

IV

(Актове, приети преди 1 декември 2009 г. по силата на Договора за ЕО, Договора за ЕС и Договора за Евратом)

РЕШЕНИЕ НА КОМИСИЯТА

от 30 септември 2009 година

относно схема за помощ № C2/09 (ex N 221/08 и N 413/08), която Германия възнамерява да приведе в действие за подобряване на рамковите условия за капиталови инвестиции

(нотифицирано под номер C(2009) 7387)

(само текстът на немски език е автентичен)

(текст от значение за ЕИП)

(2010/13/ЕО)

КОМИСИЯТА НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ,

като взе предвид Договора за създаване на Европейската общност, и по-специално член 88, параграф 2, първа алинея от него,

като взе предвид Споразумението за Европейското икономическо пространство, и по-специално член 62, параграф 1, буква а) от него,

като покани заинтересованите страни да представят своите коментари в съответствие с посочените по-горе разпоредби⁽¹⁾ и като взе предвид техните коментари,

като има предвид, че:

1. ПРОЦЕДУРА

- (1) С писмо от 30 април 2008 г., заведено като получено от Комисията на същата дата, немските органи уведомиха Комисията за две мерки, свързани със задължение за облагане с търговски данък и с освобождаване от ограничението за пренасяне на загуби в бъдещи периоди (N 221/08), за целите на правната сигурност. С писма от 26 юни и 23 октомври 2008 г. Комисията поиска допълнителна информация. Германия отговори с писма от 24 юли и 21 ноември 2008 г., заведени като получени на същия ден.
- (2) С писмо от 22 август 2008 г., заведено като получено от Комисията на същия ден, немските органи уведомиха Комисията за трета мярка за данъчни облекчения за частни инвеститори (N 413/08) за целите на правната сигурност. На 9 октомври 2008 г. се състоя среща между немските органи и ГД „Конкуренция“. След това Германия предостави допълнителна информация с писмо от 19 ноември 2008 г., заведено като получено на същия ден.

- (3) На 28 януари 2009 г. Комисията откри официалната процедура по разследване на всички три мерки. Резюмето на решението беше публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз* на 14 март 2009 г.⁽²⁾ Немските органи представиха своите коментари в писмо от 3 март 2009 г., заведено като получено на същия ден. Трети страни представиха своите мнения в писма от 9 и 14 април 2009 г., заведени като получени на същия ден. Германия беше уведомена за тези коментари на 23 април 2009 г. и представи отговорите си в писмо от 22 май 2009 г., заведено като получено на същия ден.

2. ОПИСАНИЕ

2.1. Цел на мерките и бюджет

- (4) Уведомленията касаят три данъчни мерки и включват две определения на получатели. Всички мерки са включени в Закона за подобряване на рамковите условия за капиталови инвестиции (*Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen*, наричан по-долу „MoRaKG“). Тези мерки имат общата цел да подпомогнат предоставянето на частен рисков капитал на специфична група от дружества, определени като „целови предприятия“ (наричани по-долу „ЦП“).
- (5) Първата мярка (заведена под номер N 221/08) има за цел да подпомогне предоставянето на рисков капитал посредством прилагането на специфични критерии за допустимост по отношение на „дружества за рисков капитал“ (наричани по-долу „ДРК“) за освобождаване от облагане с търговски данък (*Gewerbesteuerpflicht*). Германия оценява загубите от данъчни постъпления в резултат на тази мярка на 90 млн. EUR годишно.
- (6) Втората мярка (също заведена под номер N 221/08) смекчава ограничителните правила против злоупотреби, свързани с приспадането на загубите, като позволява на ЦП да пренасят загубите в бъдещи периоди, ако дадено ДРК придобие техните акции. Германия оценява загубите от данъчни постъпления в резултат на тази мярка на 385 млн. EUR годишно.

⁽¹⁾ ОВ С 60, 14.3.2009 г., стр. 9.

⁽²⁾ Вж. бележка под линия 1.

(7) Съгласно третата мярка (заведена под номер N 413/08) физически лица, които инвестират в ЦП (наричани по-долу също така „частни инвеститори“), имат право на облекчения във връзка с данъка върху дохода в случай на капиталови печалби в резултат на освобождаване от инвестиции. Въпреки че данъчното предимство се предоставя пряко на частните инвеститори, ЦП могат да бъдат непряко облагодетелствани от тази мярка, като получат повече инвестиции. Германия оценява загубите от данъчни постъпления в резултат на тази мярка на 30 млн. EUR.

2.2. Получатели на мерките за помощ

(8) Получателите на трите данъчни мерки в MoRaKG са ДПК и ЦП според определението в MoRaKG и частни инвеститори, предимно „бизнес ангели“, както следва:

	Мярка за търговски данък	Освобождаване от забраната за пренасяне на загубите за бъдещи периоди	Облекчение на данъка върху дохода
ДПК	пряка	непряко	не
ЦП	не	пряко	непряко
Физически лица	не	не	пряко

(9) ДПК са дружества, признати като такива от Федералния орган за финансов надзор (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht — BaFin*), които не са регистрирани като дружества за капиталови инвестиции⁽³⁾ (*Unternehmensbeteiligungsgesellschaft*) едновременно с това. Допълнителни критерии за квалифициране като ДПК са следните:

— Целите, определени в техния устав, трябва да бъдат придобиване, участие, управление и продажба на дялови участия в рисков капитал. 70 % от общите активи, управлявани от ДПК, трябва да бъдат дялови участия в ЦП.

— Тяхното седалище (*Sitz*) и корпоративното им управление (*Geschäftsleitung*) трябва да се намират в Германия.

— Техният начален капитал (*Grundkapital*) или вноските, направени от членовете им съгласно устава на дружеството, трябва да възлизат на не по-малко от 1 млн. EUR.

⁽³⁾ Дружествата за капиталови инвестиции се регистрират в компетентната върховна служба на съответната провинция (*Oberste Landesbehörde*). След тази регистрация подобни дружества могат да извършват всички видове частни капиталови инвестиции.

— Те трябва да имат поне двама управители, които трябва да са надеждни и с подходяща квалификация за управление на ДПК.

(10) ЦП трябва да бъдат капиталови дружества (*Kapitalgesellschaft*) и да отговарят на следните условия:

— Тяхното седалище и корпоративното им управление трябва да се намират в държава, която е страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство.

— Към момента на придобиване на участие от страна на ДПК, те трябва да имат собствен капитал в размер на не повече от 20 млн. EUR.

— Те трябва да са били създадени не по-рано от десет години преди момента на придобиването на участие от страна на ДПК.

— Към момента на придобиване на участие от страна на ДПК, те не трябва да разполагат с никакви ценни книжа (*Wertpapiere*), допуснати или търгувани на организиран пазар или еквивалентен пазар.

(11) Мярката не дава допълнителни подробности за определението за ЦП по отношение на определението за дружества в затруднение⁽⁴⁾.

2.3. Търговски данък

2.3.1. Контекст

(12) Немският търговски данък (*Gewerbesteuer*) се събира от местните органи във връзка с икономически дейности, извършвани от даден стопански субект на територията на дадена общност/община. Идеята е, че тези стопански субекти следва да заплащат вноски за разходите за местната инфраструктура, която използват. Търговският данък се заплаща от всички предприятия, независимо от правния им статут, ако извършват търговска дейност (*gewerblich tätig*) по смисъла на Закона за търговския данък и данъка върху дохода. Капиталовите дружества (*Kapitalgesellschaften*) винаги се считат за дружества, които извършват търговска дейност. При партньорствата (*Personengesellschaft*) се прави разлика по отношение на тяхната дейност: ако дадено дружество е учредено като партньорство и извършва единствено дейности по управление на активи (*vermögensverwaltend*), то не подлежи на облагане с търговски данък. От друга страна, партньорствата, които извършват търговски дейности, подлежат на облагане с търговски данък.

⁽⁴⁾ Насоки на Общността за държавните помощи за оздравяване и реструктуриране на предприятия в затруднение (ОВ С 244, 1.10.2004 г., стр. 2).

(13) Федералното министерство на финансите издаде писмо ⁽⁵⁾ (наричано по-долу „писмото от 2003 г.“) относно разликата между търговски дейности и дейности по управлението на активите на фондове за рисков капитал и фондове за частни капиталови инвестиции (наричани по-долу „ФРК/ФЧКИ“). Съгласно това писмо ФРК/ФЧКИ подлежат на облагане с търговски данък, ако тяхната дейност се счита за търговска дейност. При все това, ако извършват само управление на активи, те не подлежат на облагане с търговски данък. Това писмо от 2003 г. се основава на решение на Федералния финансов съд (BFH) от 25 юли 2001 г. ⁽⁶⁾, съгласно което ФРК/ФЧКИ не извършват търговска дейност, ако са спазени следните критерии:

— те не използват банкови заеми/не приемат обезпечения;

— те не разполагат с широкообхватна отделна организация за управление на фондовия портфейл, размерът на дейността не надхвърля необходимото за частни активи в голям размер ⁽⁷⁾;

— те не извличат пазарни ползи посредством използването на професионален опит;

— те не извършват публично предлагане/не търгуват за собствена сметка;

— те не извършват краткосрочно инвестиране;

— те не извършват повторно инвестиране на приходите от продажба;

— те не извършват собствена търговска дейност в портфейлни дружества (*eigenes unternehmerisches Tätigwerden in den Profoliogesellschaften*);

— не са налице търговски характер или търговска „инфекция“ (*gewerbliche Infektion*) ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Облагане с данък върху доходите на фондове за рисков капитал и фондове за частни капиталови инвестиции; разграничаване на управлението на частни активи; писмо на BMF от 20 ноември 2003 г., Федерален данъчен вестник (*Bundessteuerblatt — BStBl*) 2004 г., част I, № 1, стр. 40.

⁽⁶⁾ BStBl II 2001 г., стр. 809.

⁽⁷⁾ Фондът може да не поддържа широкообхватна отделна организация за управление на фондовия портфейл. Ако фондът управлява собствен офис, това не би навредило, при условие че офисът не надхвърля необходимото за частни активи в голям размер.

⁽⁸⁾ „Търговска инфекция“, наричана „преквалифициране на доходите“ (*Abfärbetheorie*), е налице, ако например дадено предприятие, което е освободено от търговски данък, започне да извършва допълнителна търговска дейност, която на свой ред причини „заразяване“ и доведе до задължение за облагане с търговски данък за цялото предприятие, дори ако търговската дейност представлява само незначителна част от цялостната дейност.

(14) По същество тези критерии целят поясняване на традиционното разграничение, заложено в немския данъчен закон, между търговски и нетърговски дейности на ФРК/ФЧКИ. Управлението на активи се счита за нетърговска дейност. Разграничението между търговски и нетърговски дейности е много фино и предмет на множество решения на съда, *inter alia* на Федералния финансов съд. Като общо правило ФРК или ФЧКИ извършват търговски дейности, когато търговията с активи (кратки периоди между закупуването и продажбата на активи, например ценни книжа) представлява значителна част от техните дейности ⁽⁹⁾.

2.3.2. Разяснение по отношение на търговския данък съгласно MoRaKG

(15) Съгласно уведомлението член 1, раздел 19 от MoRaKG включва „разяснение“ на писмото от 2003 г. и се твърди, че няма съществена разлика между двете.

(16) Съгласно разпоредбата по-горе ДПК, учредени като партньорство, които извършват единствено придобиване, участие, управление и продажба на дялови участия в рисков капитал и притежават дялови участия само в капиталови дружества, се третират за целите на данъка върху дохода като дружества, извършващи дейности по управление на активи. ДПК се лишават от „нетърговския“ си статут по-специално в случаите, когато участват в някоя от следните или в подобни дейности:

— краткосрочна продажба на дялови участия в рисков капитал и други дялови участия в дружества със седалище и корпоративно управление в държава, която е страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство;

— сделки с парични пазарни инструменти ⁽¹⁰⁾; сделки с банкови депозити, сключвани с кредитни институции със седалище в държава, която е страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство; сделки с инвестиционни дялове ⁽¹¹⁾;

⁽⁹⁾ „Търговска дейност“ се определя като независима, дълготрайна дейност, упражнявана с цел печалба (не като хоби), която може да се характеризира като участие в общи икономически сделки (надхвърлящи услугите, извършвани за семейството или приятелите) и която не представлява нито селскостопанска дейност, нито професия (адвокат, доктор, човек на изкуството или учител). Управлението на активи се определя като дейност, характеризираща се с използването на активи в смисъл на извличане на преимущества от вътрешно присъщите стойности, които трябва да бъдат получени, и на използването на значителни активи чрез преразпределяне не е даден определен приоритет. Определянето като търговска дейност или управление на активи е от съществено значение за инвестициите в ценни книжа или недвижимо имущество. Ако е налице търговски приход, всички капиталови печалби са облагаеми с данък и подлежат на облагане с търговски данък. Когато дейността се изразява единствено в управлението на активи (*Vermögensverwaltung*), приходите от различните източници се облагат с данък, но евентуална продажба на присъщите активи може да бъде освободена от облагане с данък върху капиталовата печалба (и също така от търговски данък).

⁽¹⁰⁾ По смисъла на член 48 от Закона за инвестициите.

⁽¹¹⁾ По смисъла на член 50 от Закона за инвестициите.

- консултантски услуги за ЦП, в които дадено ДРК има дялово участие, предоставяне на заеми и гаранции на ЦП, в което дадено ДРК има участие, теглене на заеми и издаване на права на участие в печалбата (*Genussrechte*) и облигации;
 - повторни инвестиции на постъпленията от продажбата на дялови участия в рисков капитал и други дялови участия в дружества със седалище и център на управление в държава, която е страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство;
 - извличане на пазарни ползи посредством използването на професионален опит.
- (17) Придобиването и поддържането на собствени стопански помещения и подходяща стопанска организация не възпрепятстват ДРК да бъде разглеждано като дружество, извършващо дейности по управление на активи. При все това дейностите съгласно съображение 16 по-горе могат да се извършват от дъщерно дружество, което се притежава изцяло от ДРК.

2.4. Пренасяне на загуби в бъдещи периоди

2.4.1. Въведение

- (18) Загубите, претърпени от дружество през дадена данъчна година, обикновено могат да бъдат пренесени в следващите години. Това означава, че те могат да бъдат приспаднати от печалбите през бъдещи данъчни години. Пренасянето на загуби позволява загубите да бъдат отчетени в рамките на жизнения цикъл на дружеството. Това обаче също така позволява злоупотреба под формата на „подставени дружества“ — дружества, които са прекратили своята дейност, но независимо от това са продадени, тъй като пренасянето на техните загуби представлява реална стойност: купувачите на такива подставени дружества печелят от компенсирателното с бъдещите облагаеми печалби и по този начин плащат по-малък данък в зависимост от приложимата данъчна ставка.
- (19) Германия въведе мерки за предотвратяване на злоупотреби по отношение на „трафика“ на загуби в немския Закон за корпоративния данък (наричан по-долу „ЗКД“). Законът за продължаването на реформата на корпоративния данък от 1997 г. прекрати „трафика“ на загуби под формата на подставени дружества. Германия затегна мерките против злоупотреби със Закона за реформа на корпоративното данъчно облагане от 2008 г. (*Unternehmenssteuerreformgesetz 2008*). Този закон обхваща всички промени в

прякото и непрякото дялово участие от над 25 % в рамките на пет години. ЗКД предвижда пропорционално приспадане на загубите, ако в рамките на пет години повече от 25 % от записания капитал, правата на членство, правата на участие или правото за пряко или непряко гласуване бъдат прехвърлени на купувач. Неизползваните загуби не подлежат на приспадане, ако в рамките на пет години повече от 50 % от капитала или горепосочените права се прехвърлят пряко или непряко на купувач.

2.4.2. Законът MoRaKG

- (20) Законът MoRaKG би либерализирал правилата за пренасяне на загуби за ЦП, придобити от ДРК, тъй като би позволил ЦП със значително изменена структура на собственост да пренасят загуби, които иначе биха изгубили своята давност в обхвата на общото правило.
- (21) Съгласно член 4 от MoRaKG, в случай на пряко придобиване от ДРК на дял в ЦП, загубите на ЦП продължават да подлежат на приспадане до размера на скритите резерви на облагаемите национални активи на ЦП. Същото се прилага и в случай на пряко придобиване от дружество, различно от ДРК, на дял в ЦП от ДРК, ако:
- при придобиването на дела ЦП разполага с капитал, който не надвишава 20 млн. EUR, или
 - при придобиването на дела ЦП разполага с капитал, който не надвишава 100 млн. EUR, и увеличаването на капитала в размера над 20 млн. EUR произтича от годишни печалби през четирите финансови години, предхождащи продажбата;
 - периодът между покупката и продажбата на дела в ЦП от ДРК е поне четири години.
- (22) До една пета от загубите, подлежащи на приспадане, може да бъде приспадната съгласно разпоредбите за приспадане на загуби в Закона за данъка върху дохода през годината на придобиването; през всяка от следващите четири години тази стойност се увеличава с още една пета от загубите, подлежащи на приспадане.

2.5. Данъчни облекчения за частни инвеститори

2.5.1. Въведение

- (23) MoRaKG има за цел да насърчи частните инвеститори, като например бизнес ангелите, да инвестират в ЦП, като предвижда данъчно предимство за печалбите, реализирани от техните инвестиции.

- (24) Съгласно член 1, параграф 20 от MoRaKG капиталовите печалби от продажбата на акции в ЦП се разделят пропорционално между инвеститорите в зависимост от тяхното участие. Получената стойност се взема предвид при данъчното облагане на приходите на частни инвеститори/бизнес ангели.
- (25) Данъчното предимство се прилага само в случай на реализирана капиталова печалба. Делът на частните инвеститори/бизнес ангелите в ЦП трябва да е между 3 % и 25 % във всеки момент в рамките на предходните пет години с максимално продължителност на участие от десет години. Всеки частен инвеститор/бизнес ангел има право на необлагаема печалба до 50 000 EUR (200 000 EUR по 0,25) на инвестиция, което съответства на максимално участие от 25 %. Следователно максималното данъчно предимство за индивидуален бизнес ангел и за индивидуална инвестиция е приблизително 22 500 EUR в съответствие с изчисленията на Германия. Данъчното предимство се намалява пропорционално за печалба над 800 000 EUR на инвестиция и не се прилага изобщо ако общата печалба достигне 1 000 000 EUR.

3. СЪМНЕНИЯ, ИЗРАЗЕНИ В РЕШЕНИЕТО ЗА ОТКРИВАНЕ НА ПРОЦЕДУРАТА

- (26) Както бе посочено в съображение 3, на 28 януари 2009 г. Комисията реши да открие официалната процедура по разследване (наричано по-долу „решението за откриване на процедурата“). В решението за откриване на процедурата Комисията изрази предварителното си становище, че всички три мерки представляват държавна помощ.

3.1. Наличие на държавна помощ при мярката за търговски данък

- (27) Въз основа на сравнение между писмото от 2003 г. и „разяснението“ в MoRaKG, Комисията изрази съмнения дали твърдението от страна на Германия, че MoRaKG само създава законово „разяснение“ на писмото от 2003 г., е правилно, тъй като изглежда, че законът би предоставил определени данъчни предимства за новосъздадената специфична категория дружества за рисков капитал, определени в MoRaKG. Действително, изглежда, че „разяснението“ се отклонява от писмото от 2003 г. и може да разреши не толкова строги критерии за някои ДРК за освобождаване от търговски данък.
- (28) Въз основа на тези съмнения Комисията отбеляза, че мярката за търговски данък поставя в по-благоприятно положение определени ДРК в сравнение с други инвестиционни дружества, които да извършват точно същите или подобни дейности. Освен това освобождаването от търговски данък би довело до загуба от данъчни постъпления в размер на около 90 млн. EUR годишно,

което би могло да показва, че MoRaKG не просто „разяснява“ писмото от 2003 г.

3.2. Наличие на държавна помощ при мярката за пренасяне на загуби в бъдещи периоди

- (29) По принцип Германия не е изключила възможността мярката за пренасяне на загуби в бъдещи периоди да е избирателна и следователно да поставя в по-благоприятно положение ЦП и ДРК. Германия обаче заяви, че това е оправдано от естеството и логиката на немската данъчна система. Тъй като според Германия въвеждането на общото ограничение за приспадането на данъчните загуби през 2008 г. се е отразило особено силно на пазара на рисков капитал, възможността за приспадането на данъчните загуби следва да продължи да съществува за този пазар и поради това мярката отговаря на критериите, изложени в известието на Комисията относно прилагането на правилата за държавна помощ по отношение на мерките за пряко данъчно облагане на дружества⁽¹²⁾ (наричано по-долу „Известие за данъчно облагане на дружества“).
- (30) При все това Комисията отбеляза, че другите инвестиционни дружества (извън обхвата на определението за ДРК) не трябва да бъдат изключени, ако мярката е обоснована от естеството и логиката на немската данъчна система, тъй като дружествата, различни от ДРК, може също да инвестират в ЦП и следва да се облагодетелстват от същото право за приспадане на загубите. Случаят обаче не е такъв, тъй като ЦП, притежавани съвместно от дружества, различни от ДРК, могат да пренасят своите загуби, само ако различното от ДРК дружество е закупило своето участие от ДРК при условията, описани в съображение 21.
- (31) Германия също така заяви, че мярката не влияе на търговията между държавите-членки по смисъла на член 87, параграф 1 от Договора за ЕО, тъй като има „вътрешна цел“, която е съвместима с Известието за данъчно облагане на предприятията. Мярката представлява единствено изключение от строго правило, което няма еквивалент в другите държави-членки; следователно тя не може да окаже никакво трансгранично влияние върху конкуренцията или търговията.
- (32) Комисията обаче отбеляза, че получателите на тази мярка биха могли да участват в търговия с други държави-членки и поради това мярката може да окаже влияние върху търговията. Освен това, при определяне дали дадена данъчна мярка предоставя избирателно предимство на определени предприятия, трябва да се проучи общоприложимата система в засегнатата държава-членка; въпросът кои правила следва да се прилагат в други държави-членки по принцип е без значение.

⁽¹²⁾ ОВ С 384, 10.12.1998 г., стр. 3.

3.3. Наличие на държавна помощ при данъчните облекчения за частни инвеститори

- (33) Германия заяви, че получателите на тази мярка са физически лица и следователно тя не представлява държавна помощ. При все това, тъй като мярката прави инвестициите в определени дружества (ЦП) по-привлекателни за инвеститорите, тя може непряко да постави в по-благоприятно положение някои предприятия, а именно ЦП⁽¹³⁾.
- (34) Следователно Комисията счете, че критериите за „предимство“ и „избирателност“ са изпълнени. Освен това, прилагането на мярката би довело до намаляване на данъчните постъпления с около 30 млн. EUR годишно.

3.4. Съвместимост с Насоките на Общността относно държавните помощи за насърчаване на инвестициите в рисков капитал в малки и средни предприятия

- (35) Комисията постави под съмнение съвместимостта на мерките с Насоките на Общността относно държавните помощи за насърчаване на инвестициите в рисков капитал в малки и средни предприятия⁽¹⁴⁾ (наричани по-долу „Насоки за рисков капитал“), тъй като в Насоките за рисков капитал се предвижда, че държавна помощ под формата на рисков капитал не може да бъде предоставена на големи предприятия⁽¹⁵⁾, дружества в затруднение и дружества в корабостроителната, въгледобивната и стоманодобивната промишленост. При все това в настоящия случай посочените по-горе предприятия могат да се облагодетелстват от мерките; поради това обхватът на мерките (по отношение на получателите) не е съгласуван с Насоките за рисков капитал.
- (36) В допълнение, съгласно точка 4.3 от Насоките за рисков капитал, държавната помощ трябва да е насочена към специфичен пазарен проблем, за чието съществуване има достатъчно доказателства. Германия не представи такова доказателство.
- (37) Последно, Комисията също така постави под съмнение дали другите изисквания в глава 4 от Насоките за рисков капитал са спазени. В допълнение, Комисията

⁽¹³⁾ Фактът, че данъчно предимство за физически лица, инвестиращи в определени дружества, може да представлява помощ за тези дружества, беше потвърден от Съда (вж. Дело C-156/98, *Германия срещу Комисията*, Сб. (2000 г.), I-06857).

⁽¹⁴⁾ ОВ С 194, 18.8.2006 г., стр. 2—21.

⁽¹⁵⁾ Определението на ЦП в MoRaKG не отговаря на определението за МСП на ЕС. Например, по отношение на условието, че към момента на придобиване на участие от страна на ДРК ЦП трябва да притежава собствен капитал, който не надвишава 20 млн. EUR, Комисията отбелязва следното: общата сума на счетоводния баланс се равнява на сбора от собствения капитал и пасивите. Пасивите обикновено представляват значително по-голяма сума от собствения капитал. Следователно прагът на общата сума на счетоводния баланс от 43 млн. EUR за МСП лесно може да бъде превишен от ЦП. Освен това, ограничението за 250 служители и 50 млн. EUR оборот не са включени в определението на ЦП.

отбеляза, че ограничаването на данъчното предимство до ДРК, които инвестират в капиталови дружества, изглежда противоречи на заявената цел на мярката, а именно насърчаване предоставянето на рисков капитал на всички дружества, които имат нужда от такъв. В действителност, новосъздадени иновативни дружества, които се нуждаят от рисков капитал, биха могли да се учредяват под правни форми, различни от капиталови дружества. По този начин новосъздадените иновативни дружества под формата на партньорство няма да се облагодетелстват от мярката.

3.5. Съвместимост с общия пазар

- (38) Комисията изрази съмнения относно съвместимостта на мерките с правилата на общия пазар. За да бъде определено дадено предприятие като ДРК, неговото седалище (Sitz) и корпоративно управление трябва да се намират в Германия. Изглежда някои предприятия, по-специално постоянни стопански обекти/клонове и дъщерни предприятия на дружества от ЕО и ЕИП със седалище (Sitz) извън Германия, не биха отговаряли на критериите за допустимост. Това условие може да възпрепятства свободата на установяване по смисъла на член 43 от Договора за ЕО.
- (39) Германия твърди, че BaFin не може да осъществява надзор по отношение на дружества със седалище извън Германия и те биха се ползвали с неоправдано конкурентно предимство пред немските ДРК. Комисията обаче постави под съмнение идеята, че по отношение на постоянните стопански обекти на чуждестранни дружества, регистрирани в Германия, които де факто се конкурират с ДРК, не може да се осъществява надзор с други средства. Следователно в тогавашния момент Комисията заключи, че няма основание за изключването на такива предприятия от схемата. Поради същата причина Комисията изрази съмнения дали въпросните мерки биха могли да се обявят за съвместими с общия пазар.

4. КОМЕНТАР НА ГЕРМАНИЯ ОТНОСНО РЕШЕНИЕТО ЗА ОТКРИВАНЕ НА ПРОЦЕДУРАТА

- (40) С писмо от 3 март 2009 г. Германия представи своите коментари относно решението за откриване на процедурата, предвидена в член 88, параграф 2 от Договора за ЕО. Коментарите се отнасят за всички три мерки. Накратко, Германия повтори становището си, че тези мерки не представляват държавна помощ.

4.1. Мярката за търговски данък

- (41) Германия повтори становището си, че мярката за търговски данък не освобождава дружествата от търговски данък. Тя по-скоро изяснява разликата между търговски дейности и дейности по управлението на активи и следователно има единствено декларативна

стойност (*deklaratorische Bedeutung*). Окончателната оценка дали дружество за рисков капитал извършва търговска дейност или дейност по управление на активи се прави в съответствие със съдебната практика на немския Върховен съд, резюмирана в писмото от 2003 г.

- (42) По отношение на изчислените загуби от данъчни постъпления в размер на 90 млн. EUR Германия обясни, че очаква разяснението на MoRaKG да доведе до сключване на по-малко „дефектни“ договорни спогодби (*verunglückte Vertragsgestaltungen*), при които данъци се дължат единствено поради неправилните условия в договора.

4.2. Мярката за пренасяне на загуби в бъдещи периоди

- (43) Германия повтори становището си, че правилата за приспадане на загубите на равнището на ЦП са оправдани поради естеството и логиката на данъчната система, дори ако инвестиционните компании, попадащи извън обхвата на определението на MoRaKG, също инвестират в ЦП.
- (44) Германия заяви, че разграничението между ДРК и другите инвестиционни компании е в рамките на свободата на преценка на законодателния орган (*Gestaltungsspielraum*), тъй като между ДРК и другите инвестиционни компании съществуват обективни разлики. Съответно по силата на параграф 24 от Известието за данъчно облагане на дружествата различното третиране е обосновано.
- (45) Освен това ДРК се намират в специално положение. Тъй като те обикновено инвестират в ЦП с пренасяне на загубите в бъдещи периоди, втората мярка не е държавна помощ, а компенсация за специфичните недостатъци (*Nachteilsausgleichsregelung*) на настоящата система по отношение на сектора за рисков капитал.

4.3. Данъчни облекчения за частни инвеститори

- (46) Германия счита, че мярката за данъчни облекчения няма осезателно влияние върху търговията между държавите-членки, по-специално поради факта, че данъчното облекчение за инвеститор е ограничено до 22 500 EUR. В допълнение, тези правила се прилагат по еднакъв начин към ЦП със седалище в други държави-членки, без да се прави разлика между немски ЦП и ЦП от други държави-членки.
- (47) Германия също така изтъква, че преките получатели са физически лица, които не са обхванати от правилата за държавни помощи. Освен това Германия подчертава, че поради специфичната структура на мярката на ЦП не се предоставя предимство, позволяващо количествено изражение (*kein irgendwie quantifizierbarer Vorteil*), което на свой ред елиминира елемента на помощ на мярката.

- (48) Германия обяснява, че данъчното облекчение е свързано с продажбата на дяловото участие в ЦП (*Veräußerungsvorgang*) и следователно няма пряка връзка с инвестицията.

4.4. Нарушаване на свободата на установяване

- (49) Съгласно становището на Германия MoRaKG не нарушава свободата на установяване в съответствие с член 43 от Договора за ЕО, тъй като ограничаването на свободата на установяване би било обосновано, ако изискването за седалище предоставяше единствената възможност да се гарантира спазването на правните условия.

5. КОМЕНТАРИ НА ТРЕТИ СТРАНИ

- (50) С писма от 9 април 2009 г. (*Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften* — Германска асоциация за частни капиталови инвестиции и рисков капитал e.V. (BVG)) и 14 април 2009 г. (*Biotechnologie-Industrie-Organisation Deutschland e.V. (BIO)* и *Business Angels Network Deutschland e.V. (BAND)*), три заинтересовани страни представиха своите коментари относно решението за откриване на процедурата.

5.1. Забележки на трети страни относно търговския данък

- (51) BVK заяви, че въвеждането в MoRaKG на правни критерии за класифициране на ДРК като „нетърговско“ за данъчни цели не води до данъчен стимул за ДРК. Напротив, MoRaKG допълнително ще допринесе за несигурността в този сектор.
- (52) Съгласно BVK „разяснението“ е не по-малко строго от писмото от 2003 г., тъй като Финансовата комисия на немския Бундестаг възприе позиция, според която писмото от 2003 г. продължава да се прилага паралелно с MoRaKG⁽¹⁶⁾. В резултат на това общите разпоредби, определени в член 1, параграф 19 от MoRaKG, следва да бъдат конкретизирани чрез писмото от 2003 г. В следствие на тази незадоволителна регулаторна техника критериите, съдържащи се в писмото от 2003 г., също продължават да се прилагат за ДРК. Поради това според становището на BVK, загубата на данъчни постъпления, изчислена от Федералното правителство на приблизително 90 млн. EUR, трудно може да бъде подкрепена с доказателства.
- (53) BVK изрично препоръчва еднакви рамкови условия за националните и чуждестранните дружества за частни капиталови инвестиции — по-специално за тези от други държави-членки на Европейския съюз — и техните национални и чуждестранни инвеститори в Германия.

⁽¹⁶⁾ Вж. становището на Финансовата комисия на Бундестага, BT-Drucks. 16/9829, стр. 5 *et seq.*: „За тълкуването на правната разпоредба, предишното нареждане остава приложимо на субсидиарен принцип;“ (*„zur Auslegung der gesetzlichen Regelung bleibe deshalb der bisherige Verwaltungserlass ergänzend anwendbar“*).

- (54) ВЮ твърди, че MoRaKG не предоставя на дружествата за рисков капитал преференциално освобождаване от търговски данък. MoRaKG цели да определи в закон една вече обичайна практика, удостоверена в писмото от 2003 г., на освобождаване на фондовете за управление на активи от търговски данък.

5.2. Наблюдения на трети страни относно пренасянето на загуби в бъдещи периоди

- (55) BVK е на мнение, че немският законодателен орган трябва да третира националните и чуждестранните дружества за рисков капитал и частни капиталови инвестиции по еднакъв начин като дружествата за рисков капитал по смисъла на MoRaKG. BVK също така смята, че тази цел може да бъде постигната само посредством еднакви общи правни и фискални рамкови условия за всички дружества за частни капиталови инвестиции. BVK предлага тези дружества за рисков капитал, които не попадат в определението на MoRaKG, да получат възможност да се възползват от приспадането на загуби по недискриминационен начин. BVK потвърждава, че забраната за приспадане на загуби, съдържаща се в ЗКД, до голяма степен затруднява инвестициите на дружествата за рисков капитал и частни капиталови инвестиции.
- (56) ВЮ Deutschland гледа на MoRaKG като на подобряване на статуквото по отношение на пренасянето на загуби в бъдещи периоди. ВЮ съсредоточава вниманието си върху пренасянето на загубите за бъдещи периоди и заключава, че планираното облекчаване на неблагоприятно положение не представлява помощ. Тъй като иновативните МСП са преди всичко тези предприятия, поставени в неблагоприятно положение от съществуващите правила за приспадане на загуби, на MoRaKG следва да се гледа като на разпоредба за компенсиране на данъчни неравенства (*Steuerbenachteiligungsausgleichsregelung*). ВЮ твърди, че MoRaKG дава възможност за разграничаване на дружествата за капиталови инвестиции, които предоставят капитал за предприятието, по ясен и необходим начин.

5.3. Наблюдения на трети страни относно данъчните облекчения за частни инвеститори

- (57) BVK изразява удовлетворение от общата цел на данъчните облекчения за частни инвеститори, заложен в MoRaKG. За BVK мярката за данъчни облекчения представлява разумен стимул за физически лица, които инвестират във високорисковия сектор на финансирането на ранен етап, към който е насочен MoRaKG.
- (58) BAND подчертава, че такива данъчни облекчения за частни лица, инвестиращи в новосъздадени дружества, са често срещани и по-големи в някои други държави-членки. BAND изразява удовлетворение от въвеждането на данъчни предимства за частни инвеститори и затова приветства MoRaKG. Същевременно BAND изразява съмнения дали MoRaKG ще окаже някакво осезателно стимулиращо влияние върху бизнес ангелите предвид доста ниските данъчни предимства, които се реализират само при успешното излизане от инвестицията. BAND счита, че поради процедурата за частични приходи (*Teileinkünfteverfahren*) максималното данъчно предимство за

един инвеститор е около 14 210 EUR, а не около 22 500 EUR, както посочи Германия. Освен това BAND счита, че непряката помощ за ЦП в действителност винаги би била под праговете на правилото *de minimis* от 200 000 EUR. Предимство би било налице, ако въобще такова предимство се материализира, единствено към момента на напускане на инвеститора.

- (59) ВЮ заключава, че максималното предимство, предоставено на частен инвеститор, което е възможно, само когато са изпълнени определени условия, е 22 500 EUR. Тази сума е минимална, не е свързана с инвестицията (поскоро е в резултат на продажбата на дялови участия) и следователно не може да се прехвърли на ЦП.

6. КОМЕНТАРИ НА ГЕРМАНИЯ ОТНОСНО ЗАБЕЛЕЖКИТЕ НА ТРЕТИ СТРАНИ

- (60) С писмо от 22 май 2009 г. Германия реагира на забележките на заинтересованите страни.

6.1. Мярката за търговски данък

- (61) Германия отбеляза, че въпреки отправените към MoRaKG критики BVK потвърждава, че MoRaKG не се отклонява от правния ред по отношение на разликата между търговските дейности и дейностите по управление на активи.

6.2. Мярка за пренасяне на загуби в бъдещи периоди

- (62) Германия отбелязва, че предложението на BVK за разширяване обхвата на мярката, така че да обхване целия сектор на частните капиталови инвестиции, би довело до неоснователни неочаквани печалби (*ungerechtfertigte Mitnahmeeffekte*). С цел ясно насочване на мярката Германия е избрала необходимото разграничение.
- (63) Германия подчертава, че аргументите на ВЮ подкрепят становището ѝ, че MoRaKG предвижда съгласувано разграничение на основата на обективни критерии, за да се избегне прекомерното приспадане на загуби (*Verlustausnutzung*).

6.3. Данъчни облекчения за физически лица

- (64) Германия счита, че коментарите на заинтересованите страни подкрепят нейното становище, че мярката, която е непряка, незначителна, ориентирана към печалба и насочена към ЦП навсякъде в ЕС, не представлява държавна помощ.

7. ОЦЕНКА

7.1. Наличие на държавна помощ

7.1.1. Мярката за търговски данък

- (65) Официалната процедура по разследване не разсея съмненията на Комисията по отношение на твърдението за правно „разяснение“ на писмото от 2003 г. в MoRaKG във връзка с освобождаване от задължението за търговски данък.

- (66) Германия изчислява, че тази мярка ще доведе до загуба на данъчни постъпления в размер на 90 млн. EUR годишно. Тя обяснява тази загуба с по-малко „дефектни договорни спогодби“. Комисията счита тази обосновка за неубедителна. В действителност е трудно да се повярва, че дружествата за рисков капитал разполагат с толкова слаби знания по отношение на данъчното законодателство, че да не са в състояние да избегнат такива „дефектни договорни спогодби“ и съответните данъчни задължения. Освен това позицията на Комисията ясно се подкрепя от трети страни, тъй като BVK заключава, че MoRaKG допълнително ще допринесе за несигурността в сектора.
- (67) Във всеки случай Комисията отбелязва, че без съмнение мярката ще доведе до загуба на държавни ресурси, които в противен случай (в предходната ситуация) биха се полагали на държавата. Поради това Комисията заключава, че мярката се предоставя с държавни ресурси.
- (68) Независимо от въпроса по отношение на съвместимостта на писмото от 2003 г. с естеството и логиката на немската данъчна система, който е без значение в настоящия случай, в своето решение за откриване на процедурата Комисията отбелязва, че MoRaKG изглежда се отклонява от писмото, предвид следното:
- ДПК могат да търсят инвеститори чрез оферти към широката общественост, което не се допуска от писмото от 2003 г.;
 - Съгласно MoRaKG ДПК могат да поддържат офиси и да организират дейността си по стопански начин (*geschäftsmässig*), докато писмото от 2003 г. не позволява „широкообхватна собствена организация“ и ограничава броя на офисите и на заетите до необходимото за „частни активи в голям размер“ (*privates Großvermögen*);
 - MoRaKG не забранява изрично на ДПК да извършват търговска дейност в портфейлни дружества, докато писмото от 2003 г. не разрешава „търговска дейност в портфейлни дружества“, както е посочено в съображение 13.
- (69) Получените коментари по време на официалното разследване не разсеяха тези съмнения. Поради това Комисията заключава, че MoRaKG увеличава потенциалната група на получателите, които не се облагат с търговски данък, тъй като някои ДПК, които съгласно писмото от 2003 г. са били облагани с търговски данък, евентуално могат да бъдат освободени от търговски данък съгласно MoRaKG. Поради това разглежданата мярка предоставя данъчно предимство на определени ДПК, тъй като им дава възможност да извършват определени дейности в бъдещи периоди и въпреки това да останат освободени от данъчно облагане, за разлика от всички други ФРК/ФЧКИ, които подлежат единствено на разпоредбите в писмото от 2003 г. и поради това ще бъдат обложени с данък, ако извършват тези дейности.
- (70) В допълнение, мярката предоставя изборително предимство само на определени ДПК, които попадат в обхвата на MoRaKG в сравнение с ФРК/ФЧКИ. В действителност, ДПК се облагодетелстват от тази мярка, само ако отговарят на определенията, заложените в MoRaKG. По този начин ФРК/ФЧКИ с капиталови участия в ЦП в размер на по-малко от 70 % от общите им активи няма да бъдат облагодетелствани от мярката, дори ако извършват еднакви по същество дейности. Същият аргумент важи за ФРК/ФЧКИ, чието седалище и корпоративно управление не се намират в Германия. В резултат от това, ФРК/ФЧКИ, които разполагат единствено с постоянен стопански обект в Германия, не могат да се възползват от MoRaKG, дори ако извършват абсолютно същите дейности като ДПК.
- (71) Поради това единствено дружества, които попадат в тази ограничена група, чрез държавни средства се облекчават от част от оперативните си разходи (а именно задължение за определен данък), които по принцип би трябвало да поемат съгласно настоящата правна рамка. Облагодетелстваните от това предимство по същество предоставят частни капиталови инвестиции и рисков капитал и се конкурират с други доставчици, установени в Германия или други държави-членки. Съответно, чрез увеличаване на финансовите средства, с които разполагат получателите на помощта за извършване на своята дейност, тази данъчна мярка укрепва тяхната позиция в сравнение с конкурентите им в ЕС. Поради това мярката за помощ е в състояние да засегне конкуренцията и търговията между държавите-членки.
- (72) Поради това Комисията заключава, че мярката за търговския данък, за която е постъпило уведомление, представлява държавна помощ в полза на определени ДПК по смисъла на член 87, параграф 1 от Договора за ЕО.
- 7.1.2. Приспадане на загуби
- (73) Както беше посочено в точка 4.2, Германия принципно е съгласна, че повторното въвеждане на пренасянето на загуби в бъдещи периоди за ДПК, които инвестират в ЦП, е изборително и облагодетелства ЦП и ДПК. При все това Германия твърди, че е направено разграничение по отношение на ДПК и ЦП по приемлив и практичен начин и разграничението е оправдано от обективни разлики между данъчнозадължени субекти в съответствие с параграф 24 от Известието за данъчно облагане на предприятия (което гласи, че някои разграничения в данъчната система могат да бъдат обосновани с обективни разлики между данъкоплатците), тъй като въвеждането на общото ограничение върху приспадането на данъчните загуби през 2008 г. е засегнало особено сериозно пазара на рисков капитал.

- (74) Първо, Комисията подчертава, че мярката очевидно е свързана със загуба на държавни ресурси и поради това се предоставя чрез държавни ресурси. Това пропускане на данъчни облагодетелства ЦП и ДРК, тъй като те са получателите на тази мярка. По-либералните условия за данъчно приспадане при пренасяне на загуби в бъдещи периоди, които се прилагат по отношение на ЦП, ако бъдат придобити от ДРК, представляват икономическо предимство за тези две групи дружества, защото им позволяват да постигнат спестявания от данъци. В действителност, ЦП се облагодетелстват от пренасянето на загубите в бъдещи периоди, тъй като то им дава възможност да компенсират дадена загуба и следователно да платят по-малко данъци, което иначе би било забранено от правилата за предотвратяване на злоупотреби. ДРК също са почти преки получатели на помощта в смисъл, че другите купувачи не могат да се възползват от допълнителното компенсиране.
- (75) Тъй като по същество спестяването от данъци се проявява само ако ДРК инвестират в ЦП, мярката също така непряко облагодетелства ЦП. В действителност, тя представлява стимул за ДРК да инвестират в ЦП вместо в други дружества, към които могат да се насочат инвеститори на рисков капитал въз основа на изцяло икономически съображения. По този начин ЦП са в позиция да получат рисков капитал в размер и при условия, които не биха били налице при отсъствие на мярката. Следователно мярката е в състояние непряко да укрепи капиталовата основа на ЦП.
- (76) Също така изглежда уместно да се отхвърли аргументът на Германия, съгласно който дори ако не може да се изключи възможността, че определението на ЦП обхваща дружества в затруднение, тази мярка не представлява предимство за такива предприятия. В действителност Германия изразява становището, че ако дадено ЦП е в затруднение, то няма да генерира приходи, които да компенсират неговите загуби и които биха могли да се облагат с данък. Следователно е без значение дали такова предприятие може да използва загубите от предходни периоди. В резултат на това според Германия MoRaKG не предоставя никакво предимство на дружества в затруднение, както са определени в правото на Общността. Комисията счита, че този аргумент е неубедителен, тъй като субектът, който придобива дружество в затруднение или „подставено дружество“, в действителност може да е заинтересован най-вече от пренасянето на загуби в бъдещи периоди за данъчни цели.
- (77) Тези предимства са в състояние да засегнат търговията и конкуренцията. По отношение на ДРК Комисията проучи това изискване във връзка с правилото за търговския данък в съображение 71. По отношение на ЦП Комисията отбелязва, че тези дружества могат да извършват дейност във всеки икономически сектор, включително секторите, които включват или биха могли да включват търговия в рамките на Общността. Поради това икономическото предимство, което им е предоставено, би могло да засегне конкуренцията и търговията между държавите-членки.
- (78) Второ, Комисията отбелязва, че мярката очевидно е избирателна.
- (79) Трето, Комисията заключава, че Германия не е демонстрирала успешно съвместимостта на мярката с естеството и логиката на немската данъчна система. Дори да беше вярно, че пазарът на рисков капитал е бил засегнат в особено голяма степен от ограничаването на приспадането на данъчните загуби и следователно е основание за специално третиране, Комисията заключава, че установеното от Германия разграничение между данъкоплатци не е оправдано на основата на този аргумент, тъй като само част от сектора за рисков капитал е освободен от забраната за пренасяне на загуби в бъдещи периоди. Ако твърденията на Германия бяха правилни, нямаше да има обективна причина, поради която дружества, различни от ДРК, да не могат да се възползват от мярката, при условие че инвестират в едни и същи ЦП. При все това, дружества, различни от ДРК, се облагодетелстват от мярката единствено в редкия случай на придобиване на дялово участие в ЦП от ДРК. Тези становища бяха потвърдени в коментарите на BVK в точка 5.2.
- (80) В допълнение, мярката изглежда не съответства на естеството и логиката на немската данъчна система, тъй като Германия не демонстрира защо ДРК са засегнати в особено голяма степен от ограничението да се прилага пренасянето на данъчни загуби, когато инвестират в ЦП, но не и когато извършват същата дейност по предоставяне на капитал на други дружества, например партньорства, които може би също изпитват затруднения да си осигурят рисков капитал (най-вече новосъздадени иновативни дружества).
- (81) В допълнение Комисията отбелязва, че когато Германия е затегнала мерките за предотвратяване на злоупотреби с пренасянето на загуби в бъдещи периоди чрез Закона за реформа на корпоративното облагане от 2008 г., както е посочено в точка 2.4.1, тя е определила новите общи данъчни разпоредби в тази област. Чрез допускането на по-либерални условия за пренасяне на загуби за определена група от дружества, тези мерки срещу злоупотребите отчасти се обезсмислят; това не изглежда оправдано от естеството и логиката на данъчната система в сила от 2008 г. насам.
- (82) Поради това Комисията заключава, че мярката за пренасяне на загуби за бъдещи периоди, за които е постъпило уведомление, представлява държавна помощ за ЦП и ДРК по смисъла на член 87, параграф 1 от Договора за ЕО.

7.1.3. Данъчни облекчения за частни инвеститори

- (83) Както беше посочено в точка 4.3, Германия твърди, че тъй като получателите са физически лица, мярката не може да представлява държавна помощ. Германия също така твърди, че мярката не предоставя предимство на ЦП, което да може да се провери и представи в количествено изражение, и поради това не оказва въздействие върху цените на акциите. Сумата на спестените данъци от частните инвеститори е много малка и се предоставя само в случай на успешно излизане на инвеститора от инвестицията. Поради това, както твърди Германия, мярката вероятно ще има само ограничено стимулиращо въздействие за отделни лица да инвестират в ЦП. Поради това е налице и ограничен ефект на нарушаване на конкуренцията между ЦП и дружества, различни от ЦП.
- (84) Както беше посочено в точка 2.1, тази мярка води до загуба на държавни ресурси, която Германия изчисли на 30 млн. EUR годишно. Поради това мярката се предоставя чрез държавни ресурси.
- (85) Въпросната мярка предоставя на отделни лица данъчни стимули да инвестират в конкретна група предприятия (т.е. ЦП) вместо в други дружества, към които могат да се насочат инвеститори на рисков капитал въз основа на изцяло икономически съображения. Поради това ЦП са в позиция да получат рисков капитал в размер и при условия, които не биха били налице в отсъствието на мярката при нормални пазарни условия. Следователно мярката е в състояние непряко да укрепи капиталовата основа на ЦП. Този анализ е валиден дори ако данъчното предимство, предоставено на инвеститорите, зависи от бъдещи приходи и размерът е сравнително ограничен, както беше подчертано от Германия и третите страни. В действителност, поради естеството на мярката е изключително трудно да се представи в количествено изражение предимството, което ЦП ще получат *ex ante* ⁽¹⁷⁾. Следователно не е възможно да се заключи, че помощта, предоставена на ЦП, винаги ще бъде *de minimis*. Освен това фактът, че данъчно предимство за отделни лица, инвестиращи в определени дружества, може да включва помощ за тези дружества, независимо от степента на тези предимства, беше потвърден от Съда ⁽¹⁸⁾.
- (86) Поради това Комисията заключава, че мярката за облекчения от данъка върху дохода е избирателна и облагодетелства ограничен брой дружества, като им осигурява по-добър достъп до рисков капитал в сравнение с нормалните пазарни условия. Това предимство се пре-

доставя чрез държавни ресурси, тъй като по същество то представлява загуба на данъчни постъпления, която създава пазарен стимул за частни лица да осигуряват капитал на ЦП вместо на други предприятия, към които нормално биха се насочили въз основа на възможностите за възвръщаемост на инвестициите, които предлагат.

- (87) Степента, до която тази помощ би могла да засегне конкуренцията и търговията между държавите-членки, е изложена в съображение 77 по-горе.
- (88) Поради това Комисията заключава, че изменената мярка за облекчения от данъка върху дохода представлява държавна помощ за ЦП по смисъла на член 87, параграф 1 от Договора за ЕО.

7.2. Съвместимост с правилата за държавна помощ

7.2.1. Уведомяване на мярката

- (89) Като изпратиха уведомление относно MoRaKG преди да започнат да го прилагат, немските органи изпълниха своите задължения в съответствие с член 88, параграф 3 от Договора за ЕО. Предвид факта, че всички мерки в MoRaKG са насочени към една обща цел за подпомагане предоставянето на частен рисков капитал на дружества, Комисията анализира съвместимостта на мерките с общия пазар въз основа на правилата, установени в Насоките за рисков капитал.
- (90) Комисията също така оцени приложимостта на други рамки и регламенти за държавна помощ по отношение на разглежданите мерки, а именно Рамката на Общността за държавна помощ за научни изследвания, развитие и иновации ⁽¹⁹⁾, Регламент (ЕО) № 800/2008 на Комисията от 6 август 2008 г. относно деклариране на някои категории помощи за съвместими с общия пазар в приложение на членове 87 и 88 от Договора (Общ регламент за групово освобождаване) ⁽²⁰⁾ (наричан по-долу „ОРГО“) и Регламент (ЕО) № 1998/2006 на Комисията от 15 декември 2006 г. за прилагане на членове 87 и 88 от договора към минималната помощ ⁽²¹⁾. За разлика от разглежданите мерки, тези рамки и регламенти изключват от обхвата на помощта дружества в затруднение и дружества в корабостроителната, въгледобивната и стоманодобивната промишленост и/или ограничават помощта за МСП. В контекста на горепосоченото Комисията счита, че поради обхвата на тези рамки и регламенти, те не са приложими към мерките, за които е постъпило уведомление.

⁽¹⁷⁾ Изключително трудно е да се установи *ex ante* разликата между размера/условията, при които капитал би бил достъпен при отсъствие на мярката, и размера/условията в резултат на мярката.

⁽¹⁸⁾ Дело С-156/98, *Германия срещу Комисията*, Сб. (2000 г.), I-06857, точка 64: „Като предварителна точка, следва да се има предвид, както беше посочено в параграф 30 по-горе, че трябва да се счита, че въпросната схема за помощ предоставя оперативна помощ на предприятията получатели...“.

⁽¹⁹⁾ ОВ С 323, 30.12.2006 г., стр. 1.

⁽²⁰⁾ ОВ L 214, 9.8.2008 г., стр. 3.

⁽²¹⁾ ОВ L 379, 28.12.2006 г., стр. 5.

7.2.2. Мярката за търговски данък

- (91) Както беше посочено в точка 7.1.1, мярката за търговски данък представлява държавна помощ в полза на ДРК. При все това тази мярка не осигурява изрично стимули за ДРК да извършват инвестиции с рисков капитал, а просто им дава възможност да разполагат с по-големи финансови ресурси, които могат да използват за всякакви цели (т.е. увеличено разпределение на облаги за техните партньори).
- (92) За разлика от настоящата мярка, съгласно Насоките за рисков капитал държавната помощ под формата на рисков капитал не може да се предоставя на големи предприятия, дружества в затруднение или дружества в корабостроителната, възледобивната и стоманодобивната промишленост. Мярката за търговски данък от друга страна би могла да облагодетелства такива предприятия, и особено големи предприятия. Поради това обхватът на настоящата мярка е несъвместим с Насоките.
- (93) Мярката не може да бъде счтена за съвместима с глава 4 от Насоките за рисков капитал, тъй като специфичните условия за прилагането на тази глава не са изпълнени. Например, глава 4 изисква максималното равнище на инвестиционните трансше да не превишава 1,5 млн. EUR на получател в рамките на период от 12 месеца. Разглежданата мярка не съдържа такъв таван. Освен това Насоките за рисков капитал изискват също така мярката да бъде ограничена до осигуряване на финансиране до етапа на разширяване на малки предприятия или до ранния етап за средни предприятия. Тези разпоредби не са спазени, защото ЦП могат да бъдат големи предприятия.
- (94) Мярката не е в съответствие с изискванията за кумулиране и отчитане, заложи в глава 6 и точка 7.1 от Насоките за рисков капитал.
- (95) Последно, Комисията не е в позиция да оцени съвместимостта на мярката с глава 5 от Насоките за рисков капитал. В действителност, съгласно Насоките за рисков капитал държавната помощ трябва да е насочена към конкретна пазарна слабост, за чието съществуване има достатъчно доказателства. Германия не представи никакви доказателства, че ЦП са засегнати от конкретна пазарна слабост.
- (96) Поради това Комисията заключава, че мярката за търговски данък не е съвместима с общия пазар.

7.2.3. Приспадане на загуби

- (97) Както беше посочено в точка 7.1.2, мярката за пренасяне на загуби в бъдещи периоди представлява държавна помощ на нивото на ДРК и ЦП. Формата на мярката за помощ е данъчен стимул по смисъла на точка 4.2, буква г) от Насоките за рисков капитал.
- (98) Поради същите причини, посочени по-горе в съображения 92, 93, 94 и 95, Комисията не може да счете настоящата мярка за съвместима с общия пазар, тъй като тя не отговаря нито на критериите за изключване в точка 2.1 от Насоките за рисков капитал, нито на изискванията за кумулиране и отчитане, посочени в глава 6 и точка 7.1 от Насоките, нито пък на условията, посочени в глава 4 от Насоките. Освен това няма доказателства за конкретна пазарна слабост, засягаща ЦП и ДРК, което би позволило на Комисията да започне подробна оценка на съвместимостта на тези мерки в съответствие с глава 5 от Насоките за рисков капитал.
- (99) Тази мярка не изключва закупуването на съществуващи акции (заместващ капитал) в ЦП. При все това, заместващото финансиране е изключено от определението на рисков капитал в Насоките за рисков капитал.
- (100) Освен това Комисията отбелязва, че ограничаването на данъчното предимство до ДРК, които инвестират в капиталови дружества, изглежда противоречи на декларираната цел на мярката, а именно насърчаване на рисковия капитал. В действителност, новосъздадени иновативни дружества, които се нуждаят от рисков капитал, могат да бъдат учредени в правни форми, различни от капиталови дружества. Следователно новосъздадените иновативни дружества под формата на партньорства не биха се облагодетелствали от мярката.
- (101) Поради това Комисията заключава, че мярката за пренасяне на загубите в бъдещи периоди не е съвместима с общия пазар.
- 7.2.4. Данъчни облекчения за частни инвеститори
- (102) Както беше посочено в точка 7.1.3, мярката за облекчения на данъка върху дохода представлява непряка държавна помощ на равнището на ЦП. Тъй като мярката създава стимули за частните инвеститори да инвестират в ЦП, тя може да облагодетелства инвестиции на рисков капитал в съответствие с точка 4.2, буква г) от Насоките за рисков капитал.

(103) Поради същите причини, посочени по-горе в съображения 92, 93, 94 и 95, Комисията не може да счете настоящата мярка за съвместима с общия пазар, тъй като тя не отговаря нито на критериите за изключване на точка 2.1 от Насоките за рисков капитал, нито на изискванията за кумулиране и отчитане, посочени в глава 6 и точка 7.1 от Насоките, нито пък на условията, посочени в глава 4 от Насоките; освен това няма доказателства за конкретна пазарна слабост, засягаща ЦП и ДРК, което би позволило на Комисията да започне подробна оценка на съвместимостта на тези мерки в съответствие с глава 5 от Насоките за рисков капитал.

(104) Поради това Комисията заключава, че мярката за облекчения на данъка върху дохода в настоящия ѝ вид не може да бъде счетена за съвместима с общия пазар въз основа на Насоките за рисков капитал. При все това мярката би имала само ограничен ефект на нарушаване на конкуренцията между ЦП и дружества, различни от ЦП, предвид факта, че стимулът, предоставен на физически лица да осигуряват капитал в полза на ЦП, е сравнително ограничен и следователно се предполага, че предимството за ЦП също ще бъде ограничено. Освен това мярката може да окаже общ положителен ефект като стимулира осигуряването на рисков капитал на дружества, които може би се нуждаят от рисков капитал, въз основа на правилна икономическа оценка. В действителност, частните инвеститори ще избират въпросните ЦП въз основа на възможността за възвръщаемост на техните инвестиции. Поради това Комисията счита, че мярката може да бъде приспособена към изискванията на Насоките за рисков капитал, като се гарантира спазването на условията в член 3 по-долу.

7.3. Съвместимост с общия пазар

(105) Мярката за търговски данък и мярката за пренасяне на загуби в бъдещи периоди, които могат да облагодетелстват ДРК, са в разрез с правилата на общия пазар, по-специално със свободата на установяване по смисъла на член 43 от Договора за ЕО (вж. точка 3.5).

(106) Според Германия MoRaKG съдържа подробни правила, свързани със структурата и стопанските дейности на ДРК. Те включват по-специално разпоредби относно видовете трансакции и инвестиционната политика на ДРК, въпроса за тяхното интегриране в групови структури и минималната деноминация на инвестициите в такива дружества. Тези разпоредби биха се прилагали за всички ДРК. Що се отнася до разположени в Германия постоянни обекти на чуждестранни инвестиционни дружества, не е възможно да се гарантира, че дружеството

като цяло ще спазва разпоредбите. Единствено ограниченото признаване на разположения в Германия постоянен обект би дало възможност за заобикаляне и следователно, де факто, обезсмисляне на правилата. Регулаторните органи на финансовите пазари наблюдават предприятията в рамките на своите собствени области на отговорност и в съответствие със своите национални разпоредби, значителна част от които са хармонизирани с правото на ЕС. В областта на финансирането с рисков капитал обаче разпоредбите за надзор не са хармонизирани с правото на ЕС по този начин.

(107) Съмненията на Комисията не бяха разсеяни. Първо, дружества от ЕО и ЕИП със седалище (Sitz) извън Германия и постоянен стопански обект в Германия по принцип би следвало да отговарят на критериите, когато могат да демонстрират, че спазват условията, заложили в схемите за помощ, и правилата, свързани със структурата и стопанските дейности на ДРК (ако приемем, че са съвместими с Договора за ЕО). Аргументът, че BaFin не е в състояние да осъществява надзор над тези дружества, не означава непременно, че те получават конкурентно предимство пред дружества, установени в Германия, нито че те де факто не спазват условията, заложили в схемите за помощ, и правилата, свързани със структурата и стопанските дейности на ДРК. Поради това този аргумент не е достатъчен сам по себе си, за да обоснове дерогация от основно правило на Договора за ЕО.

(108) Накратко, изглежда, че Германия би могла да постигне същата цел чрез не толкова дискриминационни средства⁽²²⁾. Спазването на условията, заложили в схемите за помощ, би могло да се проверява например чрез доброволно представяне за проверка от BaFin, чрез потвърждения от чуждестранния надзорен орган или чрез доклади от независими одити. Германия следва да даде възможност на чуждестранните дружества с постоянен стопански обект в Германия да докажат, че спазват условията, заложили в схемите за помощ и правилата, свързани със структурата и стопанските дейности на ДРК.

(109) Поради това Комисията заключава, че мярката за търговски данък и мярката за пренасяне на загуби в бъдещи периоди не са съвместими с общия пазар, тъй като нарушават свободата на установяване по смисъла на член 43 от Договора за ЕО.

⁽²²⁾ Например в Дело за държавна помощ N 629/07 (ОВ С 206, 1.9.2009 г., стр. 1) френските органи предвидиха възможност за предоставяне на помощ и на чуждестранни инвестиционни структури, еквивалентни на структури, установени във Франция, които се облагодетелстват от разглежданата помощ в този случай. В същия смисъл вж. Дело за държавна помощ N 36/09 (ОВ С 186, 8.8.2009 г., стр. 3).

8. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

- (110) Комисията счита, че мярката за помощ относно задължението за облагане с търговски данък на ДРК не е съвместима с Договора за ЕО.
- (111) Комисията счита, че мярката за помощ относно пренасянето на загуби в бъдещи периоди за ЦП, придобити от ДРК, не е съвместима с Договора за ЕО.
- (112) Комисията счита, че мярката за данъчни облекчения за частни инвеститори може да бъде приета за съвместима с Договора за ЕО при условията, посочени в член 3 по-долу,

ПРИЕ НАСТОЯЩОТО РЕШЕНИЕ:

Член 1

Схемите за държавна помощ, които Германия възнамерява да приведе в действие в съответствие с член 1, параграф 19 и член 4 от Закона за подобряване на рамковите условия за капиталови инвестиции (MoRaKG), са несъвместими с общия пазар.

Поради това тези схеми за държавна помощ не могат да бъдат приведени в действие.

Член 2

Схемата за държавна помощ, която Германия планира да приведе в действие в съответствие с член 1, параграф 20 от MoRaKG, е съвместима с общия пазар при условията, посочени в член 3.

Член 3

Схемата за държавна помощ в съответствие с член 1, параграф 20 от MoRaKG се изменя така, че да се спазят следните условия:

- определението за целеви предприятия се ограничава до малки и средни предприятия (МСП) съгласно определеното в приложение I към Общия регламент за групово освобождаване⁽²³⁾;

- определението за целеви предприятия изключва дружества в затруднение и дружества в корабостроителната, въгледобивната и стоманодобивната промишленост;

- максималните инвестиционни траншове не надвишават 1,5 млн. EUR на целево МСП за всеки дванадесетмесечен период и са ограничени до предоставянето на начално и стартово финансиране и финансиране в етапа на разширяване;

- Германия разработва механизъм за гарантиране на спазването на правилата на кумулиране и отчитане, заложи в глава 6 и точка 7.1 от Насоките за рисков капитал;

- изключва се закупуването на съществуващи акции (заместващ капитал) в целево МСП;

- не са наложени специални изисквания по отношение на правната форма на целевото предприятие.

Член 4

Германия уведомява Комисията в срок два месеца от уведомлението за настоящото решение за мерките, предприети за неговото спазване.

Член 5

Адресат на настоящото решение е Федерална република Германия.

Съставено в Брюксел на 30 септември 2009 година.

За Комисията

Neelie KROES

Член на Комисията

⁽²³⁾ Вж. бележка под линия 20.