliesverrekening biedt, wijkt de maatregel niet af van de algemene regel inzake voorwaartse verliesverrekening op grond van § 8 (1) KStG.

(61) Op basis hiervan concludeert de Commissie dat § 8c (1a) KStG de daaronder vallende vennootschappen geen selectief voordeel verleent.

(62) Gelet op bovenstaande bevinding is het niet nodig de verdere argumenten van de Duitse autoriteiten met betrekking tot het ontbreken van een selectief voordeel te beoordelen. Het is evenmin nodig om de overige voorwaarden om een maatregel als staatssteun te kunnen aanmerken, te beoordelen, aangezien voor de kwalificatie van een maatregel als staatssteun aan alle vier de voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU moet worden voldaan.

7. **CONCLUSIE**

(63) Op basis van het voorgaande concludeert de Commissie dat § 8c (1a) KStG (*Sanierungsklausel*) geen staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De regeling inzake voorwaartse verliesverrekening in het geval van sanering van ondernemingen in moeilijkheden op grond van § 8c (1a) KStG (*Sanierungsklausel*) vormt geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Artikel 2

Dit besluit is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 22 januari 2020.

Voor de Commissie
Margrethe VESTAGER
Uitvoerend vicevoorzitter