BESLUT

KOMMISSIONENS BESLUT (EU) 2020/450

av den 22 januari 2020

om den stödordning SA.29150 - 2010/C (f.d. 2010/NN) som Tyskland har genomfört i fråga om överföring av förluster vid taxering i samband med omstrukturering av företag i svårigheter (*Sanierungsklausel*)

[delgivet med nr C(2020) 254]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

EUROPEISKA KOMMISSIONEN HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt artikel 108.2 första stycket,

med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a,

efter att i enlighet med de bestämmelser som anges ovan ha gett berörda parter tillfälle att yttra sig ([1]) och med beaktande av dessa synpunkter, och

av följande skäl:

1. FÖRFARANDE

(1) Genom skrivelser av den 5 augusti 2009 och den 30 september 2009 uppmanade kommissionen Tyskland att lämna upplysningar om § 8c i bolagsskattelagen (*Körperschaftsteuergesetz*, nedan kallad *KStG*). De tyska myndigheterna svarade genom skrivelser av den 20 augusti 2009 och den 5 november 2009. Genom ett beslut av den 24 februari 2010 (nedan kallat *beslutet om att inleda förfarandet*) inledde kommissionen ett formellt granskningsförfarande enligt artikel 108.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt avseende § 8c.1a i KStG.

(2) Beslutet om att inleda förfarandet har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* ([2]). Kommissionen har uppmanat Tyskland och berörda parter att inkomma med sina synpunkter.

(3) De tyska myndigheterna lämnade in sina synpunkter genom en skrivelse av den 9 april 2010.

(4) Två möten med de tyska myndigheterna hölls i Bryssel den 9 april 2010 och den 3 juni 2010. De tyska myndigheterna lämnade in ytterligare upplysningar den 2 juli 2010. Kommissionen har inte mottagit några synpunkter från berörda parter.

(5) Den 26 januari 2011 antog kommissionen beslut 2011/527/EU (nedan kallat *beslutet från 2011*) ([3]) där den ansåg att § 8c.1a i KStG (*Sanierungsklausel*) är statligt stöd som Tyskland olagligen har genomfört i strid med artikel 108.3 i EUF-fördraget. Kommissionen konstaterade också att det stöd som hade beviljats i enlighet med § 8c.1a i KStG var oförenligt med den inre marknaden, särskilt eftersom det inte kunde anses vara förenligt med artikel 107.3 b i EUF-fördraget i enlighet med den tolkning som ges i den tillfälliga ramen ([4]) ([5]), och begärde att det oförenliga stödet skulle återkrävas.

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

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

([3]) Kommissionens beslut 2011/527/EU av den 26 januari 2011 om det statliga stöd C 7/10 (f.d. CP 250/09 och NN 5/10) som Tyskland beviljat genom ”KStG, *Sanierungsklausel*” (EUT L 235, 10.9.2011, s. 26).

([4]) Meddelande från kommissionen – Tillfällig gemenskapsram för statliga stödåtgärder för att främja tillgången till finansiering i den aktuella finansiella och ekonomiska krisen (EUT C 83, 7.4.2009, s. 1).

([5]) Enligt den tillfälliga ramen kommer stöd att betraktas som förenligt med den inre marknaden, förutsatt att stödet inte överstiger 500 000 euro, stödmottagaren inte har varit ett företag i svårigheter den 1 juli 2008 och att alla övriga villkor i punkt 4.2.2 i den tillfälliga ramen är uppfyllda.

(6) Efter det att beslutet från 2011 hade antagits väckte Tyskland och tredje part talan om ogiltigförklaring av beslutet från 2011 ([6]). Den 4 februari 2016 avvisade tribunalen sökandenas argument och bekräftade beslutet från 2011 ([7]).

(7) Tyskland och två potentiella stödmottagare (Heitkamp BauHolding GmbH och GFKL Financial Services AG) överklagade tribunalens domar. Den 28 juni 2018 ogiltigförklarade domstolen tribunalens domar och beslutet från 2011 ([8]). Domstolen konstaterade att kommissionen hade gjort en felaktig rättstillämpning i sin selektivitetsanalys genom att enbart betrakta regeln om förbud mot att överföra underskott vid en förändring i aktiekapitalets struktur (§ 8c.1 i KStG) som referensram och utesluta den allmänna regeln om överföring av förluster från den.

2. DETALJERAD BESKRIVNING AV ÅTGÄRDEN/STÖDET

2.1 Bakgrund

(8) Bolagsbeskattningen i Tyskland regleras huvudsakligen genom inkomstskattelagen (*Einkommensteuergesetz*, nedan kallad *EStG*) och KStG. I § 10d.2 i EStG föreskrivs möjligheten att överföra förluster från ett beskattningsår, vilket i enlighet med principen om betalningsförmåga betyder att de skattepliktiga inkomsterna för framtida beskattningsår kan komma att sänkas genom kvittning mot tidigare redovisade förluster upp till en övre gräns på 1 miljon euro per år. Enligt § 8.1 i KStG gäller denna möjlighet att överföra förluster även enheter som är bolagsskattepliktiga.

(9) Enligt de tyska myndigheterna ledde denna möjlighet till förlustöverföring till uppköp av företag (s.k. skalbolag eller *empty shell companies*) vars verksamhet sedan länge upphört men där det fortfarande fanns överförbara förluster.

(10) För att ta itu med skalbolagsköpen begränsade den tyska förbundsdagen 1997 möjligheten till förlustöverföring genom att en skalbolagsregel (*Mantelkaufregelung*) infördes i § 8.4 i KStG. Genom denna regel begränsades möjligheten till förlustöverföring till företag som i juridiskt och ekonomiskt hänseende är liktydiga med det företag inom vilket förlusten uppstod. Ingen definition ges emellertid av begreppet ”ekonomisk liktydighet”, men väl ett negativt och två positiva exempel:

— Ekonomisk liktydighet föreligger inte om mer än hälften av aktieinnehavet överförs till ett kapitalbolag och om kapitalbolaget fortsätter eller återupptar sin näringsverksamhet med hjälp av huvudsakligen nya tillgångar.

— Ekonomisk liktydighet föreligger däremot om tillförseln av nya tillgångar endast skett som en saneringsåtgärd för den näringsverksamhet som gett upphov till de kvarvarande förlustavdragsmöjligheterna och om bolaget under de nästföljande fem åren fortsätter med verksamheten i en med hänsyn till de samlade ekonomiska förhållandena jämförbar omfattning.

— Ekonomisk liktydighet föreligger även om köparen i stället för att tillföra nya tillgångar drar av de förluster som uppstått i det uppköpta företaget.

(11) De båda sistnämnda exemplen brukade gå under benämningen *Sanierungsklausel* (saneringsklausul).

(12) Genom 2008 års företagsbeskattningsreform (*Unternehmensteuerreformgesetz 2008*), som trädde i kraft den 1 januari 2008, upphävdes § 8.4 i KStG ([9]).

([6]) 16 parter väckte talan om ogiltigförklaring, varav en part var Tyskland (T-205/11) och 15 var potentiella stödmottagare. Med undantag för T-287/11 och T-620/11 vilandeförklarades talan i samtliga fall.

([7]) Tribunalens dom av den 4 februari 2016, Heitkamp BauHolding/kommissionen, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60; tribunalens dom av den 4 februari 2016, GFKL Financial Services/kommissionen, T-620/11, ECLI:EU:T:2016:59.

([8]) Domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/ kommissionen, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Tyskland/kommissionen, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Tyskland/kommissionen, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507; domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Lowell Financial Services/kommissionen, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([9]) *Unternehmensteuerreformgesetz 2008* av den 14 augusti 2007, offentliggjord i den tyska författningssamlingen (*Bundesgesetzblatt* (nedan kallad *BGBl*) 2007, del I, nr 40, s. 1912.

(13) Genom samma lag infördes den nya § 8c.1 i KStG som begränsar möjligheten till förlustöverföring i samband med förvärv av aktieinnehav jämfört med vad som angetts i det tidigare lagrummet § 8.4 i KStG. Enligt den nya bestämmelsen gäller följande:

— Outnyttjade förluster får inte längre användas för förlustutjämning om en köpare övertar mer än 50 % av ett bolags tecknade kapital, medlemskapsrättigheter, andelsrättigheter eller rösträttigheter.

— Om mer än 25 %, dock högst 50 %, av ett bolags tecknade kapital, medlemskapsrättigheter, andelsrättigheter eller rösträttigheter överförs inom fem år begränsas möjligheten till förlustutjämning i förhållande till hur stor procentandel av andelarna som överförs.

(14) Till att börja med medgav den nya bestämmelsen inga undantag för företag som samtidigt genomgår en sanering och ett betydande aktieinnehavsbyte.

(15) Enligt de lagförarbeten som den tyska förbundsdagen antog i samband med 2008 års lagstiftning om en företagsbeskattningsreform (*Unternehmenssteuerreformgesetz 2008*) ersattes § 8.4 i KStG med § 8c.1 KStG i syfte att dels förenkla bestämmelsen (av lagförarbetena kan man dra slutsatsen att den praktiska tillämpningen av § 8.4 i KStG väckt en mängd komplicerade rättsfrågor), dels på ett mer riktat sätt få bukt med missbruk ([10]). Den tyska förbundsdagen var medveten om att denna ändring innebar att det inte längre skulle bli möjligt att föra över förluster vid en sanering av ett företag i svårigheter som görs i samband med ett aktieinnehavsförvärv. Detta sågs dock som godtagbart eftersom skattemyndigheten i sådana situationer utifrån en skälighetsbedömning kan avstå från sina skattekrav även om det saknas uttrycklig lagstiftning i KStG ([11]).

2.2 **Åtgärden**

(16) Genom en ändring av § 8c i KStG infördes i juni 2009 en ny bestämmelse (§ 8c.1a i KStG) om att bibehålla möjligheten att överföra förluster om ett förvärv av ett företag i svårigheter sker i syfte att sanera företaget. Denna ändring ingick som en del av en lag om lättnader för medborgarna på sjukförsäkringsområdet (*Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung*) ([12]). Den nya bestämmelsen går även under benämningen saneringsklausulen eller (för att kunna skilja mellan denna och den tidigare bestämmelsen i § 8.4 i KStG) den nya saneringsklausulen.

(17) Enligt § 8c.1a i KStG får ett företag föra över förluster även om det är fråga om ett förvärv som uppfyller villkoren § 8c.1 i KStG under följande förutsättningar:

— Förvärvet görs i syfte att sanera (*Sanierung*) företaget ([13]).

— Företaget är vid tidpunkten för förvärvet insolvent eller överskuldsatt, alternativt hotas av insolvens eller överskuldsättning ([14]).

— Företagets struktur bibehålls i allt väsentligt, vilket förutsätter att

  — företaget följer ett upprättat företagsavtal (*Betriebsvereinbarung*) med tjänstebestämmelser, eller

  — 80 procent av arbetstillfällena (beräknat utifrån de årliga genomsnittliga löneutgifterna) bibehålls under de fem första åren efter aktieinnehavsförvärvet, eller

  — företaget inom tolv månader tillförs betydande tillgångar (*wesentliches Betriebsvermögen*) eller beviljas lån som det finns säkerhet för; en tillförsel av betydande tillgångar föreligger om företagets nya tillgångar motsvarar minst 25 % av företagets totala tillgångar föregående räkenskapsår; prestationer som sker inom kapitalassociationen under de tre första åren efter tillförseln av de nya tillgångarna minskar värdet av de tillförda tillgångarna.

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

([11]) *Bundestagsdrucksache* 16/4841, s. 76 hänvisning till en skrivelse från den tyska finansministern av den 27 mars 2003, (*Bundessteuerblatt*, nedan kallat *BStBl*), 2003, del I, s. 240).

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

([13]) Syftet med en *Sanierung* är att omstrukturera ett företag. Omstruktureringen är en åtgärd för att undvika eller avhjälpa insolvens (*Zahlungsunfähigkeit*) eller överskuldsättning (*Überschuldung*). Det är alltså enbart företag som är eller kommer att bli insolventa eller överskuldsatta vid tidpunkten för förvärvet som är stödberättigade.

([14]) Begreppen *insolvens*, *hotande insolvens* och *överskuldsättning* definieras i den tyska insolvenslagstiftningen (*Insolvenzordnung*, nedan kallad *InsO*, 5 oktober 1994, BGBl, 1994, del I, nr 70, s. 2866) på följande sätt: *insolvens* (17 § i InsO): när gäldenären inte är i stånd att fullfölja sina betalningsåtaganden och har ställt in sina betalningar. *hotande insovlens* (18 § iInsO): gäldenären kommer sannolikt inte att vara i stånd att fullfölja sina betalningsåtaganden på förfallodagen. *överskuldsättning* (19 § i InsO): gäldenärens tillgångar räcker inte längre till för att täcka skulderna. Det är dock inte fråga om överskuldsättning om det finns en positiv prognos för företagets förmåga att leva vidare.

— Inget branschbyte äger rum för företaget under de fem första åren efter förvärvet.

— Företaget hade inte upphört med sin verksamhet vid tidpunkten för aktieinnehavsförvärvet.

(18) § 8c.1a i KStG trädde i kraft den 10 juli 2009 med retroaktiv verkan från och med den 1 januari 2008.

(19) § 8c.1a i KStG infördes ursprungligen med tidsbegränsad giltighet fram till den 31 december 2009. I samband med lagen om främjande av tillväxt 2009 (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*) antog emellertid den tyska förbundsdagen den 22 december 2009 en bestämmelse som innebar att denna tidsbegränsning i KStG ströks ([15]).

(20) Det bör i detta sammanhang påpekas att den förlust som kan föras över kan kvittas endast mot den vinst som uppkommer i det företag som ska saneras. Den som förvärvar företaget kan således inte kvitta förlusten mot egna vinster. Detta gäller även om förvärvaren konsoliderar sina skattemässiga förpliktelser på koncernnivå, eftersom det enligt 15 § första stycket punkt 1 i KStG inte är tillåtet med en förlustöverföring om ett företag (*Organgesellschaft*) utgör en del av ett skatteintregreringssystem (*Organschaft*) ([16]). Enligt tysk bolagsskatterätt går dock inte sådana förluster förlorade, utan ”fryses” bara i *Organgesellschaft* och kan utnyttjas när företaget inte längre är konsoliderat. För sådana ”frysta” förluster gäller inga tidsfrister för förlustöverföring.

(21) Förvärvaren gynnas indirekt av § 8c.1a i KStG med tanke på att en framgångsrik sanering minskar skattebördan för det sanerade företaget. En förvärvare kan dessutom helt eller delvis föra in sin näringsverksamhet i det förvärvade företaget och på så sätt utnyttja de överförda förlusterna.

3. BESLUTET OM ATT INLEDA FÖRFARANDET

(22) Genom en skrivelse av den 24 februari 2010 informerade kommissionen de tyska myndigheterna om sitt beslut att inleda det granskningsförfarande som anges i artikel 108.2 i EUF-fördraget med avseende på den åtgärd som beskrivs ovan och som beviljats enligt § 8c.1a i KStG.

(23) I sitt beslut om att inleda förfarandet påpekade kommissionen att § 8c.1a i KStG innebär att åtskillnad görs mellan sunda företag som redovisar en förlust och (potentiellt) insolventa eller överskuldsatta företag genom att bestämmelsen gäller de sistnämnda. Preliminärt ansåg kommissionen att åtgärden var selektiv och utgjorde statligt stöd samt att de övriga villkoren i artikel 107.1 i EUF-fördraget också verkade vara uppfyllda. Slutligen tvivlade kommissionen på att åtgärden var förenlig med artikel 107.3 b i EUF-fördraget i enlighet med den tolkning som ges i den tillfälliga ramen eller med artikel 107.3 c i EUF-fördraget i enlighet med den tolkning som ges i (de då tillämpliga) riktlinjerna för undsättning och omstrukturering av företag ([17]) och (de då tillämpliga) regionalstödsriktlinjerna ([18]).

(24) Efter att det formella granskningsförfarandet inletts uppmanade Tysklands finansministerium ansvariga skattemyndigheter att upphöra med tillämpningen av § 8c.1a i KStG till dess att kommissionen fattat ett slutgiltigt beslut i detta ärende samt att underrätta berörda företag om att redan utbetalat stöd skulle kunna komma att återkrävas om kommissionens beslut blev negativt ([19]).

4. KOMMENTARER FRÅN DE TYSKA MYNDIGHETERNA

(25) De tyska myndigheterna anser inte att § 8c.1a KStG innebär statligt stöd och hänvisar därvid till följande tre skäl:

— Bestämmelsen ligger i linje med privatborgenärsprincipen se avsnitt 4.1).

— Den är inte selektiv (se avsnitt 4.2).

— Den är befogad med tanke på det tyska skattesystemets art och struktur (se avsnitt 4.3).

([15]) *Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums* (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*), 22 december 2009, BGBl, 2009, del I, nr 81, s. 3950, artikel 2.3 b.

([16]) Så kallade *vorорganschaftliche Verluste*.

([17]) Kommissionens meddelande – Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter (EUT C 244, 1.10.2004, s. 2).

([18]) Riktlinjer för statligt regionalstöd för 2007–2013 (EUT C 54, 4.3.2006, s. 13).

([19]) Skrivelse från det tyska förbundsfinansministeriet av den 30 april 2010 till delstaternas skattemyndigheter med ansvar för skatteindrivning (*BMF v. 30.4.2010 IV C 2 -S 2745-a/08/10005:002*), BStBl 2010, del I, s. 488.

(26) De tyska myndigheterna hävdar även att den nya saneringsklausulen i § 8c.1a i KStG i allt väsentligt överensstämmer med den gamla saneringsklausulen i § 8.4 i KStG, en klausul som kommissionen inte haft några invändningar mot (se avsnitt 4.4), samt att det i flera andra medlemsstater finns liknande skattebestämmelser (se avsnitt 4.5).

4.1 **Privatborgenärsprincipen**

(27) I sin skrivelse av den 2 juli 2010 hävdar de tyska myndigheterna att privatborgenärsprincipen bör gälla i samband med skattefordringar eller skatteliknande fordringar ([20]). Förhållandet mellan den tyska staten och skattebetalarna anses vara jämförbart med en skuldförbindelse på obestämd tid mellan en privat borgenär och en gäldenär (*Dauerschuldverhältnis*), baserat på t.ex. ett hyres- eller anställningsavtal. Tyskland menar att en privat borgenär som ingått en skuldförbindelse på obestämd tid skulle avstå från en del av sina framtida fordringar om detta skulle göra det möjligt för borgenären att överta ett annat företag och därmed att fortsätta skuldförbindelsen på obestämd tid.

4.2 **Avsaknad av selektivitet**

(28) Tyskland menar att § 8c.1a i KStG utgör en allmän åtgärd eftersom den kan tillämpas på alla företag oberoende av vilken region eller bransch de tillhör eller företagets storlek. Tyskland hävdar att varje företag potentiellt sett kan hamna i finansiella svårigheter utan egen förskyllan och därmed kan bli föremål för en tillämpning av denna bestämmelse.

(29) Tyskland hänvisar till att kommissionen i sitt meddelande från 1998 om beskattning av företag själv angett att sådana rena skattetekniska åtgärder som t.ex. regler för balansering av förluster inte är selektiva ”[f]örutsatt att de tillämpas utan åtskillnad för samtliga företag och all produktion” och att ”[d]et faktum att vissa företag eller vissa sektorer drar mera nytta än andra av vissa av dessa skatteåtgärder […] inte nödvändigtvis [leder] till att åtgärderna omfattas av tillämpningsområdet för konkurrensreglerna på området statligt stöd” ([21]).

(30) Tyskland menar att sådana överväganden har stor betydelse inte bara för att man via skattemässiga åtgärder ska kunna främja forskning och utveckling, utan även på miljöskydds-, utbildnings- och sysselsättningsområdet. Skatteregler som gynnar företag som gör särskilda insatser på dessa områden är inte selektiva, anser Tyskland, eftersom de är tillgängliga för alla företag, även om det i praktiken är de företag som är verksamma inom vissa områden som gynnas mer av dem än andra. Tyskland anser att detta även bör gälla skatteregler som gynnar företag i svårigheter som köps upp av saneringsskäl.

(31) Tyskland påpekar att EU-domstolen och tribunalen godtagit att en åtgärd som uteslutande kommer ett företag i svårigheter till godo i princip kan utgöra en allmän åtgärd som inte ska anses vara selektiv. Tyskland hänvisar i detta sammanhang främst till DMT-målet ([22]) där domstolen i samband med betalningslättnader som beviljats ett belgiskt företag i svårigheter slog fast följande:

> ”Den franska regeringen har uppgivit att betalningslättnader avseende sociala avgifter inte utgör statligt stöd om de beviljas alla företag som har likviditetssvårigheter på samma villkor. Den menar att detta förefaller vara fallet i det system som har inrättats genom belgisk lagstiftning. Kommissionen menar däremot att ONSS har utrymme för skönsmässig bedömning när den beviljar betalningslättnader.
>
> Av lydelsen av artikel 92.1 i fördraget följer att allmänna åtgärder som inte enbart gynnar vissa företag eller viss produktion inte omfattas av bestämmelsen. När däremot det organ som beviljar de ekonomiska förmånerna har utrymme för skönsmässig bedömning, vilket ger det möjlighet att bestämma vilka som ska få förmåner eller vilka villkor som ska gälla för den beviljade åtgärden, kan det inte anses vara fråga om en allmän åtgärd (se i detta hänseende dom av den 26 september 1996 i mål C-241/94, Frankrike mot Europeiska kommissionen, REG 1996, s. I-4551, punkterna 23 och 24).
>
> Det är den nationella domstolen som i det mål som är anhängigt vid denna ska avgöra huruvida ONSS skönsmässigt kan bevilja betalningslättnader och, om så inte är fallet, om de betalningslättnader som ONSS har beviljat ska anses vara allmänna åtgärder eller åtgärder som gynnar vissa företag.”

([20]) Tyskland hänvisar till domstolens dom (andra avdelningen) av den 14 september 2004, Spanien/kommissionen, C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, punkterna 15 och 26, och domstolens dom (sjätte avdelningen) av den 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punkterna 22 och 25.

([21]) Kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på åtgärder som omfattar direkt beskattning av företag (EGT C 384, 10.12.1998, s. 3), punkterna 13 och 14.

([22]) Domstolens dom (sjätte avdelningen) av den 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punkterna 26–28.

(32) Tyskland har dessutom hänvisat till HAMSA-målet ([23]) i samband med vilket de spanska myndigheterna anfört att en åtgärd inte ska anses vara selektiv om den gäller för samtliga företag som befinner sig i svårigheter. Tribunalen meddelade följande i detta mål:

> ”Sökandens och Konungariket Spaniens argument att det i den spanska lagen av den 26 juli 1922 om betalningsinställelse föreskrivs ett allmänt förfarande, som är tillämpligt på alla företag med svårigheter, kan i förevarande fall inte godtas. Även om nämnda lag inte är ägnad att tillämpas selektivt till förmån för vissa slags företag eller viss slags verksamhet, konstaterar rätten dock att de skuldnedskrivningar som kommissionen har underkänt inte automatiskt följer av tillämpningen av nämnda lag, utan av de ifrågavarande offentliga organens skönsmässiga val. Det framgår av rättspraxis att en ekonomisk förmån inte kan betraktas som en allmän åtgärd i ett fall där det organ som beviljar förmånen skönsmässigt kan avgöra vilka som ska beviljas förmånen eller på vilka villkor den ska beviljas (domstolens dom av den 29 juni 1999 i mål C-256/97, DM Transport, REG 1999, s. I-3913, punkt 27).”

(33) Tyskland hävdar att § 8c.1a i KStG – i motsats till de åtgärder som behandlades i DMT- och HAMSA-målen – inte ger utrymme för något skönsmässigt val från det offentliga organets sida. Hur åtgärden tillämpas följer automatiskt av lagstiftningen. Tyskland drar därför den omvända slutsatsen att § 8c.1a i KStG inte ska anses vara selektiv.

(34) Tyskland anser vidare att § 8c.1a KStG utgör en norm i insolvenslagstiftningen. Man hänvisar till att ett företags stödberättigande grundar sig på begreppen insolvens, hotande insolvens och överskuldsättning, begrepp som definieras i den tyska insolvenslagstiftningen (*Insolvenzordnung*) och som utgör grund för en konkursansökan.

(35) När det gäller selektiviteten drar Tyskland slutsatsen att kommissionens uppfattning innebär att varje form av skattelättnad ska anses utgöra ett statligt stöd, även en skattelättnad som är allmänt tillämpbar. Tyskland anser även att en sådan uppfattning strider mot EUF-fördraget.

4.3 **Motivering med hänsyn till skattesystemets art eller struktur**

(36) De tyska myndigheterna anser att de undantag som följer av § 8c.1a i KStG motiveras av arten och strukturen hos det tyska systemet för bolagsbeskattning. De menar att det finns en objektiv skillnad mellan företag i svårigheter som måste saneras och andra företag, och att denna objektiva skillnad motiverar en särbehandling av företag i svårigheter som förvärvas i saneringssyfte. Tyskland ger tre skäl för sitt resonemang.

(37) För det första menar man att i motsats till ekonomiskt sunda företag som kan välja mellan finansiering via kapitalmarknaden och att hitta någon som köper upp företaget återstår för företag i svårigheter endast alternativet att hitta en uppköpare, eftersom ett sådant företag inte kan komma i fråga för vare sig extern finansiering på kapitalmarknaden eller banklån. Företag i svårigheter skulle därmed systematiskt gå miste om möjligheten att föra över förluster, medan ekonomiskt sunda företag alltid har möjlighet att välja mellan extern finansiering och att hitta en uppköpare.

(38) För det andra menar Tyskland att syftet med § 8c.1 i KStG – dvs. att förhindra skalbolagsköp – inte behöver föranleda att förlustöverföringsmöjligheten går förlorad i de fall då ett förvärv sker i saneringssyfte och inte endast är motiverat av skatteskäl. Om inte § 8c.1a i KStG skulle vara begränsad till förvärv av företag i svårigheter i saneringssyfte, dvs. om även andra typer av förvärv skulle inkluderas, skulle normsyftet gå förlorat.

(39) För det tredje menar Tyskland att § 8c.1 i KStG garanterar att priset vid ett aktieinnehavsförvärv endast baseras på företagets ekonomiska värde och att de ackumulerade förlusternas skatteplaneringsvärde inte tillåts påverka förvärvspriset. I de fall då ett företag i svårigheter förvärvas i saneringssyfte spelar emellertid inte värdet av eventuella ackumulerade förluster någon nämnvärd roll, enligt de tyska myndigheterna. Som stöd för detta resonemang anför de att revisorer i samband med handelsrättsliga koncernredovisningar inte tillmäter de möjligheter till förlustöverföringar som finns i ett företag med dålig ställning något värde.

(40) Kombinationen av dessa omständigheter gör att Tyskland anser att § 8c.1a i KStG i alla händelser är motiverad med hänsyn till det tyska bolagsskattesystemets art och struktur, även om denna bestämmelse *prima facie* kan anses vara selektiv.

([23]) Tribunalens dom (femte avdelningen i utökad sammansättning) av den 11 juli 2002, HAMSA/kommissionen, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, punkt 157.

4.4 **Kopplingen mellan den nya och den gamla saneringsklausulen**

(41) Tyskland påpekar att § 8c i KStG den 1 januari 2008 ersatte en liknande bestämmelse – § 8.4 i KStG – som då upphörde att gälla. Båda dessa bestämmelser hade samma syfte: att förhindra köp av skalbolag med ackumulerade förluster.

(42) Tyskland hänvisar till att kommissionen inte hade några invändningar mot § 8.4 i KStG och att denna bestämmelse således inte ansågs innebära något statligt stöd.

(43) Tyskland anser därför att kommissionen är inkonsekvent i sin ståndpunkt i denna fråga.

4.5 **Liknande bestämmelser i andra skattesystem**

(44) Tyskland har påpekat att flera andra medlemsstater har bestämmelser som liknar § 8c.1a i KStG. Som exempel nämns Belgien, Finland, Italien, Luxemburg, Nederländerna och Österrike. Tyskland påpekar att trots att dessa system uppvisar stora likheter med det system som finns i Tyskland har kommissionen gentemot dessa medlemsstater inte vidtagit några av de åtgärder som kommissionen förfogar över när det gäller statligt stöd.

(45) När det gäller skäl 34 i beslutet att inleda granskningsförfarandet, där kommissionen redogör för de åtgärder man vidtagit med avseende på det franska skattesystemet, framhåller Tyskland att det tyska systemet skiljer sig från det franska genom att det franska systemet begränsas till vissa bestämda näringsgrenar och innebär en total befrielse från bolagsskatt.

5. **HÄNDELSEUTVECKLING EFTER ANTAGANDET AV 2011 ÅRS BESLUT OCH EFTER DESS OGILTIGFÖRKLARING**

(46) Efter det att beslutet från 2011 hade antagits upphävde Tyskland tillämpningen av åtgärden fram till ett slutligt avgörande av tribunalen eller domstolen ([24]).

(47) Den 29 mars 2017 konstaterade den tyska federala författningsdomstolen (*Bundesverfassungsgericht*) att bestämmelsen i § 8c.1 i KStG, dvs. att möjligheten till förlustutjämning begränsas proportionellt om 25–50 % procent av ett bolags tecknade kapital, medlemskapsrättigheter, andelsrättigheter eller rösträttigheter överförs, strider mot författningen och ålade den tyska förbundsdagen att ändra bestämmelsen senast den 31 december 2018 ([25]). Den tyska förbundsdagen avskaffade därför (med retroaktiv verkan från och med den 21 december 2007) bestämmelsen om att outnyttjade förluster förfaller proportionellt vid en överföring av 25–50 % av ett bolags tecknade kapital, medlemskapsrättigheter, andelsrättigheter eller rösträttigheter och bibehöll endast regeln om att samtliga outnyttjade förluster förfaller om mer än 50 % av sådant kapital eller sådana rättigheter överförs till en annan enhet ([26]).

(48) Efter det att domstolen ogiltigförklarade 2011 års beslut återinförde Tyskland också saneringsklausulen (§ 8c.1a) i KStG den 11 december 2018 (med retroaktiv verkan från 2008) ([27]).

6. **BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN**

(49) Enligt artikel 107.1 i EUF-fördraget är ”stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna”.

(50) En åtgärd utgör stöd i den mening som avses i den bestämmelsen om den uppfyller följande villkor: i) Åtgärden måste gå att tillskriva staten och finansieras genom statliga medel. ii) Den måste ge mottagaren en fördel. iii) Fördelen måste vara selektiv. iv) Åtgärden måste snedvrida eller riskera att snedvrida konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna.

(51) För att en åtgärd ska betecknas som statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget måste alla fyra villkor vara uppfyllda, eftersom de är kumulativa. Först kommer kommissionen att granska villkoret som rör beviljandet av en selektiv fördel.

([24]) Artikel 4.2 a (ändring av § 34.7c i KStG) i lagen om att införliva direktivet om indrivning av fordringar som avser skatter, avgifter och andra åtgärder samt om ändring av skattebestämmelser (*Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften*), 7 december 2011, BGBl. 2011, del I, nr 64, s. 2592.

([25]) *Bundesverfassungsgerichts* dom av den 29 mars 2017, 2 BvL 6/11 https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20170329_2bvl000611.html.

([26]) Artikel 6.2 (ändring av § 8c.1 i KStG) i lagen om att förhindra bortfall av omsättningsskatt på grund av försäljning av produkter via internet och om ändring av ytterligare skattebestämmelser (*Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften*), 11 december 2018, BGBl, 2018, del I, nr 45, s. 2338.

([27]) Artikel 6.6 b (ändring av § 34.6 i KStG) i *Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften*.

(52) För att bedöma förekomsten av en fördel ska företagets ekonomiska situation efter åtgärden jämföras med dess ekonomiska situation om åtgärden inte hade vidtagits ([28]).

(53) När det gäller skatteåtgärder måste man för att kunna påvisa en eventuell skattefördel framför allt bedöma huruvida den skattebehandling som beviljats ett företag ger det en fördel jämfört med den vanliga eller ”normala” skatteordningen ([29]). Bedömningen av fördelen är därför nära förknippad med bedömningen av selektivitetskriteriet (där förekomsten av skattebehandling genom undantag också bedöms jämfört med de allmänna skattereglerna).

(54) Enligt fast rättspraxis ([30]) görs bedömningen av den materiella selektiviteten i en skatteåtgärd i tre steg. För det första måste det slås fast och undersökas vilket allmänt skattesystem eller ”normalt” skattesystem som är tillämpligt i den berörda medlemsstaten. Det är i förhållande till det allmänna skattesystemet eller ”normala” skattesystemet som den eventuella selektiva karaktären av den fördel som beviljats genom den ifrågavarande skatteåtgärden därefter ska bedömas och fastställas genom att det visas att åtgärden avviker från det allmänna systemet i det att den medför att skillnader görs i behandlingen av näringsidkare som i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i jämförbara situationer med hänsyn till målsättningen med skattesystemet. Om det finns en sådan avvikelse är det för det tredje nödvändigt att granska om den är ett resultat av arten hos och den allmänna systematiken i det skattesystem som den omfattas av och därför skulle kunna vara berättigad med hänsyn till arten hos och den allmänna systematiken i skattesystemet. I detta sammanhang ankommer det på medlemsstaten att visa att den differentierade skattebehandlingen härrör direkt från systemets grundläggande eller vägledande principer.

(55) I det här fallet följer det av domstolens domar ([31]) att de bolagsskatteregler som är allmänt tillämpliga i Tyskland på alla företag är referenssystemet och att dessa omfattar den allmänna regeln för förlustutjämning enligt § 8.1 i KStG. Målet för dessa regler är att beskattningen av bolagsvinster ska generera budgetintäkter i enlighet med principen om betalning efter förmåga.

(56) I § 8.1 i KStG fastställs (med hänvisning till 10d § i EStG) att företag som omfattas av bolagsskatt får överföra förluster från ett beskattningsår till framtida beskattningsår (upp till en övre gräns på 1 miljon euro per år).

(57) I punkt 102 i Andres-domen ([32]) konstaterade domstolen att regeln om begränsning av möjligheten till förlustavdrag i sig utgjorde ett undantag från regeln om förlustutjämning och att en övergripande prövning av innehållet i dessa bestämmelser borde ha lett till slutsatsen att verkan av bestämmelsen om företagsrekonstruktion var att avgränsa en situation som omfattas av den allmänna regeln om förlustutjämning.

(58) Under de särskilda omständigheterna i fallet är det därför inte nödvändigt att fastställa huruvida reglerna för att motverka missbruk ingår i referenssystemet eftersom domstolens analys under alla omständigheter verkar utesluta att bestämmelsen om företagsrekonstruktion strider mot målen för dessa regler ([33]) och innebär ett undantag från dem ([34]).

(59) För att bedöma om saneringsklausulen enligt § 8c.1a i KStG är en selektiv fördel måste kommissionen avgöra om den berörda skatteåtgärden avviker från det allmänna systemet i det att den medför att skillnader görs i behandlingen av ekonomiska aktörer som i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i jämförbara situationer.

([28]) Se domstolens dom av den 2 juli 1974, Italien/kommissionen, mål 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punkt 17.

([29]) Se t.ex. domstolens dom (andra avdelningen) av den 15 december 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, punkterna 50–52; domstolens dom (tredje avdelningen) av den 8 december 2011, France Télécom/kommissionen, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, punkt 24.

([30]) Se t.ex. domstolens dom (första avdelningen) av den 8 september 2011, Paint Graphos m.fl., C-78/08C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punkterna 49 och 71; domstolens dom (stora avdelningen) av den 21 december 2016, kommissionen/World Duty Free Group och kommissionen/Banco Santander och Santusa, C-20/15 P och C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punkterna 57 och 58.

([31]) Domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/kommissionen, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Tyskland/kommissionen, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Tyskland/kommissionen, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507; domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Lowell Financial Services/kommissionen, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([32]) Domstolens dom (andra avdelningen) av den 28 juni 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/kommissionen, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505

([33]) Genom att förhindra att företag på ett otillbörligt sätt minskar beskattningsbar inkomst genom att använda förlustutjämning från skalbolag.

([34]) Dessutom kan man hävda att saneringsklausulens krav på att företagets struktur och verksamhet ska bibehållas i allt väsentligt utesluter missbruk.

(60) Eftersom § 8c.1a i KStG innebär att företag som är insolventa eller överskuldsatta (eller hotas av insolvens eller överskuldsättning) och som befinner sig under rekonstruktion får överföra förluster avviker åtgärden inte från den allmänna regeln om förlustutjämning enligt § 8.1 i KStG.

(61) Därför konstaterar kommissionen att § 8c.1a i KStG inte innebär någon selektiv fördel för de företag som den är tillämplig på.

(62) Därför är det inte nödvändigt att göra någon bedömning av Tysklands ytterligare argument om att det inte finns någon selektiv fördel. Det är inte heller nödvändigt att bedöma de återstående villkoren för att en åtgärd ska betecknas som statligt stöd, då alla fyra villkor i artikel 107.1 i EUF-fördraget måste vara uppfyllda för att en åtgärd ska betecknas som statligt stöd, eftersom villkoren är kumulativa.

7. **SLUTSATS**

(63) Därför konstaterar kommissionen att § 8c.1a i KStG (*Sanierungsklausel*) inte är statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Ordningen för överföring av förluster vid taxering i samband med omstrukturering av företag i svårigheter enligt § 8c.1a i KStG (*Sanierungsklausel*) utgör inte statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 22 januari 2020.

På kommissionens vägnar
Margrethe VESTAGER
Verkställande vice ordförande