

II

(Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 21 januari 1998

betreffende belastingvermindering op grond van § 52, lid 8, van de Duitse wet op de inkomstenbelasting

(kennisgeving geschied onder nummer C(1998) 231)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(98/476/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE
GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese
Gemeenschap, inzonderheid op artikel 93, lid 2, eerste
alinea,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese
Economische Ruimte, inzonderheid op artikel 62, lid 1,
onder a),

Na de andere lidstaten en overige belanghebbenden over-
eenkomstig artikel 93, lid 2 van het EG-Verdrag in de
gelegenheid te hebben gesteld hun opmerkingen te
maken,

Overwegende hetgeen volgt:

I

Bij besluit van 26 februari 1997 leidde de Commissie de
procedure van artikel 93, lid 2, in ten aanzien van de bij
de Duitse belastingwet 1996 (Jahressteuergesetz 1996) ⁽¹⁾,
voorgenomen wijziging in § 52, lid 8, van de wet op de
inkomstenbelasting (Einkommensteuergesetz), hierna

EStG genoemd, van de in § 6b van het EStG opgenomen
regeling. Dit besluit werd bij schrijven van 25 maart
1997 ⁽²⁾ aan de Bondsrepubliek Duitsland meegedeeld en
op 6 juni 1997 in het *Publicatieblad van de Europese
Gemeenschappen* bekendgemaakt ⁽³⁾. Duitsland maakte bij
schrijven van 13 mei 1997 zijn opmerkingen kenbaar. De
overige lidstaten en andere belanghebbenden maakten
geen opmerkingen.

De in geding zijnde regeling voorziet voor de begrotings-
jaren 1996, 1997 en 1998 in een bijzondere belastingver-
mindering om de markt voor deelnemingen in onderne-
mingen in de nieuwe Duitse deelstaten en West-Berlijn te
versterken en zo het eigen vermogen van deze onderne-
mingen te vergroten. De regeling kan als volgt worden
samengevat:

Volgens het Duitse belastingrecht moeten natuurlijke
personen met woonplaats in Duitsland (§ 1 van het EStG)
en rechtspersonen met zetel in Duitsland (§ 1 van de wet
op de vennootschapsbelasting — Körperschaftssteuer-
gesetz) over winst uit de vervreemding van bepaalde econo-
mische goederen inkomstenbelasting betalen; voor rechts-
personen verwijst genoemde wet op de vennootschapsbe-
lasting (§ 8) naar de bepalingen van het EStG.

Volgens § 6b van het EStG mogen natuurlijke en rechts-
personen die bepaalde roerende en onroerende goederen
alsmede aandelen in kapitaalvennootschappen
vervreemden, in het boekjaar waarin die vervreemding

⁽¹⁾ Bundesgesetzblatt 1995 I 1250; in werking getreden op 1
januari 1996.

⁽²⁾ SG(97)D/2381.

⁽³⁾ PB C 172 van 6. 6. 1997, blz. 2.

heeft plaatsgevonden en de daaropvolgende vier jaren ⁽¹⁾ tot 50 %, in sommige gevallen tot 100 %, van de bij vervreemding ontstane belastbare winst aftrekken van de kosten voor de aanschaffing en vervaardiging van bepaalde economische goederen. De aftrek van 100 % was onder andere reeds vóór de inwerkingtreding van de Duitse belastingwet 1996 op grond van § 6b van het EStG mogelijk in het geval van de kosten voor de aankoop door een participatiemaatschappij in de zin van de Duitse wet op participatiemaatschappijen, van deelnemingen in kapitaalvennootschappen.

Een eventueel daaruit voortvloeiende bevoordeling van de participatiemaatschappijen valt niet onder dit onderzoek inzake staatssteun; deze beschikking loopt niet vooruit op een later standpunt van de Commissie dienaangaande.

Het op 1 januari 1996 in werking getreden § 52, lid 8, van het EStG voorziet voor de begrotingsjaren 1996, 1997 en 1998 in een uitbreiding van de belastingvermindering van § 6b van het EStG van genoemde wet. Op grond van die bepaling kan tot 100 % van de bij de vervreemding geboekte winst van de aankoop- en vervaardigingskosten worden afgetrokken, op voorwaarde dat deze winst wordt gebruikt om in verband met een kapitaalverhoging of de oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschapsaandelen aan te kopen in kapitaalvennootschappen die:

- hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn ⁽²⁾ hebben en op het moment van de aankoop van de deelnemingen niet meer dan 250 werknemers in dienst hebben; of
- participatiemaatschappijen zijn waarvan de statuten of de akte van oprichting bepalen dat het maatschappelijk doel uitsluitend bestaat in het nemen van tijdelijke deelnemingen of het beheer en de vervreemding van dergelijke deelnemingen in ondernemingen die ten tijde van de aankoop van de deelnemingen hun zetel en directie in de nieuwe Duitse deelstaten of in West-Berlijn hebben en die niet meer dan 250 werknemers in dienst hebben.

Volgens ramingen van Duitsland zal deze maatregel tot een tijdelijk verlies van belastinginkomsten van ongeveer 150 miljoen DEM (ongeveer 75 miljoen ECU) leiden. Van de regeling, die niet beperkt is tot bepaalde sectoren, zouden enkele duizenden ondernemingen in de nieuwe deelstaten en in West-Berlijn kunnen profiteren. Cumulatie van de regeling met andere nationale staatssteunmaatregelen is niet uitgesloten.

II

De onderzochte bepaling werd pas na de aanneming door de wetgever, laattijdig en op uitdrukkelijk verzoek van de Commissie, bij schrijven van 13 oktober 1995 aan de Commissie gemeld. De Duitse belastingwet van 1996 trad op 1 januari 1996, vóór de goedkeuring door de

Commissie, in werking. Bijgevolg werd de regeling door de Commissie als niet aangemelde steun onder nr. NN 9/96 ingeschreven. Bij een bestuursrechtelijke bepaling van het Ministerie van Financiën van 2 januari 1996 ⁽³⁾ werd de toepassing van de regeling tot na de goedkeuring door de Commissie opgeschort.

In haar besluit tot inleiding van de procedure stelde de Commissie zich op het standpunt dat § 52, lid 8, van de EStG een steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 92, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 61, lid 1, van de EER-Overeenkomst was. In dit verband meent de Commissie dat de betrokken regeling aan twee categorieën ten goede komt, namelijk enerzijds de belastingplichtigen op grond van het EStG en anderzijds de Oost-Duitse en Berlijnse ondernemingen met maximaal 250 werknemers.

Aanvankelijk oordeelde de Commissie dat de belastingvermindering voor belastingplichtigen die bepaalde economische goederen vervreemden en de winst uit die verkoop kunnen aftrekken wanneer zij andere economische goederen aankopen, een algemene maatregel is die geen steunelement bevat, aangezien alle belastingplichtigen die hun winst op een bepaalde manier investeren, zonder onderscheid naar omvang, sector van de economie of zetel, hiervoor in aanmerking kunnen komen.

In haar besluit tot inleiding van de procedure nam de Commissie daarentegen het standpunt in, dat de maatregel ten behoeve van kapitaalvennootschappen met zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn, waarin een deelneming moet worden genomen om voor de belastingvermindering in aanmerking te komen, staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, is. Zij herinnerde eraan dat het, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, bij de beoordeling of een maatregel staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, is, aankomt op de gevolgen van de maatregel. In het onderhavige geval leidt de maatregel tot verhoging van het rendement op deelnemingen in ondernemingen die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn hebben, in vergelijking met het rendement op deelnemingen in ondernemingen met zetel en directie in West-Duitsland en buiten het Duitse grondgebied. Ten aanzien van het in het Duitse schrijven van 13 oktober 1995 verdedigde standpunt dat het economische voordeel van deze maatregel zeer gering en bijna nihil is, wees de Commissie op de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke een geringe steunintensiteit op zich niet uitsluit dat de maatregel gevolgen heeft voor het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Om die redenen betwijfelde de Commissie, of de maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. De maatregel is niet gebonden aan investeringen en moet daarom worden beschouwd als bedrijfssteun, die volgens de vaste beschikkingenpraktijk van de Commissie slechts

⁽¹⁾ Reservevorming overeenkomstig § 6b, lid 3, EStG.

⁽²⁾ § 1, lid 2, van de wet op de steungebieden (Fördergebietsgesetz).

⁽³⁾ Bundessteuerblatt 1996, Deel I, nr. 1, blz. 2.

op bepaalde voorwaarden en alleen in steungebieden in de zin van artikel 92, lid 3, onder a), van het EG-Verdrag kan worden toegestaan. De regeling wordt evenwel ook in Berlijn toegepast. Volgens de beschikking van de Commissie betreffende de vaststelling van de steungebieden voor de periode 1997 tot en met 1999 (N 613/96) kan Oost-Berlijn voor deze periode als steungebied in de zin van artikel 92, lid 3, onder c), worden beschouwd; op grond van diezelfde beschikking kan Oost-Berlijn echter voor de betrokken periode worden gelijkgesteld met de omliggende steungebieden in de zin van artikel 92, lid 3, onder a); volgens genoemde beschikking is West-Berlijn daarentegen een steungebied in de zin van artikel 92, lid 3, onder c), waarvoor geen overgangsregeling geldt en dat daarom niet voldoet aan de bovengenoemde voorwaarden voor de verenigbaarheid van bedrijfssteun.

Omdat de steun niet gebonden is aan investeringen, bestaat bovendien een aanzienlijk gevaar dat de steunmaatregel ook buiten de steungebieden economische gevolgen heeft. Voorts meende de Commissie dat de regeling in strijd is met het discriminatieverbod dat besloten ligt in de vrijheid van vestiging (artikel 52 van het EG-Verdrag), omdat aan de belastingvermindering de voorwaarde is verbonden dat de ondernemingen waarin deelnemingen worden verworven, hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn hebben. Tenslotte is in de regeling niet bepaald, dat de voor bepaalde gevoelige sectoren geldende bijzondere regelingen moeten worden nageleefd.

III

In zijn schrijven van 13 mei 1997 stelde Duitsland dat de betrokken maatregel geen staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, is. Duitslands standpunt ten aanzien van de inleiding van de procedure kan als volgt worden samengevat:

In de eerste plaats wordt gewezen op de nog altijd ernstige structurele tekorten van de Oost-Duitse economie en met name op het beperkte eigen vermogen van de Oost-Duitse ondernemingen, die deze regeling moet verbeteren. Duitsland acht het onwaarschijnlijk, dat in het kader van de regeling in ondernemingen in de zogenoemde gevoelige sectoren zal worden geïnvesteerd, omdat participatiemaatschappijen in eerste instantie risicodragend kapitaal steken in ondernemingen die hoofdzakelijk bedrijvig zijn op markten met gunstige toekomstperspectieven.

Volgens Duitsland bestaat de belastingvermindering uitsluitend in uitstel van belastingbetaling; in een vrijstelling van belasting is daarentegen niet voorzien omdat ook in het geval dat de belastingplichtige de verworven deelneming gedurende langere tijd niet verder vervreemdt, uiterlijk bij de liquidatie van de onderneming de waarde van de deelneming blijkt en de winst wordt belast.

Voorts geniet alleen de nemer van de deelneming en niet de onderneming waarin de deelneming wordt genomen, belastingvermindering. Deze onderneming ontvangt alleen maar extra kapitaal waarvan de kosten in vrije onderhandelingen worden vastgesteld en zich naar de

markt richten. Duitsland ziet geen rechtstreeks verband tussen de belastingvermindering voor de nemer van de deelneming en de kosten van het kapitaal, en zeker geen verband dat in cijfers zou kunnen worden uitgedrukt. Uit het enkele feit dat belastingvermindering geldt voor de verkrijging van deelnemingen in ondernemingen die in een bepaald gebied zijn gevestigd, kan niet worden geconcludeerd dat de maatregel een steunequivalent bevat. Van een steunequivalent mag alleen worden uitgegaan indien het in het kader van § 52, lid 8, van het EStG ter beschikking gestelde deelnemingskapitaal goedkoper zou zijn dan het overige voor de Oost-Duitse en Berlijnse ondernemingen beschikbare deelnemingskapitaal. Duitsland heeft hiervoor geen aanwijzingen; de Commissie heeft in haar besluit ook alleen gesteld dat die mogelijkheid bestond, maar heeft daarvoor geen duidelijke aanknopingspunten gegeven. Er is integendeel reden te veronderstellen dat de voordelen van het belastinguitstel niet worden doorgegeven aan de ondernemingen die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn hebben, omdat die voordelen gering zijn en wanneer zij zouden worden doorgegeven niet meer aantrekkelijk zouden zijn.

Derhalve is de belastingvermindering aldus Duitsland niet alleen voor de inbrenger van het kapitaal maar ook voor de onderneming waarin de deelneming wordt genomen een algemene maatregel; te meer omdat het voordeel voor de betrokken onderneming slechts wordt bereikt dankzij de belastingvermindering voor de inbrenger van het kapitaal, die ook volgens de Commissie een algemene maatregel is.

Uiteindelijk is de Commissie, aldus Duitsland, er niet in geslaagd een begunstigde van de beweerde steunregeling aan te wijzen noch het bedrag van de steun in cijfers uit te drukken. Het voordeel voor de ondernemingen in de nieuwe deelstaten en West-Berlijn is — zo het al kan worden gemeten — zo klein dat — subsidiair — toepassing van de „de minimis”-regel⁽¹⁾ is gerechtvaardigd.

IV

De belastingvermindering op grond van § 52, lid 8, van het EStG, zoals uitgebreid, is voor kapitaalvennootschappen met niet meer dan 250 werknemers die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of in West-Berlijn hebben en waarin een deelneming in verband met een kapitaalverhoging of de oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap moet worden genomen (rechtstreeks of indirect via een participatiemaatschappij) om voor vermindering van de belasting over de bij de vervreemding van bepaalde economische goederen of aandelen in kapitaalvennootschappen ontstane winst in aanmerking te komen, staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 61, lid 1, van de EER-Overeenkomst. Zij is daarentegen voor inkomstenbelastingplichtigen die bepaalde economische goederen verkopen en de daaruit ontstane belastbare winst bij de aankoop van andere economische goederen kunnen aftrekken, een algemene maatregel die geen steunelement bevat. Dienaangaande heeft de Commissie het volgende in aanmerking genomen:

⁽¹⁾ PB C 68 van 6. 3. 1996, blz. 9.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de maatregel valt onder de „steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd” in de zin van artikel 92, lid 1, van het EG-Verdrag. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie in zijn arrest van 11 juli 1996 in zaak C-39/94, SFEI/La Poste⁽¹⁾ moet, om te beoordelen of een overheidsmaatregel als steun is aan te merken, worden vastgesteld of de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen.

Op grond van § 52, lid 8, van het EStG komen natuurlijke of rechtspersonen (kopers van deelnemingen) die wist behalen bij de vervreemding van economische goederen, voor belastingvermindering in aanmerking, omdat zij, wanneer zij op bepaalde voorwaarden deelnemingen in bepaalde ondernemingen nemen, tot 100 % van de bij de vervreemding ontstane winst van de aanschaffingskosten mogen aftrekken en op die manier minder belasting betalen. Dit is een voordeel ten opzichte van de algemene belastingbepalingen die ondernemingen toestaan 50 % van hun belastbare winst af te trekken wanneer zij deze opnieuw investeren op het Duitse grondgebied. De belastingaftrek van 100 % is echter alleen toegestaan wanneer de belastingplichtige in verband met een kapitaalverhoging of de oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap aandelen in bepaalde kapitaalvennootschappen verwerft. Op grond van deze regeling worden de belastingplichtigen er dus toe aangezet ter verhoging van het kapitaal of met het oog op de oprichting aandelen in bepaalde kapitaalvennootschappen te verwerven; dit betekent dat de belastingmaatregel tot gevolg heeft — en dit is ook het openlijke doel van de maatregel — de vraag naar deelnemingskapitaal in bepaalde kapitaalvennootschappen en daarmee ook de vergroting van het eigen vermogen van deze ondernemingen (of de vorming van eigen vermogen) te bevorderen.

Doordat de vraag naar deelnemingen in ondernemingen met zetel en directie in de nieuwe deelstaten of in West-Berlijn (verkopers van deelnemingen) als gevolg van de overheidsmaatregel is toegenomen, wordt, onder voor het overige gelijkblijvende omstandigheden, het investeringsgedrag van de kopers van deelnemingen in hun totaliteit zodanig beïnvloed, dat zij deelnemingen die zij zonder de belastingvermindering helemaal niet of tegen voor de verkoper minder gunstige voorwaarden zouden hebben genomen, nu kopen tegen voorwaarden die voor de verkoper van de deelnemingen gunstiger zijn dan zonder de invoering van § 52, lid 8, van het EStG het geval zou zijn geweest. De verkoper van de deelnemingen ontvangt weliswaar, zoals Duitsland terecht aanvoert, kapitaal tegen in vrije onderhandeling aan de hand van de marktprijzen vastgestelde kosten, maar de maatregel brengt een verandering van de betrokken markt teweeg die tot gevolg heeft dat in het kader van § 52, lid 8, ter beschikking gesteld deelnemingskapitaal aantrekkelijker wordt dan vergelijkbaar deelnemingskapitaal in ondernemingen met zetel en directie buiten de nieuwe deelstaten en Berlijn.

De wijziging van het investeringsgedrag en daarmee de vergroting van het eigen vermogen van de betrokken ondernemingen is ook het doel dat de Duitse wetgever

openlijk nastreeft; in hun opmerkingen beweren de Duitse autoriteiten echter dat deze regeling geen meetbare invloed heeft op de Oost-Duitse en Berlijnse ondernemingen waarin de deelnemingen moeten worden genomen.

De belastingregeling bevoordeelt bepaalde natuurlijke en rechtspersonen (rechtstreeks begunstigten), opdat zij van bepaalde ondernemingen (indirect begunstigten) bepaalde economische goederen verwerven. Het economische voordeel bestaat in de toegenomen vraag naar deelnemingen in de indirect begunstigde ondernemingen in vergelijking met de rechtssituatie van voor de inwerkingtreding van § 52, lid 8, van het EStG; daardoor zullen de investeerders (rechtstreeks begunstigten) bereid zijn, deelnemingen in Oost-Duitse en Berlijnse ondernemingen te nemen tegen voorwaarden die voor deze ondernemingen gunstiger zijn dan zij zouden zijn geweest zo de betrokken maatregel niet was ingevoerd. Als gevolg hiervan zal de omvang van de deelnemingen in de betrokken ondernemingen toenemen en/of zullen de contractuele voorwaarden (prijs van de deelneming in verhouding tot de nominale waarde, duur van de deelneming, prijs van de deelneming, enz.) voor deze ondernemingen gunstiger worden.

De maatregel kan daarom de ondernemingen waaraan § 52, lid 8, van het EStG indirect ten goede komt en die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of in West-Berlijn hebben, om niet een economisch voordeel te verschaffen dat zij zonder de overheidsmaatregel niet zouden hebben verkregen.

Duitsland heeft gesteld, dat het bij de maatregel uitsluitend gaat om uitstel, maar in geen geval om vrijstelling van belasting. Te dezen zij eerst opgemerkt, dat van belastinguitstel overeenkomstig § 222 van de Duitse belastingverordening (Abgabenordnung) alleen sprake kan zijn wanneer het gaat om uitstel van de uiterste datum voor de betaling van een reeds bestaande belastingschuld; in dit geval leidt de regeling echter tot het vervallen van een belastingschuld op grond van § 6 b van het EStG en tot het eventuele ontstaan van een nieuwe belastingschuld bij verdere vervreemding. Bovendien is het in dit geval irrelevant of de belastingvermindering in economisch opzicht louter uitstel van betaling is, aangezien zelfs in dat geval ervan moet worden uitgegaan dat de verkoper van de deelneming een indirect economisch voordeel geniet (Beschikking 93/349/EEG van de Commissie⁽²⁾).

In het onderhavige geval is het echter, zoals ook Duitsland heeft aangevoerd, moeilijk zowel in elk afzonderlijk geval een concreet voordeel aan te tonen als het steunelement te kwantificeren. Toch kan men in feite, zoals hiervoor uiteengezet, ervan uitgaan dat er in het algemeen een economisch voordeel wordt verschaft. In een onderzoek vooraf kan evenwel niet bij elke deelneming het daaruit voortvloeiende economische voordeel met zekerheid worden vastgesteld, aangezien de maatregel zich richt op het economische gedrag van een particuliere investeerder die zijn investeringsbesluiten baseert op omstandigheden die doelbewust door overheidsmaatregelen zijn gewijzigd.

(1) Jurispr. 1996, blz. I-3547, r.o. 60.

(2) PB L 143 van 15. 6. 1993, blz. 7.

Het is niet mogelijk in abstracto te bewijzen dat de individuele koper van deelnemingen op grond van de overheidsmaatregel zijn gedrag wijzigt. Bovendien is het onmogelijk in een onderzoek vooraf het voordeel precies te kwantificeren en is dit ook achteraf niet altijd mogelijk.

In dit verband zij erop gewezen dat de Commissie niet elk afzonderlijk geval behoeft te onderzoeken om te beoordelen of een regeling staatssteun behelst. Volgens het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 14 oktober 1987 in zaak 248/84, Duitsland/Commissie⁽¹⁾, behoeft de Commissie in het geval van een steunprogramma slechts de kenmerken van dit programma te onderzoeken om te kunnen beoordelen of het naar zijn aard voldoet aan de voorwaarden van artikel 92, lid 1. De Commissie kan derhalve alleen tot de conclusie komen dat geen staatssteun wordt verleend, indien zij in elk afzonderlijk geval de aanwezigheid van een economisch voordeel en daarmee van staatssteun kan uitsluiten. Daarom moet de conclusie worden getrokken dat de regeling naar haar aard tot een economisch voordeel leidt voor de bepaalbare groep kapitaalvennootschappen (ondernemingen met niet meer dan 250 werknemers, waarvan de zetel en de directie zich in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn bevinden).

Om het economische voordeel te berekenen, moeten, onder voor het overige gelijkblijvende omstandigheden, in elk afzonderlijk geval de voorwaarden waartegen met belastingvermindering en de voorwaarden waartegen zonder belastingvermindering een deelneming in een Oost-Duitse of Berlijnse onderneming met ten hoogste 250 werknemers kan worden verworven, met elkaar worden vergeleken.

Het gaat bij de betrokken maatregel om een uit staatsmiddelen verstrekt economisch voordeel. In feite leidt de regeling in de eerste plaats tot lagere belastinginkomsten doordat zonder beperking in de tijd geen belasting wordt geheven over de winst op de verkoop van de economische goederen. Dit belastingvoordeel uit staatsmiddelen wordt op grond van een wetsbepaling die het investeringsgedrag van particuliere beleggers beïnvloedt, gedeeltelijk doorgegeven aan de ontvangers van de steun.

Zoals het Hof van Justitie in zijn arrest van 2 februari 1988 in de gevoegde zaken 67/85, 68/85 en 70/85, Van der Kooy e.a./Commissie⁽²⁾, heeft vastgesteld, valt derhalve het doorgeven van de belastingvermindering door de koper van de deelneming aan bepaalde ondernemingen op grond van de desbetreffende wettelijke bepaling toe te rekenen aan de staat. Wat dat betreft heeft de maatregel dezelfde werking als de door bepaalde sectoren van de economie gefinancierde parafiscale heffingen uit de opbrengst waarvan, via een instantie die deze middelen beheert, projecten van bepaalde ondernemingen worden gefinancierd. Deze parafiscale maatregelen zijn, naar gelang van de bestemming die aan de opbrengst wordt gegeven, volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, bijvoorbeeld het arrest van 11 maart 1992 in de gevoegde zaken C-78/90 tot en met C-83/90, Compagnie commerciale/Reveur principal des douanes de La

Pallice Port⁽³⁾, staatssteun, daar de bevoordeling van bepaalde ondernemingen wegens de verplichte invoering van de parafiscale heffing, ook wanneer de maatregel niet rechtstreeks uit overheidsmiddelen wordt gefinancierd, aan de staat kan worden toegerekend.

In het onderhavige geval wordt het economische voordeel weliswaar niet doorgegeven door een voor het beheer van deze middelen opgerichte openbare of particuliere instantie, maar door beïnvloeding door de staat van het investeringsgedrag van particuliere kopers van deelnemingen. Wegens deze beïnvloeding wordt een vergelijkbaar economisch effect bereikt. Daaruit volgt, dat het doorgeven van het voordeel aan bepaalde ondernemingen krachtens de desbetreffende wettelijke bepaling aan de staat moet worden toegerekend.

Omdat de maatregel enerzijds regionaal beperkt is tot ondernemingen die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn hebben en anderzijds alleen van toepassing is op ondernemingen van een bepaalde omvang, namelijk die welke niet meer dan 250 werknemers hebben, werkt de maatregel ook in het voordeel van bepaalde ondernemingen. Weliswaar kunnen de ondernemingen tevoren niet afzonderlijk worden bepaald, maar toch kan een groep begunstigde ondernemingen met voldoende nauwkeurigheid worden vastgesteld om hun het economische voordeel toe te rekenen. De regeling is derhalve voldoende specifiek om te kunnen worden onderscheiden van algemene maatregelen die de gehele economie van een lidstaat bevoordelen en bijgevolg niet binnen het toepassingsgebied van artikel 92, lid 1, van het EG-Verdrag vallen.

Tenslotte dreigt de regeling de mededinging te vervalsen doordat ondernemingen met zetel en directie in het betrokken gebied worden begunstigd ten opzichte van ondernemingen in andere gebieden van Duitsland en in andere lidstaten. De door de Duitse autoriteiten verdeelde mening dat de steunintensiteit van deze maatregel zeer klein en bijna nihil is, doet daaraan niets af. Volgens het arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 1990 in zaak C-142/87, België/Commissie⁽⁴⁾, kan niet a priori op grond van de geringe omvang van de betrokken steun worden uitgesloten dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Bovendien hebben de Duitse autoriteiten zich er niet toe verbonden de „de minimis“-bepaling toe te passen.

Op grond van bovenstaande overwegingen is de Commissie tot de conclusie gekomen, dat de belastingvermindering krachtens § 52, lid 8, van het EStG, zoals uitgebreid, ten gunste van kapitaalvennootschappen die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn hebben en waarin een deelneming, in verband met een kapitaalverhoging of de oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap, moet worden genomen (rechtstreeks of indirect via een participatiemaatschappij) om voor vermindering van de belasting over de bij de vervreemding van bepaalde economische goederen of aandelen in kapitaalvennootschappen ontstane winst in

⁽¹⁾ Jurispr. 1987, blz. 4013, r.o. 18.

⁽²⁾ Jurispr. 1988, blz. 219.

⁽³⁾ Jurispr. 1992, blz. I-1847, r.o. 35.

⁽⁴⁾ Jurispr. 1990, blz. I-959.

aanmerking te komen, staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 61, lid 1, van de EER-Overeenkomst is.

V

De getoetste steunregeling bevordert het nemen van deelnemingen in verband met een kapitaalverhoging of de oprichting van een nieuwe kapitaalvennootschap, in ondernemingen met ten hoogste 250 werknemers die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of in West-Berlijn hebben, en wel tegen een voor de koper van de deelneming voordeligere prijs of tegen voor deze gunstigere contractuele voorwaarden dan zonder de invoering van de betrokken bepaling het geval zou zijn geweest. Daardoor bevordert de regeling de vergroting van het eigen vermogen van de betrokken ondernemingen.

Deze steunregeling is niet gebonden aan een aanvankelijke investering in de zin van de mededeling van de Commissie over regionale steunregelingen⁽¹⁾, maar heeft een permanent karakter, en is bedoeld om specifieke structurele nadelen te compenseren; dit werd in de opmerkingen van de Duitse autoriteiten uitdrukkelijk bevestigd. Daarom moet de betrokken steunregeling overeenkomstig het arrest van het Hof van Justitie van 15 mei 1997 in zaak C-278/95, Siemens SA/Commissie⁽²⁾, als bedrijfssteun worden aangemerkt.

Volgens de vaste beschikkingenpraktijk van de Commissie kan bedrijfssteun alleen bij uitzondering en op bepaalde voorwaarden worden verstrekt in steungebieden als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), van het EG-Verdrag, namelijk in streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst (zie punt 6 van de mededeling van de Commissie van 1988 inzake de wijze van toepassing van artikel 92, lid 3, onder a) en c), van het EEG-Verdrag op regionale steunmaatregelen⁽³⁾).

Wat de toepassing van de steunregeling in de vijf Oost-Duitse deelstaten (Brandenburg, Mecklenburg-Voorpommeren, Saksen, Saksen-Anhalt, Thuringen) betreft, heeft de Commissie op 18 december 1996 besloten dat deze gebieden tot eind 1999 steungebieden zijn als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), van het EG-Verdrag (N 464/93⁽⁴⁾ voor de periode tot en met 1996 en N 613/96⁽⁵⁾ voor de periode 1997-1999). Wat de toepassing van de steunregeling op ondernemingen met zetel en directie in Oost-Berlijn betreft, had de Commissie dit gebied tot eind 1996 de status van steungebied als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), van het EG-Verdrag toegekend (N 464/93); voor de periode 1997-1999 heeft de Commissie bepaald, dat Oost-Berlijn wegens zijn bijzondere geografische ligging en zijn eerdere status van steungebied als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), tijdens de periode 1994-1996, en de voorgeschiedenis van de stad, tot en met 1999 een tijdelijke status krijgt op grond waarvan dit

gebied wordt gelijkgesteld met een steungebied als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), van het EG-Verdrag en daarmee ook met de vijf nieuwe deelstaten (Brandenburg, Mecklenburg-Voorpommeren, Saksen, Saksen-Anhalt, Thuringen) (N 613/96).

De steunregeling kan evenwel in bovenvermelde gebieden om de volgende redenen niet krachtens artikel 92, lid 3, onder a), van het EG-Verdrag verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard:

— Overeenkomstig de bovenvermelde mededeling van de Commissie van 1988 kan bedrijfssteun in steungebieden als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), slechts bij wijze van uitzondering worden toegestaan wanneer de steunmaatregel kan bijdragen tot een duurzame en evenwichtige economische ontwikkeling. Bovendien moet de steun volgens de vaste beschikkingenpraktijk van de Commissie degressief en in de tijd beperkt zijn.

De onderhavige steunregeling heeft integendeel tot gevolg het eigen vermogen van de begunstigde ondernemingen te vergroten; de steunregeling garandeert niet, dat het aan de begunstigde ondernemingen ter beschikking gestelde kapitaal voor de economische ontwikkeling van de begunstigde ondernemingen in de steungebieden als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), van het EG-Verdrag wordt gebruikt en niet in werkelijkheid ondernemingen ten goede komt die hun economische activiteiten buiten een steungebied uitoefenen. Dit betekent dat bij deze steunregeling niet kan worden uitgesloten dat ondernemingen die in economisch opzicht tot grote ondernemingen behoren of die buiten steungebieden gevestigde zelfstandige ondernemingen zijn, van de steun profiteren zonder dat de steun daadwerkelijk tot de economische ontwikkeling van de ondernemingen in het steungebied en dus ook van het steungebied zelf bijdraagt⁽⁶⁾. Bijgevolg kan de steunregeling niet onder de in het Verdrag opgenomen uitzonderingsbepalingen voor regionale steun overeenkomstig artikel 92, lid 3, worden gebracht. Tenslotte is de regeling niet degressief.

— Het is niet uitgesloten, dat de steunregeling wordt toegepast op ondernemingen in gevoelige sectoren van de economie, waarvoor specifieke bepalingen inzake steunverlening bestaan (dit zijn thans de sectoren synthetische-vezel- en automobiellindustrie, scheepsbouw, vervoer, landbouw, visserij, de sectoren die onder het EGKS-Verdrag vallen en de sectoren van de ijzer- en staalindustrie die niet onder het EGKS-Verdrag vallen). In bovengenoemde mededeling van de Commissie van 1988 is echter bepaald dat bedrijfssteun geen overcapaciteit in een bedrijfstak mag veroorzaken, zoals die juist in de bovengenoemde gevoelige sectoren, bestaat.

⁽¹⁾ PB C 31 van 3. 2. 1979, blz. 9.

⁽²⁾ Jurispr. 1997, blz. I-2507, r.o. 55.

⁽³⁾ PB C 212 van 12. 8. 1998, blz. 2.

⁽⁴⁾ PB C 373 van 29. 12. 1994, blz. 3.

⁽⁵⁾ PB C 288 van 23. 9. 1997, blz. 5.

⁽⁶⁾ Beschikking van de Commissie van 1 oktober 1997 betreffende de verlenging van de investeringspremie van 8 %, C 28/96, PB L 73 van 12. 3. 1998, blz. 38.

— Tenslotte kan niet worden uitgesloten dat de steunregeling wordt toegepast op ondernemingen in moeilijkheden als bedoeld in de kaderregeling voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden⁽¹⁾, hoewel de opzet van de steunregeling van zodanige aard is dat steun aan dergelijke ondernemingen onwaarschijnlijk lijkt. In elk geval is de steunregeling niet verenigbaar met de in genoemde richtsnoeren vermelde voorwaarden voor het verlenen van steun aan ondernemingen in moeilijkheden.

Wat de toepassing van de steunregeling op ondernemingen met zetel en directie in West-Berlijn betreft, zij eraan herinnerd dat West-Berlijn krachtens bovengenoemde beschikkingen van de Commissie tot 1996 slechts in bepaalde opzichten, en voor de periode 1997 tot 1999 in elk opzicht als steungebied als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder c), is aangemerkt. Bijgevolg is de steunregeling ook van toepassing op ondernemingen buiten de in artikel 92, lid 3, onder a), bedoelde steungebieden, te weten in niet-steungebieden en in steungebieden als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag. Volgens de reeds vermelde vaste beschikkingenpraktijk van de Commissie kan evenwel bedrijfssteun buiten steungebieden als bedoeld in artikel 92, lid 3, onder a), niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard, nog afgezien van de problematiek inzake het verlenen van steun in gevoelige sectoren of aan ondernemingen in moeilijkheden.

Bijgevolg kan de steunregeling niet krachtens de uitzonderingsbepalingen van artikel 92, lid 3, onder a) en c), als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd. Bovendien is de steunregeling niet overeenkomstig artikel 92, lid 3, bestemd tot verwezenlijking van een belangrijk project van Europees belang of tot opheffing van ernstige verstoringen in de economie van een lidstaat, noch tot bevordering van de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed. Tenslotte is de steunregeling niet overeenkomstig artikel 92, lid 2, met de gemeenschappelijke markt verenigbaar; vooral kan de Commissie uit de beschikbare informatie niet afleiden dat de regeling noodzakelijk is om de door de deling van Duitsland berokkende economische nadelen in de zin van artikel 92, lid 2, onder c), te compenseren.

Voorts stelt de steunregeling als voorwaarde voor de belastingvermindering dat de ondernemingen waarin deelnemingen worden genomen, hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten en West-Berlijn hebben. Deze bepaling is in strijd met de vrijheid van vestiging als vervat in artikel 52 van het EG-Verdrag.

De artikelen 52 en volgende van het Verdrag voorzien in de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging. Bovendien is in de artikelen 52 en 58 het recht vastgelegd om via een agentschap of filiaal economische activiteiten uit te oefenen. Zoals het Hof van Justitie heeft verklaard in zijn arrest van 28 januari 1986 in zaak 270/83, Commissie/Frankrijk⁽²⁾, moet volgens artikel 58 de nationaliteit van een onderneming worden bepaald in

overeenstemming met de wetgeving van de lidstaat volgens welke zij is opgericht, alsmede haar zetel en haar hoofdbestuur. Het discriminatieverbod betreft niet alleen rechtstreekse discriminatie maar ook maatregelen van gelijke werking. Volgens artikel 54, lid 3, onder h), van het EG-Verdrag moet de Commissie ervoor zorgen, dat de voorwaarden van vestiging niet worden vervalst als gevolg van steunmaatregelen van de lidstaten. Ter uitvoering van deze bepaling en door middel van zijn algemene programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging van 1962⁽³⁾ heeft de Raad bepaald, dat bepalingen en handelwijzen moeten worden afgeschaft, die alleen voor vreemdelingen de bevoegdheid om de rechten uit te oefenen die gewoonlijk aan het verrichten van een werkzaamheid anders dan in loondienst zijn verbonden, uitsluiten, beperken of aan bepaalde voorwaarden onderwerpen. Tot deze bepalingen en handelwijzen behoren ook directe of indirecte steunmaatregelen van de staten.

Door dit verbod op de beperking van de vrijheid van vestiging zijn de artikelen 52 en volgende er onder andere op gericht de betrokken ondernemingen gelijk te behandelen met ondernemingen die hun zetel in het gastland hebben. Daarentegen komt de steun in het kader van de betrokken steunregeling alleen ten goede aan ondernemingen die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten en West-Berlijn hebben. Om voor de steun in aanmerking te komen, zouden ondernemingen die hun zetel en directie niet in de nieuwe deelstaten en West-Berlijn hebben, deze naar de betrokken gebieden moeten verplaatsen. De steunregeling bevoordeelt daardoor Oost-Duitse en Berlijnse ondernemingen ten opzichte van ondernemingen die geen zetel in Duitsland hebben en is bijgevolg in strijd met het discriminatieverbod van de artikelen 52 en volgende.

Omdat de toepassing van de steunregeling bij bestuursrechtelijke bepaling van 2 januari 1996 van het Ministerie van Financiën is opgeschort, voert Duitsland aan dat de steunregeling nog niet is toegepast en bijgevolg nog geen steun op grond van deze regeling is uitbetaald. Voorzover de steunregeling reeds zou zijn toegepast, moet Duitsland de nodige stappen nemen om de reeds betaalde steun terug te vorderen,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

1. De belastingvermindering in Duitsland op grond van § 52, lid 8, van het EStG (Einkommensteuergesetz, wet op de inkomstenbelasting) vormt ten aanzien van ondernemingen met maximaal 250 werknemers die hun zetel en directie in de nieuwe deelstaten of West-Berlijn hebben, staatssteun die overeenkomstig artikel 92, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 61, lid 1, van de EER-Overeenkomst onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

⁽¹⁾ PB C 368 van 23. 12. 1994, blz. 12.

⁽²⁾ Jurispr. 1986, blz. 273.

⁽³⁾ PB 2 van 15. 1. 1962, blz. 36/62.

2. Duitsland wordt verzocht § 52, lid 8, van het EStG in te trekken.

Artikel 2

1. Eventueel reeds op grond van de in artikel 1, lid 1, genoemde steunregeling betaalde steunbedragen zijn onwettig, omdat zij vóór de eindbeslissing van de Commissie zijn betaald.

2. Duitsland draagt ervoor zorg, dat de onwettig betaalde steun wordt terugbetaald.

De steun moet overeenkomstig de nationale procedures en bepalingen, met name de bepalingen inzake rente wegens verzuim, worden teruggevorderd, vermeerderd met rente over de periode vanaf de datum waarop de onwettige steun is verleend, tegen de rentevoet die op de datum van verlening van de steun in Duitsland als referentierentevoet voor de berekening van het nettosubsidie-equivalent van regionale steun gold.

Artikel 3

Duitsland stelt de Commissie binnen twee maanden na kennisgeving van deze beschikking in kennis van de maatregelen die zijn getroffen om aan deze beschikking te voldoen.

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 21 januari 1998.

Voor de Commissie

Karel VAN MIERT

Lid van de Commissie