

## IV

(Handelingen die vóór 1 december 2009 zijn aangenomen krachtens het EG-Verdrag, het EU-Verdrag en het Euratom-Verdrag)

## BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 30 september 2009

betreffende steunmaatregel C 2/09 (ex N 221/08 en N 413/08) die Duitsland voornemens is ten behoeve van de algemene voorwaarden voor kapitaal deelnemingen ten uitvoer te leggen

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2009) 7387)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2010/13/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met name op artikel 88, lid 2, eerste alinea,

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

Na de belanghebbenden overeenkomstig de genoemde artikelen te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken <sup>(1)</sup>, en gezien deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

#### 1. DE PROCEDURE

- (1) Bij schrijven van 30 april 2008, dat diezelfde dag nog bij de Commissie is geregistreerd, heeft Duitsland ter wille van de rechtszekerheid aanmelding gedaan van twee maatregelen met betrekking tot de *Gewerbsteuerpflicht* (verplichting gemeentelijke bedrijfsbelasting te betalen) en tot vrijstelling van de beperking van de voorwaartse verliesverrekening (*Verlustvortrag*) (steunmaatregel N 221/08). Bij brieven van 26 juni en 23 oktober 2008 heeft de Commissie om aanvullende informatie verzocht. Duitsland heeft daarop geantwoord bij brieven van 24 juli en 21 november 2008, die diezelfde dag nog zijn geregistreerd.
- (2) Bij schrijven van 22 augustus 2008, dat diezelfde dag nog bij de Commissie is geregistreerd, heeft Duitsland ter wille van de rechtszekerheid aanmelding gedaan van nog een derde maatregel met betrekking tot belastingvoordelen voor particuliere investeerders (steunmaatregel N 413/08). Op 9 oktober 2008 vond een bijeenkomst plaats tussen de vertegenwoordigers van Duitsland en van directoraat-generaal Concurrentie. Vervolgens heeft Duitsland bij schrijven van 19 november 2008, dat diezelfde dag nog werd geregistreerd, verdere informatie verschaft.
- (3) Op 28 januari 2009 heeft de Commissie de formele onderzoekprocedure ingeleid ten aanzien van de drie genoemde maatregelen. De samenvatting van dat besluit is

op 14 maart 2009 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt <sup>(2)</sup>. Duitsland heeft ten aanzien van dit besluit tot inleiding van de procedure bij schrijven van 3 maart 2009, dat diezelfde dag nog is geregistreerd, opmerkingen gemaakt. Op 9 en 14 april 2009 hebben belanghebbende derden hun opmerkingen gemaakt, die diezelfde dag nog zijn geregistreerd. Op 23 april 2009 is Duitsland van die opmerkingen in kennis gesteld en bij schrijven van 22 mei 2009, dat diezelfde dag nog is geregistreerd, heeft het daarop geantwoord.

#### 2. BESCHRIJVING VAN DE MAATREGELEN

##### 2.1. Doelstelling van de maatregelen en uitgetrokken middelen

- (4) De aanmeldingen betreffen drie belastingmaatregelen en bevatten twee definities van de begunstigden. Deze maatregelen zijn opgenomen in het *Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen* (wet ter modernisering van de algemene voorwaarden voor kapitaal deelnemingen — hierna „de MoRaKG” genoemd). Zij hebben een gemeenschappelijke doelstelling: stimuleren dat particulier durfkapitaal beschikbaar wordt gesteld aan een bepaalde groep ondernemingen — de doelondernemingen (*Zielgesellschaften*).
- (5) De eerste maatregel (geregistreerd als steunmaatregel N 221/08) is bedoeld om, door specifieke afbakeningscriteria voor de bedrijfsbelastingplicht (*Gewerbsteuerpflicht*) van durfkapitaalondernemingen (*Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften*), het beschikbaar stellen van durfkapitaal te stimuleren. Duitsland gaat ervan uit dat de tenuitvoerlegging van de maatregel in een daling van de belastinginkomsten met 90 miljoen EUR per jaar zal resulteren.
- (6) De tweede maatregel (die ook als steunmaatregel N 221/08 is geregistreerd) zwakt de strikte regels ter voorkoming van misbruik bij verliesaftrek af, waarbij een doelonderneming, ingeval een durfkapitaalonderneming haar aandelen verkrijgt, de mogelijkheid krijgt verliezen voorwaarts te verrekenen. Duitsland verwacht dat deze maatregel in een daling van de belastinginkomsten met 385 miljoen EUR per jaar zal resulteren.

<sup>(1)</sup> PB C 60 van 14.3.2009, blz. 9.

<sup>(2)</sup> Zie voetnoot 1.

- (7) Met de derde maatregel (die als steunmaatregel N 413/08 is geregistreerd) kunnen natuurlijke personen die in doelondernemingen investeren (hierna ook „particuliere investeerders” genoemd), in het geval van vermogenswinst (*Veräußerungsgewinn*) verlagingen van hun inkomstenbelasting (*Einkommensteuervergünstigungen*) krijgen. Dit belastingvoordeel wordt weliswaar rechtstreeks aan de particuliere investeerders verleend, maar de doelondernemingen worden misschien indirect door deze maatregel begunstigd, doordat zij meer investeringen kunnen aantrekken. Duitsland verwacht dat de tenuitvoerlegging van deze maatregel in een daling van de belastinginkomsten met 30 miljoen EUR per jaar zal resulteren.

## 2.2. De begunstigten van de maatregelen

- (8) De drie belastingmaatregelen in de MoRaKG begunstigen durfkapitaalondernemingen en doelondernemingen in de zin van de MoRaKG, alsmede particuliere investeerders, voor het grootste deel vermogende particuliere investeerders (hierna „business angels” genoemd), en wel als volgt:

	Maatregel bedrijfsbelasting	Vrijstelling verbod voorwaartse verliesverrekening	Verlaging inkomstenbelasting
Durfkapitaalondernemingen	rechtstreeks	indirect	neen
Doelondernemingen	neen	rechtstreeks	indirect
Particuliere investeerders	neen	neen	rechtstreeks

- (9) Durfkapitaalondernemingen zijn ondernemingen die door de financiële toezichthouder, de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (hierna „BaFin” genoemd) als dusdanig zijn erkend en mogen niet tegelijkertijd als *Unternehmensbeteiligungsgesellschaft* <sup>(3)</sup> (holdingmaatschappij) zijn geregistreerd. Om als durfkapitaalonderneming te worden erkend, moeten ook nog de volgende voorwaarden zijn vervuld:

- volgens de statuten van de durfkapitaalonderneming moet het vennootschapsdoel zijn het verkrijgen, aanhouden, beheren en vervreemden van durfkapitaalondernemingen. De door de durfkapitaalonderneming beheerde vermogensbestanddelen moeten voor in totaal 70 % bestaan uit deelnemingen in het eigen vermogen van de doelondernemingen;
- de durfkapitaalonderneming moet haar zetel en plaats van leiding in Duitsland hebben;
- het aandelenkapitaal (*Grundkapital*) van een durfkapitaalonderneming of de bijdragen van de vennoten

<sup>(3)</sup> Holdingmaatschappijen worden bij de bevoegde *Oberste Landesbehörde* (hoogste deelstaatautoriteit) geregistreerd. Voor een dergelijke registratie zijn alle soorten deelnemingen met particulier kapitaal toegestaan.

ervan moeten, volgens de akte van oprichting, ten minste 1 miljoen EUR bedragen;

- de durfkapitaalonderneming moet ten minste twee bedrijfsleiders hebben, die betrouwbaar zijn en die over de nodige deskundigheid beschikken om een durfkapitaalonderneming te leiden.

- (10) Doelondernemingen moeten *Kapitalgesellschaften* (kapitaalvennootschappen) zijn en moeten bovendien aan de volgende voorwaarden voldoen:

- zij moeten hun zetel en plaats van leiding hebben in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna „de EER-overeenkomst” genoemd);

- op het tijdstip van de verkrijging van de deelneming door de durfkapitaalonderneming mag het eigen vermogen van de doelonderneming niet meer dan 20 miljoen EUR bedragen;

- de doelonderneming mag maximaal tien jaar vóór de verkrijging van de deelneming door de durfkapitaalonderneming zijn opgericht;

- op het tijdstip van de verkrijging van de deelneming door de durfkapitaalonderneming mogen geen effecten van de doelonderneming zijn toegelaten tot of worden verhandeld op een gereglementeerde of gelijkwaardige markt.

- (11) De maatregelen bevat geen gegevens met betrekking tot de definitie van een doelonderneming ten opzichte van de definitie van ondernemingen in moeilijkheden <sup>(4)</sup>.

## 2.3. Bedrijfsbelasting

### 2.3.1. De achtergrond

- (12) De Duitse bedrijfsbelasting (*Gewerbesteuer*) wordt door de betrokken lokale autoriteiten geheven op economische activiteiten die een vaste inrichting op het grondgebied van een gemeente uitoefent. Een en ander berust op de opvatting dat vaste inrichtingen in de kosten van de door hen gebruikte lokale infrastructuur moeten bijdragen. De bedrijfsbelasting is verschuldigd door alle in de zin van de bedrijfs- en inkomstenbelastingwetgeving economisch actieve onderneming, ongeacht hun rechtsvorm. Bij kapitaalvennootschappen wordt in beginsel een economische activiteit aangenomen. Bij personenvennootschappen (*Personengesellschaften*) wordt onderscheiden naargelang de activiteiten. Ondernemingen met de rechtsvorm van een personenvennootschap, die uitsluitend op het gebied van vermogensbeheer actief zijn, zijn geen bedrijfsbelasting verschuldigd. Personenvennootschappen die economisch actief zijn, zijn daarentegen wel bedrijfsbelastingplichtig.

<sup>(4)</sup> Communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (PB C 244 van 1.10.2004, blz. 2).

(13) Het Bondsministerie van Financiën heeft een schrijven doen uitgaan<sup>(5)</sup> (hierna „de circulaire van 2003” genoemd) doen uitgaan om de vermogensbeheersactiviteiten van durfkapitaal- en private-equity-fondsen af te bakenen ten opzichte van de economische activiteiten van diezelfde fondsen. Volgens deze circulaire zijn durfkapitaal-/private-equity-fondsen bedrijfsbelastingplichtig wanneer hun activiteiten als economische activiteiten kunnen worden aangemerkt. Wanneer zij alleen actief zijn op het gebied van vermogensbeheer, zijn zij evenwel geen bedrijfsbelasting verschuldigd. Deze circulaire van 2003 is gebaseerd op een arrest van het Bundesfinanzhof (BFH) van 25 juli 2001<sup>(6)</sup>. Volgens dat arrest wordt bij een durfkapitaal-/private-equity-fonds geen economische activiteit aangenomen, indien de volgende criteria zijn vervuld:

- geen gebruik van bankkredieten/geen zekerheidsstellingen;
- geen omvangrijke eigen organisatie voor het beheer van het vermogen van het fonds, en de administratieve operaties gaan niet verder dan bij een groot, particulier vermogen (*privates Großvermögen*)<sup>(7)</sup>;
- geen gebruik van een markt met gebruikmaking van ervaren krachten;
- geen aanbieding aan het brede publiek/niet handelen voor eigen rekening;
- geen deelneming op korte termijn;
- geen herinvestering van opbrengsten uit verkoop;
- als onderneming niet zelf actief worden in de ondernemingen uit het portfolio;
- geen *gewerbliche Prägung* (economisch karakter) of *gewerbliche Infektion* (economische besmetting)<sup>(8)</sup>.

(14) Deze criteria dienen in hoofdzaak om het in het Duitse belastingrecht verankerde traditionele onderscheid tussen

economische en niet-economische activiteiten van durfkapitaal-/private-equity-fondsen op te helderen. Vermogensbeheer geldt als een niet-economische activiteit. Het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten is genuanceerd en is behandeld in talrijke arresten van diverse rechtscollleges, onder meer van het Bundesfinanzhof. Over het algemeen zijn durfkapitaal-fondsen of private-equity-fondsen economisch actief wanneer de handel in vermogensbestanddelen (de korte tijd tussen verkrijging en vervreemding van vermogensbestanddelen en effecten) een aanzienlijk deel van hun activiteiten vertegenwoordigt<sup>(9)</sup>.

### 2.3.2. Precisering in de MoRaKG in verband met de bedrijfsbelasting

- (15) Volgens de aanmelding bevat artikel 1, lid 19, van de MoRaKG een „precisering” van de circulaire van 2003 en zouden er geen wezenlijke verschillen zijn tussen de wet en de circulaire.
- (16) Volgens die bepaling moeten durfkapitaalondernemingen met de rechtsvorm van een personenvennootschap, die uitsluitend werkzaam zijn op het gebied van de verkrijging, het aanhouden, het beheer en de vervreemding van durfkapitaaldeelnemingen en die uitsluitend deelnemingen in kapitaalvennootschappen aanhouden, uit het oogpunt van de inkomstenbelasting, als vermogensbeheerders worden aangemerkt. Durfkapitaalondernemingen zijn derhalve met name niet op het gebied van vermogensbeheer actief wanneer de volgende of vergelijkbare werkzaamheden worden uitgeoefend:
- vervreemding op korte termijn van durfkapitaaldeelnemingen en andere deelnemingen in vennootschappen met zetel en plaats van leiding in een staat die partij is bij de EER-overeenkomst;
  - transacties met geldmarktinstrumenten<sup>(10)</sup>; transacties met banktegoeden bij kredietinstellingen met zetel in een staat die partij is bij de EER-overeenkomst; transacties met deelnemingsrechten<sup>(11)</sup>;

<sup>(5)</sup> *Einkommensteuerliche Behandlung von Venture Capital und Private Equity-Fonds; Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb*, BMF-schrijven van 20.11.2003, Bundessteuerblatt 2004, Teil I, nr. 1, blz. 40.

<sup>(6)</sup> Bundessteuerblatt II 2001, blz. 809.

<sup>(7)</sup> Het fonds mag voor het beheer van zijn vermogen geen omvangrijke eigen organisatie onderhouden. Beschikt het fonds over een eigen kantoor, dan heeft zulks geen gevolgen dat niet verder gaat dan bij een groot, particulier vermogen gebruikelijk is.

<sup>(8)</sup> Van een „economische besmetting”, ook wel *Abfärbetheorie* („afgeeftheorie”) genoemd, is bijvoorbeeld sprake wanneer een niet-bedrijfsbelastingplichtige entiteit daarnaast ook economisch actief is. Deze activiteit „geeft” dan in zoverre „af” op de volledige entiteit dat deze daardoor bedrijfsbelastingplichtig wordt, zelfs wanneer die economische activiteit slechts een gering deel van haar activiteiten uitmaakt.

<sup>(9)</sup> „Economische activiteit” wordt gedefinieerd als een zelfstandig, duurzaam uitgeoefende activiteit, ter verkrijging van opbrengsten (dus niet uit liefhebberij), waarbij het om een activiteit uit het algemene economische verkeer gaat (die verder reikt dan dienstverlening aan familieleden en vrienden) en die niet kan worden aangemerkt als een activiteit in de land- en bosbouw of als uitoefening van een vrij beroep (zoals advocaat, arts, kunstenaar of docent). „Vermogensbeheer” wordt gedefinieerd als een activiteit die nog geldt als het inzetten van vermogen — in de zin van een belegging van de uit *Substanzwerte* (intrinsieke waarde van activa) verkregen opbrengsten — en waarbij het gebruik van substantiële vermogensbestanddelen door *Umschichtung* (overdracht in liquide vorm van vermogensbestanddelen) het hoofddoel is. Vooral bij investeringen in effecten of vastgoed is het van bijzonder belang te bepalen of er sprake is van economische activiteit dan wel vermogensbeheer. Is er sprake van economische inkomsten, dan is over alle vermogenswinst belasting verschuldigd — en dus ook bedrijfsbelasting. Gaat het om louter vermogensbeheer, dan is over de uit verschillende bronnen afkomstige inkomsten belasting verschuldigd, maar is over een mogelijke vervreemding van de onderliggende activa in bepaalde omstandigheden geen vermogenswinstbelasting verschuldigd (*Veräußerungsgewinnbesteuerung*) — en dus ook geen bedrijfsbelasting.

<sup>(10)</sup> In de zin van artikel 48 van het *Investmentgesetz*.

<sup>(11)</sup> In de zin van artikel 50 van het *Investmentgesetz*.

- advisering van doelondernemingen waarin de durfkapitaalonderneming een deelneming heeft, toestaan van kredieten en garanties ten behoeve van doelondernemingen waarin de durfkapitaalonderneming een deelneming heeft, alsmede het opnemen van kredieten en het toewijzen van genotsrechten en obligatieleningen;
  - wederbelegging van inkomsten uit de vervreemding van durfkapitaaldeelnames en andere deelnames in vennootschappen met zetel en plaats van leiding in een staat die partij is bij de EER-overeenkomst;
  - gebruik van een markt met gebruikmaking van ervaren krachten.
- (17) Voorts wordt ook geen rekening gehouden met de verkrijging en het onderhoud van eigen bedrijfspanden en een beroepsmatige organisatie voor het opnemen van activiteiten op het gebied van vermogensbeheer. De in overweging 16 genoemde activiteiten mogen wel worden uitgeoefend door een dochteronderneming waarvan alle aandelen door de durfkapitaalonderneming worden aangehouden.

#### 2.4. Voorwaartse verliesverrekening

##### 2.4.1. Inleiding

- (18) Een onderneming kan de in een boekjaar geleden verliezen in de regel overdragen — zij kan deze dus met de winst van toekomstige boekjaren verrekenen. Door voorwaartse verliesverrekening kunnen verliezen tijdens de totale levensduur van een onderneming in aanmerking worden genomen. Dit maakt echter ook misbruiken mogelijk in de vorm van zogeheten lege vennootschappen (*Mantelgesellschaften*) die, ofschoon zij geen bedrijfsactiviteiten meer verrichten, worden vervreemd, omdat de verrekening van hun verliezen een reële waarde oplevert. De overnemer van een dergelijke lege vennootschap met te verrekenen verliezen heeft er baat bij dat zijn toekomstige belastbare winst daarmee wordt verrekend en dat hij aldus, afhankelijk van het toepasselijke belastingpercentage, minder belastingen moet betalen.
- (19) Duitsland heeft in het *Körperschaftsteuergesetz* (Wet vennootschapsbelasting — hierna „KStG” genoemd) maatregelen opgenomen om misbruik door het verhandelen van verliezen te voorkomen. Met het *Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform* (Wet ter voortzetting van de hervorming van bedrijfsbelasting) van 1997 wordt het verhandelen van verliezen in de vorm van lege vennootschappen verboden. Met de *Unternehmenssteuerreformgesetz* van 2008 heeft Duitsland de maatregelen om misbruik te voorkomen, verder aangescherpt. De wet is van toepassing op alle veranderingen van al dan niet middellijke eigendomsbelangen van meer dan 25 % over een periode van vijf jaar. Het KStG voorziet in een proportionele verliesaftrek, wanneer binnen een periode van vijf jaar al dan niet middellijk meer dan 25 % van het maat-

schappelijke kapitaal, van lidmaatschaps-, deelnemings- of stemrechten aan een overnemer worden overgedragen. Niet gebruikte verliezen zijn niet meer volledig aftrekbaar wanneer binnen een periode van vijf jaar al dan niet middellijk meer dan 50 % van het maatschappelijke kapitaal of de zo-even genoemde rechten aan een overnemer worden overgedragen.

##### 2.4.2. De MoRaKG

- (20) De MoRaKG zou de bepalingen inzake voorwaartse verliesverrekening voor door durfkapitaalondernemingen verworven doelondernemingen versoepelen, omdat daarmee doelondernemingen met een aanzienlijk aangepaste eigendomsstructuur verliezen fiscaal kunnen verrekenen die anders onder de toepassing van de basisregel zouden vallen.
- (21) Volgens artikel 4 van de MoRaKG kunnen, ingeval een durfkapitaalonderneming een rechtstreekse deelneming in een doelonderneming verkrijgt, verliezen van de durfkapitaalonderneming nog steeds worden afgetrokken, voor zover dit ten laste komt van de stille reserves van het belastingplichtige binnenlandse bedrijfsvermogen van de doelonderneming. Hetzelfde geldt ingeval een overnemer die geen durfkapitaalonderneming is, rechtstreeks van een durfkapitaalonderneming een deelneming in een doelonderneming verwerft indien:
- de doelonderneming bij de verkrijging van de deelneming een eigen vermogen van maximaal 20 miljoen EUR heeft, of
  - de doelonderneming bij de verkrijging van de deelneming een eigen vermogen van maximaal 100 miljoen EUR heeft en de uitbreiding van het eigen vermogen boven 20 miljoen EUR berust op de jaarlijkse overschotten in de vier, aan de vervreemding voorafgaande boekjaren;
  - er ten minste vier jaar ligt tussen de verkrijging en de vervreemding door de durfkapitaalonderneming van haar deelneming in de doelonderneming.
- (22) Het aftrekbare verlies kan in het jaar waarin de deelneming wordt verworven, in het kader van de verliesaftrek voor één vijfde worden afgetrokken volgens de voorwaarden van de wet inkomstenbelastingen (*Einkommensteuergesetz*); dit bedrag neemt de vier volgende jaren telkens met een vijfde van de aftrekbare verliezen toe.

#### 2.5. Belastingvoordelen voor particuliere investeerders

##### 2.5.1. Inleiding

- (23) De MoRaKG moet, dankzij belastingvoordelen voor met investeringen behaalde winst, ook ertoe bijdragen dat particuliere investeerders zoals bijvoorbeeld business angels in doelondernemingen investeren.

- (24) Volgens artikel 1, lid 20, van de MoRaKG wordt de vermogenswinst die behaald wordt met de vervreemding van aandelen in een doelonderneming, a rato van de deelnemingen onder de investeerders verdeeld. Het aldus bekomen bedrag wordt mee in rekening genomen bij de inkomstenbelasting van de particuliere investeerders/business angels.
- (25) Het belastingvoordeel geldt alleen in het geval van behaalde vermogenswinst. De deelneming van de particuliere investeerders/business angels in een doelonderneming moet de laatste vijf jaar tussen 3 % en 25 % hebben gelegen en mag ten hoogste tien jaar hebben bestaan. Iedere particuliere investeerder/business angel kan, gelet op de maximum deelneming van 25 %, per investering op een belastingvrije winst van 50 000 EUR (200 000 EUR × 0,25) aanspraak maken. Bijgevolg ligt, volgens de berekening van Duitsland, het maximale belastingvoordeel per business angel en per investering op 22 500 EUR. Bij een winst van meer dan 800 000 EUR per investering neemt het belastingvoordeel proportioneel af, totdat het bij een winsttotaal van 1 miljoen EUR is verdwenen.

### 3. IN HET BESLUIT TOT INLEIDING VAN DE PROCEDURE GEFORMULEERDE BEZWAREN

- (26) Zoals in overweging 3 is uiteengezet, heeft de Commissie op 28 januari 2009 een besluit tot inleiding van de formele onderzoekprocedure genomen. Daarin heeft zij zich op het voorlopige standpunt gesteld dat alle drie maatregelen staatssteun vormen.

#### 3.1. De vraag of er bij de maatregel inzake bedrijfsbelasting sprake is van staatssteun

- (27) Op basis van een vergelijking tussen de circulaire van 2003 met „de precisering” in de MoRaKG formuleerde de Commissie twijfel bij de verklaring van Duitsland dat met de MoRaKG de circulaire van 2003 in het kader van een wettelijke regeling gewoon wordt gepreciseerd, aangezien de wet scheen te voorzien in een zekere fiscale voorkeursbehandeling van de nieuw gecreëerde bijzondere categorie van de daarin gedefinieerde durfkapitaalondernemingen. De Commissie had de indruk dat „de precisering” van de circulaire van 2003 afwijkt en dat voor bepaalde durfkapitaalondernemingen minder strenge vrijstellingscriteria voor de bedrijfsbelasting worden bepaald.
- (28) Gelet op die twijfel concludeerde de Commissie dat de maatregel inzake bedrijfsbelasting bepaalde durfkapitaalondernemingen begunstigde ten opzichte van andere beleggingsondernemingen, die mogelijk anderszins dezelfde of vergelijkbare activiteiten uitoefenen. Bovendien zouden de jaarlijkse belastinginkomsten, doordat de bedrijfsbelasting zoals beschreven wegvalt, met naar raming 90 miljoen EUR dalen, hetgeen mogelijk een indicatie is dat de MoRaKG niet louter „een precisering” van de circulaire van 2003 is.

#### 3.2. De vraag of er bij de maatregel inzake voorwaartse verliesverrekening sprake is van staatssteun

- (29) Duitsland heeft niet principieel uitgesloten dat de maatregel inzake voorwaartse verliesverrekening selectief is en aldus doelondernemingen en durfkapitaalondernemingen begunstigt. Duitsland voerde evenwel aan dat dit door de aard en de opzet van het Duitse belastingstelsel wordt gerechtvaardigd. Aangezien de in 2008 ingevoerde algemene beperking van de mogelijkheden voor verliesoptimalisatie (*Verlustnutzungsbeschränkung*) volgens Duitsland de durfkapitaalmarkt bijzonder hard heeft getroffen, zou voor deze markt de mogelijkheid tot verliesoptimalisatie nog moeten blijven bestaan. Bijgevolg voldoet die maatregel aan de criteria van de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen<sup>(12)</sup> (hierna „de mededeling steun vennootschapsbelasting” genoemd).
- (30) De Commissie heeft er evenwel op gewezen dat andere beleggingsondernemingen (ondernemingen dus die niet onder de definitie van het begrip „durfkapitaalonderneming” vallen) niet zouden mogen worden uitgesloten, wanneer zulks door de aard en de opzet van het Duitse belastingstelsel wordt gerechtvaardigd, omdat misschien ook andere beleggingsondernemingen in doelondernemingen zouden kunnen investeren, en deze ook moeten kunnen gebruikmaken van het recht op verliesoptimalisatie. Dit is evenwel niet het geval, omdat doelondernemingen waarin andere beleggingsondernemingen deelnemen, verliezen alleen voorwaarts kunnen verrekenen wanneer deze ondernemingen hun deelneming overeenkomstig de in overweging 21 beschreven voorwaarden van een durfkapitaalonderneming hebben verkregen.
- (31) Duitsland betoogt voorts dat de maatregel het interstatelijke handelsverkeer niet ongunstig beïnvloedt in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag, omdat daarmee een „interne doelstelling” wordt nagestreefd, hetgeen in overeenstemming is met de mededeling steun vennootschapsbelasting van de Commissie. De maatregel vormt slechts een uitzondering op een strikte regel, waarvoor er in andere lidstaten geen equivalent bestaat. Daardoor kan deze maatregel ook geen grensoverschrijdende effecten op de mededinging of het handelsverkeer hebben.
- (32) De Commissie bleef er echter bij dat de begunstigden van deze maatregel hoe dan ook in het interstatelijke handelsverkeer actief kunnen zijn, zodat de maatregel het handelsverkeer beïnvloed kan hebben. Bovendien dient bij het onderzoek van de vraag of met een belastingmaatregel bepaalde ondernemingen een selectief voordeel wordt verleend, te worden uitgegaan van het in de betrokken lidstaat algemeen geldende stelsel. De vraag welke voorschriften in andere lidstaten dienen te worden toegepast, doet daarbij fundamenteel niet ter zake.

<sup>(12)</sup> PB C 384 van 10.12.1998, blz. 3.

### 3.3. De vraag of er bij de maatregel inzake belastingvoordelen sprake is van staatssteun

- (33) Duitsland heeft verklaard dat deze maatregel geen staatssteun vormt, omdat de begunstigden ervan natuurlijke personen zijn. Aangezien door de maatregel investeringen in bepaalde ondernemingen — de doelondernemingen — voor investeerders aantrekkelijker worden, zouden bepaalde ondernemingen (de doelondernemingen) indirect kunnen worden begunstigd<sup>(13)</sup>.
- (34) Daarom kwam de Commissie tot de slotsom dat de criteria „voordeel” en „selectiviteit” zijn vervuld. Bovendien zouden door de toepassing van de maatregel de jaarlijkse belastinginkomsten met rond 30 miljoen EUR dalen.

### 3.4. Verenigbaarheid met de communautaire richtsnoeren inzake staatssteun ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen

- (35) De Commissie betwijfelde dat de maatregelen wel verenigbaar zijn met de communautaire richtsnoeren inzake staatssteun ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen<sup>(14)</sup> (hierna „de richtsnoeren risicokapitaalsteun” genoemd), omdat volgens deze richtsnoeren staatssteun in de vorm van risicokapitaal niet aan grote ondernemingen<sup>(15)</sup>, ondernemingen in moeilijkheden of ondernemingen in de scheepsbouw, de kolenindustrie en de ijzer- en staalindustrie mag worden verleend. In deze zaak kunnen echter ook ondernemingen die tot de zo-even genoemde categorieën behoren, aanspraak maken op de maatregelen. Bijgevolg is de definitie van het toepassingsbereik van de maatregelen (ten aanzien van de begunstigden) niet in overeenstemming met de richtsnoeren risicokapitaalsteun.
- (36) Bovendien dient staatssteun overeenkomstig punt 4.3 van de richtsnoeren risicokapitaalsteun op een bepaalde vorm van marktfalen te zijn gericht en dient het bestaan van dat marktfalen afdoende te worden aangetoond. Een dergelijk bewijs heeft Duitsland niet geleverd.
- (37) Voorts betwijfelde de Commissie ook dat de andere in punt 4 van de richtsnoeren risicokapitaalsteun genoemde

voorwaarden vervuld zijn. Daarnaast stelde de Commissie vast dat de beperking van het belastingvoordeel tot durfkapitaalondernemingen die in kapitaalvennootschappen investeren, in tegenspraak lijkt te zijn met de verklaarde doelstelling van de maatregel — de beschikbaarstelling stimuleren van risicokapitaal aan alle ondernemingen die risicokapitaal nodig hebben. Want jonge, innoverende ondernemingen die risicokapitaal nodig hebben, kiezen misschien andere rechtsvormen dan die van de kapitaalvennootschap. Jonge, innoverende ondernemingen met de rechtsvorm van een personenvennootschap worden evenwel niet door de maatregel begunstigd.

### 3.5. Verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt

- (38) De Commissie betwijfelde dat de maatregelen verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. Alleen ondernemingen met zetel en plaats van leiding in Duitsland kunnen als durfkapitaalonderneming worden aangemerkt. Bijgevolg lijken bepaalde ondernemingen — met name vaste inrichtingen/vestigingen en dochterondernemingen uit de Gemeenschap en de EVA die hun zetel buiten Duitsland hebben — niet voor steun in aanmerking te komen. Deze voorwaarde zou een beperking kunnen inhouden van het recht op vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 van het EG-Verdrag.
- (39) Duitsland voert aan dat ondernemingen die hun zetel buiten Duitsland hebben, niet onder het toezicht staan van BaFin en een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel ten opzichte van Duitse durfkapitaalondernemingen zouden genieten. De Commissie betwijfelde echter dat er geen andere mogelijkheden zijn om toezicht te houden op de vaste inrichtingen van buitenlandse ondernemingen die in Duitsland geregistreerd zijn en de facto met durfkapitaalondernemingen concurreren. Bijgevolg kwam de Commissie toentertijd tot de conclusie dat er geen rechtvaardiging bestaat om die ondernemingen van de regeling uit te sluiten. Om die redenen betwijfelde de Commissie ook dat zij de betreffende maatregelen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kon verklaren.

## 4. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND TEN AANZIEN VAN HET BESLUIT TOT INLEIDING VAN DE PROCEDURE

- (40) Bij schrijven van 3 maart 2009 formuleerde Duitsland opmerkingen bij het besluit van de Commissie om de procedure van artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag in te leiden. Deze opmerkingen betreffen alle drie de maatregelen. In zijn opmerkingen blijft Duitsland op het standpunt staan dat bij de maatregelen geen sprake is van staatssteun.

### 4.1. De maatregel inzake bedrijfsbelasting

- (41) Duitsland bevestigde zijn standpunt dat de maatregel inzake bedrijfsbelasting niet voorziet in een vrijstelling van deze belasting, maar alleen dient om de economische activiteiten af te bakenen van de activiteiten inzake vermogensbeheer — en dus louter declaratoire betekenis

<sup>(13)</sup> Het feit dat belastingvoordelen voor particulieren die in bepaalde ondernemingen investeren, staatssteun aan die ondernemingen kan vormen, is door het Hof van Justitie bevestigd (zie zaak C-156/98, Duitsland/Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-6857).

<sup>(14)</sup> PB C 194 van 18.8.2006, blz. 2.

<sup>(15)</sup> De definitie van een „doelonderneming” in de MoRaKG stemt niet overeen met de communautaire kmo-definitie. Wat bijvoorbeeld de voorwaarde betreft dat een doelonderneming bij de verkrijging van de deelneming van een durfkapitaalonderneming een eigen vermogen van maximaal 20 miljoen EUR mag hebben, stelt de Commissie het volgende vast: het *balanstotaal* is de som van het *eigen vermogen* en de *verplichtingen*. Het bedrag van de verplichtingen ligt in de regel duidelijk hoger dan het eigen vermogen. Bijgevolg kan de voor kmo's geldende drempel van het *balanstotaal* van 43 miljoen EUR gewoon door doelondernemingen worden overschreden. Voorts is het plafond van 250 werknemers en een omzetplafond van 50 miljoen EUR niet in de definitie van het begrip „doelonderneming” opgenomen.

heeft. Of bij een durfkapitaalonderneming sprake is van economische activiteiten dan wel van vermogensbeheer, wordt uiteindelijk beoordeeld volgens de rechtspraak van de hoogste rechterlijke instanties in Duitsland, die in de circulaire van 2003 is samengevat.

- (42) Wat de verwachte daling van de belastinginkomsten met 90 miljoen EUR betreft, verklaarde Duitsland dat er dankzij „de preciseringen” van de MoRaKG minder gevallen zijn van „ongelukkig” geformuleerde contracten, waarbij de belasting alleen verschuldigd is wegens „ongelukkige” formuleringen.

#### 4.2. De maatregel inzake voorwaartse verliesverrekening

- (43) Duitsland bevestigde zijn standpunt dat de voorschriften tot verliesaftrek op het niveau van de doelondernemingen door de aard en de opzet van het belastingstelsel gerechtvaardigd zijn, zelfs wanneer ook beleggingsondernemingen, die niet onder de definitie van de MoRaKG vallen, in doelondernemingen investeren.
- (44) Volgens Duitsland behoort het tot de handelingsvrijheid van de wetgever om durfkapitaalondernemingen te onderscheiden van andere beleggingsondernemingen, omdat er objectieve verschillen bestaan tussen durfkapitaalondernemingen en andere beleggingsondernemingen. Bijgevolg is een dergelijk verschil in behandeling volgens punt 24 van de mededeling steun vennootschapsbelasting van de Commissie gerechtvaardigd.
- (45) Bovendien bevinden durfkapitaalondernemingen zich in een bijzondere situatie. Omdat zij meestal in doelondernemingen met voorwaartse verliesverrekening investeren, is er bij de tweede maatregel geen sprake van staatssteun, maar van een regeling om de nadelen van het bestaande stelsel voor de durfkapitaalmarkt te compenseren.

#### 4.3. Belastingvoordelen voor particuliere investeerders

- (46) Volgens Duitsland zou de maatregel met de belastingvoordelen het interstatelijke handelsverkeer niet merkbaar beïnvloeden, met name omdat het belastingvoordeel tot 22 500 EUR per investeerder is beperkt. Bovendien geldt de maatregel in dezelfde mate voor doelondernemingen met zetel in andere lidstaten, en wordt geen onderscheid gemaakt tussen Duitse doelondernemingen en ondernemingen uit andere lidstaten.
- (47) Voorts verklaart Duitsland dat het bij de directe begunstigden om natuurlijke personen gaat, op wie de staatssteunregels niet van toepassing zijn. Bovendien wordt de doelondernemingen op grond van de bijzondere structuur van de maatregel geen op enigerlei wijze kwantificeerbaar voordeel verleend, hetgeen eveneens uitsluit dat er sprake is van steun.

- (48) Volgens Duitsland wordt het belastingvoordeel niet rechtstreeks aan de investering, doch aan de vervreemding van de deelneming in de doelonderneming verbonden.

#### 4.4. Schending van het basisbeginsel van de vrijheid van vestiging

- (49) Volgens Duitsland schendt de MoRaKG het basisbeginsel van de vrijheid van vestiging van artikel 43 van het EG-Verdrag niet, omdat een beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd is doordat het zetelvereiste de enige mogelijkheid biedt om de inachtneming van de wettelijke voorwaarden veilig te kunnen stellen.

### 5. DE OPMERKINGEN VAN DERDEN

- (50) Drie belanghebbenden hebben opmerkingen gemaakt bij het besluit tot inleiding van de procedure: het Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften — German Private Equity- and Venture Capital Association eV (hierna „BVK” genoemd) bij brief van 9 april 2009, de Biotechnologie-Industrie-Organisation Deutschland eV (hierna „BIO” genoemd) bij schrijven van 14 april 2009, en het Business Angels Network Deutschland eV (hierna „BAND” genoemd).

#### 5.1. De standpunten van de belanghebbenden ten aanzien van de bedrijfsbelasting

- (51) Volgens BVK wordt door de introductie in de MoRaKG van wettelijke criteria om een durfkapitaalonderneming, uit fiscaal oogpunt, als vermogensbeheerder te kwalificeren, geen fiscale steun aan durfkapitaalondernemingen verleend. De MoRaKG draagt veeleer bij tot verdere onzekerheid in de sector.
- (52) Volgens BVK is „de precisering” niet minder strikt dan de circulaire van 2003, omdat de commissie Financiën van de Duitse Bondsdag van oordeel was dat, naast de MoRaKG, de circulaire van 2003 verder aanvullend van toepassing bleef<sup>(16)</sup>. De algemene verklaringen in artikel 1, lid 19, van de MoRaKG zouden dan ook door de circulaire van 2003 moeten worden geconcretiseerd. Door deze onbevredigende regelgevingstechniek zouden de criteria van de circulaire van 2003 ook voor durfkapitaalondernemingen blijven gelden. Daarom valt de door de Bondsregering op 90 miljoen EUR geraamde daling van de belastinginkomsten, volgens BVK, niet te verifiëren.
- (53) BVK is een uitgesproken voorstander van eenvormige, algemene voorwaarden voor binnenlandse én buitenlandse private-equity-ondernemingen — met name uit andere lidstaten van de Europese Unie — en voor hun binnen- en buitenlandse investeerders in Duitsland.

<sup>(16)</sup> Vgl. de *Stellungnahme des Finanzausschusses des deutschen Bundestages* — BT-Drucks. 16/9829, blz. 5 e.v.: voor de uitlegging van de wettelijke regeling blijft dus nog steeds de huidige ambtelijke mededeling van toepassing.

- (54) Volgens BIO is in de MoRaKG niet bepaald dat durfkapitaalondernemingen bij voorkeur van de bedrijfsbelasting worden vrijgesteld. De MoRaKG dient de reeds door de circulaire van 2003 gehanteerde praktijk vast te leggen om fondsen die in het vermogensbeheer actief zijn, van de bedrijfsbelasting vrij te stellen.

### 5.2. De standpunten van belanghebbenden ten aanzien van de voorwaartse verliesverrekening

- (55) Volgens BVK dient de Duitse wetgever binnen- en buitenlandse durfkapitaal- en private-equity-ondernemingen op dezelfde wijze te behandelen als durfkapitaalondernemingen in de zin van de MoRaKG. BVK is voorts van oordeel dat deze doelstelling alleen te bereiken valt door eenvoudige, juridische en fiscale algemene voorwaarden voor alle private-equity-fondsen. BVK stelt voor dat alle durfkapitaalondernemingen die niet onder de definitie van de MoRaKG vallen, zonder discriminatie van de mogelijkheid tot verliesverrekening zouden moeten kunnen gebruikmaken. BVK beklemtoont haar standpunt dat het verbod op verliesaftrek in de Duitse vennootschapsbelastingwet de investeringsactiviteiten van durfkapitaal- en private-equity-ondernemingen blijvend belemmert.
- (56) BIO noemt de MoRaKG een verbetering ten opzichte van het status-quo bij de voorwaartse verliesverrekening. Zij spitst zich vooral toe op de verliesverrekening en is van oordeel dat de gerichte verzachting van een nadeel geen steun vormt. Aangezien vooral innovatieve kleine en middelgrote ondernemingen (hierna „kmo's” genoemd) nadeel ondervinden van de geldende regels inzake verliesaftrek, dient de MoRaKG te worden gezien als een regeling die de fiscale nadelen moet compenseren. Volgens BIO krijgen kapitaalinvesteringsbedrijven die een onderneming kapitaal verschaffen, dankzij de MoRaKG een correcte en noodzakelijke afbakening.

### 5.3. De standpunten van belanghebbenden ten aanzien van de belastingvoordelen voor particuliere investeerders

- (57) BVK juicht de algemene doelstelling van de belastingvoordelen van de MoRaKG voor particuliere investeerders toe. Volgens BVK zijn de belastingvoordelen een passende prikkel voor particulieren die investeren in het bijzonder risicovolle segment van het eerste groeikapitaal waarop de MoRaKG ziet.
- (58) BAND beklemtoont dat dit soort belastingvoordelen voor particulieren die in jonge ondernemingen investeren, in andere lidstaten gebruikelijk zijn en daar ruimhartiger zijn opgezet. BAND toont zich voorstander van de introductie van belastingvoordelen voor particuliere investeerders en juicht dan ook de MoRaKG toe. Tegelijk formuleert BAND ten aanzien van de wel zeer beperkte belastingvoordelen, die alleen bij een succesvolle exit spelen, twijfel of de MoRaKG wel een merkbaar stimulerend effect voor business angels heeft. Volgens BAND bedraagt het maximale belastingvoordeel per investeerder op grond van de *Teileinkünfteverfahren* rond 14 210 EUR — en dus niet, zoals door Duitsland aangegeven, zo'n 22 500 EUR. BAND verklaart voorts dat de indirecte

steun voor doelondernemingen in werkelijkheid steeds onder het de-minimisplafond van 200 000 EUR zou blijven. Het voordeel, mocht daarvan al sprake zijn, gaat pas spelen bij de exit van de investeerder.

- (59) Volgens BIO bedraagt het maximale voordeel dat een particuliere investeerder alleen op zeer specifieke voorwaarden wordt verleend, 22 500 EUR. Dit bedrag is gering en niet aan de investering (doch aan de vervreemding van deelnemingen) verbonden — en kan dus niet aan de doelondernemingen worden overgedragen.

## 6. HET STANDPUNT VAN DUITSLAND TEN AANZIEN VAN DE STANDPUNTEN VAN DERDEN

- (60) Bij schrijven van 22 mei 2009 heeft Duitsland geantwoord op de standpunten die derden hadden geformuleerd.

### 6.1. De maatregel inzake bedrijfsbelasting

- (61) Duitsland betoogt dat BVK, ondanks haar kritiek op de MoRaKG, bevestigt dat de MoRaKG geen afwijking is van de juridische situatie wat betreft het onderscheid tussen vermogensbeheer en economische activiteiten.

### 6.2. De maatregel inzake voorwaartse verliesverrekening

- (62) Duitsland wijst er op dat het voorstel van BVK om de maatregel tot de hele private-equity-sector uit te breiden, tot ongerechtvaardigde meevallers zou leiden. Om de maatregel zo doelgericht mogelijk te maken, heeft Duitsland voor de nodige differentiatie gekozen.
- (63) Duitsland beklemtoont dat BIO het standpunt van Duitsland bevestigt dat de MoRaKG een op objectieve criteria gebaseerde, coherente differentiatie is die moet verhinderen dat op buitensporige wijze van de mogelijkheden voor verliesoptimalisatie wordt gebruikgemaakt.

### 6.3. Belastingvoordelen voor particuliere investeerders

- (64) Duitsland beschouwt de standpunten van derden als de bevestiging van zijn standpunt dat de maatregel geen steun vormt, gezien het beperkte en indirecte karakter ervan, de winstgerichtheid en het feit dat deze openstaat voor doelondernemingen uit alle lidstaten.

## 7. BEOORDELING

### 7.1. De vraag of er sprake is van staatssteun

#### 7.1.1. De maatregel inzake bedrijfsbelasting

- (65) In het kader van de formele onderzoeksprocedure zijn de bezwaren van de Commissie ten aanzien van de beweerdde juridische „precisering” door de MoRaKG van de circulaire van 2003, uit oogpunt van de bedrijfsbelastingplicht, niet weggenomen.



- (66) Duitsland gaat ervan uit dat deze maatregel in een daling van de belastinginkomsten met 90 miljoen EUR per jaar zal resulteren. Het verklaart deze inkomstdaling doordat er in de toekomst minder „ongelukkig geformuleerde” contracten zouden zijn. Deze rechtvaardigingsgrond kan voor de Commissie niet overtuigen. Het valt namelijk moeilijk te geloven dat de durfkapitaalondernemingen de belastingwetgeving zo slecht kennen dat zij dit soort „ongelukkig geformuleerde” contracten en de daaruit resulterende belastingverplichtingen niet zouden kunnen vermijden. Bovendien wordt het standpunt van de Commissie kennelijk bevestigd, aangezien BVK opmerkte dat de MoRaKG tot verdere onzekerheid in de sector zou bijdragen.
- (67) De Commissie blijft er hoe dan ook bij dat de maatregel duidelijk zou resulteren in een derving van staatsmiddelen, die de staat anders (in de voordien bestaande situatie) waren toegefallen. Daarom komt de Commissie tot de conclusie dat de maatregel uit staatsmiddelen wordt verleend.
- (68) Los van de voor de hier te beoordelen zaak niet ter zake doende vraag of de circulaire van 2003 verenigbaar is met de aard en de opzet van het Duitse belastingstelsel, heeft de Commissie in haar besluit tot inleiding van de procedure doen opmerken dat de MoRaKG kennelijk van de circulaire afwijkt, omdat:
- durfkapitaalondernemingen investeerders mogen zoeken via een tot het brede publiek gericht aanbod, hetgeen in de circulaire van 2003 echter wordt uitgesloten;
  - volgens de MoRaKG durfkapitaalondernemingen eigen bedrijfspanden en een bedrijfsmatige organisatie voor de uitoefening van hun activiteiten mogen onderhouden, terwijl de circulaire van 2003 een „omvangrijke eigen organisatie” verbiedt en het aantal medewerkers en kantoren beperkt tot hetgeen bij een groot particulier vermogen gebruikelijk is;
  - zakelijke activiteiten van de durfkapitaalonderneming in ondernemingen uit het portfolio in de MoRaKG niet uitdrukkelijk worden verboden, terwijl de circulaire van 2003 dat soort activiteiten, zoals in overweging 13 aangegeven, niet toestaat.
- (69) De in het kader van de onderzoekprocedure ontvangen opmerkingen hebben deze bezwaren niet weggenomen. Daarom dient de Commissie te concluderen dat de MoRaKG de potentiële groep begunstigden die niet bedrijfsbelastingplichtig zijn, uitbreidt, omdat mogelijk bepaalde durfkapitaalondernemingen die volgens de circulaire van 2003 bedrijfsbelastingplichtig waren, worden aangemerkt als zijnde niet bedrijfsbelastingplichtig. Aldus wordt met de hier te onderzoeken maatregel bepaalde durfkapitaalondernemingen in zoverre een belastingvoordeel verleend dat zij daardoor bepaalde activiteiten kunnen uitoefenen en toch nog van de belastingplicht wordt vrijgesteld — in tegenstelling tot durfkapitaalfondsen/private-equity-fondsen, waarvoor alleen de circulaire van 2003 geldt en die dus bij de uitoefening van deze activiteiten belastingplichtig zouden worden.
- (70) Bovendien verschaft de maatregel alleen durfkapitaalondernemingen die onder het toepassingsbereik van de MoRaKG vallen, een selectief voordeel ten opzichte van durfkapitaal-/private-equity-fondsen. Want een durfkapitaalonderneming geniet alleen dan de maatregel, wanneer zij aan de definitie van de MoRaKG voldoet. Aldus kunnen durfkapitaal-/private-equity-fondsen die minder dan 70 % van hun totale vermogen hebben geïnvesteerd in deelnemingen in doelondernemingen, geen aanspraak maken op de maatregel, zelfs indien zij fundamenteel dezelfde activiteiten uitoefenen. Hetzelfde geldt voor durfkapitaal-/private-equity-fondsen die niet alleen hun zetel maar ook hun plaats van leiding in Duitsland hebben. Bijgevolg kunnen durfkapitaal-/private-equity-fondsen die alleen een vaste inrichting in Duitsland hebben, geen aanspraak maken op de regeling uit de MoRaKG, zelfs indien zij precies dezelfde activiteiten uitoefenen als durfkapitaalondernemingen.
- (71) Aldus worden alleen ondernemingen die tot deze kleine groep behoren, dankzij staatsmiddelen bevrijd van een deel van hun exploitatiekosten (namelijk een bepaalde belastingplicht), die zij normaal gesproken volgens het huidige juridische kader zelf hadden moeten dragen. De begunstigden van dit voordeel zijn hoofdzakelijk actief op het gebied van de verschaffing van private equity en durfkapitaal en concurreren met andere holdingmaatschappijen in Duitsland of andere lidstaten. Doordat met deze belastingmaatregel de financiële middelen die de begunstigden voor de uitoefening van hun activiteiten ter beschikking staan, worden verhoogd, wordt daardoor hun positie ten opzichte van hun concurrenten in de Gemeenschap versterkt. Bijgevolg kan door deze steun de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig worden beïnvloed.
- (72) Mitsdien komt de Commissie tot de bevinding dat bij de aangemelde maatregel voor bedrijfsbelasting sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag ten behoeve van bepaalde durfkapitaalondernemingen.
- 7.1.2. *Verliesaftrek*
- (73) Zoals in punt 4.2 is uiteengezet, is Duitsland het fundamenteel ermee eens dat de herinvoering van de voorwaartse verliesverrekening voor in doelondernemingen investerende durfkapitaalondernemingen selectief is en zowel de durfkapitaal- als doelondernemingen begunstigt. Duitsland stelt zich evenwel op het standpunt dat durfkapitaalondernemingen en doelondernemingen, voor zover passend en doenbaar, zijn gedifferentieerd en dat deze differentiatie, in overeenstemming met punt 24 van de mededeling steun vennootschapsbelasting van de Commissie (waar volgens een bepaalde differentiatie in het belastingstelsel gerechtvaardigd kan worden door objectieve verschillen tussen de belastingplichtigen) door objectieve verschillen tussen de belastingplichtigen wordt gerechtvaardigd, omdat de in 2008 ingevoerde algemene beperking van de mogelijkheden voor verliesoptimalisatie bijzonder sterk te voelen is op de markt voor durfkapitaal.

- (74) Ten eerste doet de Commissie opmerken dat de staat met de maatregel duidelijk staatsmiddelen derft. Aldus wordt deze maatregel uit staatsmiddelen verleend. De belastingverliezen komen de doelondernemingen en de durfkapitaalondernemingen ten goede, aangezien deze de begunstigen van de maatregel zijn. De minder strikte beperkingen inzake voorwaartse verliesverrekening die gelden voor doelondernemingen waarin de durfkapitaalondernemingen deelnemingen verkrijgen, leveren deze beide groepen ondernemingen een economisch voordeel op en stellen hen in staat belastingen te besparen. De doelonderneming profiteert namelijk van de voorwaartse verliesverrekening doordat zij daardoor verliezen kan verrekenen en zo minder belastingen hoeft te betalen, hetgeen in andere gevallen op grond van de regels ter voorkoming van misbruik zou zijn uitgesloten. De durfkapitaalonderneming wordt in zoverre bijna direct begunstigd dat andere overnemers van de verrekening geen gebruik kunnen maken.
- (75) Aangezien de belastingbesparing in wezen alleen kan worden behaald wanneer durfkapitaalondernemingen in doelondernemingen investeren, worden de doelondernemingen ook indirect begunstigd. De maatregel prikkelt durfkapitaalondernemingen namelijk te investeren in doelondernemingen — en niet in andere ondernemingen die op grond van louter economische overwegingen voor durfkapitaalinvesteringen in aanmerking zouden komen. Daardoor kunnen doelondernemingen risicokapitaal in andere hoeveelheden en tegen andere voorwaarden krijgen dan wanneer de maatregel niet zou bestaan. Aldus kan de maatregel de kapitaalbasis van doelondernemingen indirect versterken.
- (76) Bovendien dient het argument van Duitsland te worden afgewezen als zou deze maatregel, ook al valt niet uit te sluiten dat ondernemingen in moeilijkheden onder de definitie van het begrip „doelonderneming” vallen, dit soort ondernemingen geen voordeel opleveren. Volgens de redenering van Duitsland zou een doelonderneming die in moeilijkheden verkeert, geen winst maken die de verliezen kan compenseren en die kan worden belast. Daarom doet de mogelijkheid om verliezen uit de vorige periode voor deze ondernemingen te gebruiken, niet relevant. Bijgevolg vormt de MoRaKG voor ondernemingen in moeilijkheden in de zin van de gemeenschapsrechtelijke definitie geen voordeel. Volgens de Commissie is dit geen sluitende redenering, aangezien de overnemer van een onderneming in moeilijkheden of van een lege vennootschap de facto om fiscale redenen in de voorwaartse verliesverrekening van die ondernemingen kan zijn geïnteresseerd.
- (77) Deze voordelen kunnen het handelsverkeer en de mededinging ongunstig beïnvloeden. Voor durfkapitaalondernemingen heeft de Commissie dit criterium in overweging 71 getoetst ten aanzien van de regeling voor de bedrijfsbelasting. Wat de doelondernemingen betreft, tekent de Commissie aan dat deze ondernemingen in ieder denkbare bedrijfstak werkzaam kunnen zijn en dus ook in bedrijfstakken waarvoor er intracommunautair handelsverkeer bestaat of zou kunnen bestaan. Bijgevolg kan het hun verleende economische voordeel de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden.
- (78) Ten tweede stelt de Commissie vast dat het selectieve karakter van de maatregel buiten kijf staat.
- (79) Ten derde doet de Commissie opmerken dat Duitsland niet heeft kunnen aantonen dat de maatregel verenigbaar is met de aard en de opzet van het Duitse belastingstelsel. Zelfs indien het zo was dat de beperking van de mogelijkheden voor verliesoptimalisatie zich bijzonder sterk laten voelen op de durfkapitaalmarkt en dat dus een bijzondere behandeling gerechtvaardigd was, zou dit volgens de Commissie niet de door Duitsland doorgevoerde differentiëring van belastingplichtigen rechtvaardigen, aangezien niet de volledige durfkapitaalsector van het verbod op voorwaartse verliesverrekening wordt vrijgesteld. Wanneer de aannames van Duitsland correct zouden zijn, zouden er geen objectieve gronden zijn om ondernemingen die geen durfkapitaalondernemingen zijn en die in dezelfde doelondernemingen investeren, van de maatregel uit te sluiten. Ondernemingen niet zijnde durfkapitaalondernemingen kunnen slechts in zeldzame gevallen op de maatregel aanspraak maken, wanneer zij van een durfkapitaalonderneming een deelneming in een doelonderneming overnemen. Dit standpunt wordt ook door de in punt 5.2 opgevoerde standpunten van BVK bevestigd.
- (80) Bovendien lijkt de maatregel niet met de aard en de opzet van het Duitse belastingstelsel verenigbaar te zijn, aangezien niet is aangetoond waarom de beperking van de mogelijkheden voor verliesoptimalisatie zich bij durfkapitaalondernemingen wel bijzonder hard laat voelen wanneer deze in doelondernemingen investeren, doch niet wanneer zij diezelfde activiteiten uitoefenen wanneer zij andere ondernemingen zoals personenvennootschappen, die misschien ook moeilijkheden ondervinden om aan risicokapitaal te komen (met name jonge, innovatieve ondernemingen), kapitaal ter beschikking stellen.
- (81) Voorts is de Commissie van oordeel dat Duitsland met de reeds in punt 2.4.1 genoemde verscherping door het *Unternehmenssteuerreformgesetz 2008* van de maatregelen ter voorkoming van misbruik van voorwaartse verliesverrekening de nieuwe, algemene belastingvoorschriften op dit gebied heeft vastgelegd. Deze maatregelen ter voorkoming van misbruik worden nu door minder strenge bepalingen voor de voorwaartse verliesverrekening die voor een geselecteerde groep van ondernemingen gelden, deels ongedaan gemaakt, hetgeen niet door de aard en de opzet van het sinds 2008 geldende belastingstelsel lijkt te zijn gerechtvaardigd.
- (82) Mitsdien komt de Commissie tot de bevinding dat bij de aangemelde maatregel voor voorwaartse verliesverrekening sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag ten behoeve van doelondernemingen en durfkapitaalondernemingen.

### 7.1.3. Belastingvoordelen voor particuliere investeerders

- (83) Zoals in punt 4.3 is uiteengezet, heeft Duitsland verklaard dat deze maatregel geen staatssteun vormt, omdat de begunstigden ervan natuurlijke personen zijn. Tegelijk voert Duitsland aan dat de maatregel de doelondernemingen geen verifieerbaar en kwantificeerbaar voordeel oplevert en dat deze dus ook geen effect heeft op de koers van de aandelen. De belastingbesparing voor particuliere investeerders is zeer gering en speelt alleen bij een succesvolle exit van de investeerder. Bijgevolg zou de maatregel volgens Duitsland particuliere investeerders slechts een geringe prikkel geven om in doelondernemingen te investeren. De maatregel verstoort dan ook slechts in geringe mate de concurrentie tussen doelondernemingen en andere ondernemingen.
- (84) Zoals in punt 2.1 is uiteengezet, verliest Duitsland door de maatregel 30 miljoen EUR per jaar aan staatsmiddelen. De maatregel wordt dan ook uit staatsmiddelen gefinancierd.
- (85) De betrokken maatregel wil particulieren met fiscale prikkels ertoe aanzetten te investeren in een selecte groep ondernemingen (de doelondernemingen) — en niet in andere ondernemingen, die, uit zuiver economische overwegingen, voor durfkapitaalinvesteringen in aanmerking zouden komen. Daardoor kunnen doelondernemingen risicokapitaal in andere hoeveelheden en tegen andere voorwaarden krijgen dan wanneer de maatregel niet zou bestaan. Aldus kan de maatregel de kapitaalbasis van doelondernemingen indirect versterken. Deze conclusie geldt ook wanneer het de investeerders verleende belastingvoordeel afhankelijk wordt gesteld van toekomstige winst en — zoals Duitsland en de belanghebbenden beklemtonen — het bedrag betrekkelijk gering is. Gezien de aard van de maatregel is het bijzonder moeilijk het voordeel dat de doelondernemingen met de maatregel verleend krijgen, vooraf precies te berekenen<sup>(17)</sup>. Bijgevolg kan niet worden geconcludeerd dat het bij de steun voor de doelondernemingen in ieder geval om de-minimisbedragen gaat. Dat het bij een belastingvoordeel voor particulieren die in bepaalde ondernemingen investeren, ongeacht de omvang van het voordeel voor een particulier, om staatssteun ten behoeve van deze ondernemingen kan gaan, is bovendien door het Hof van Justitie bevestigd<sup>(18)</sup>.
- (86) De Commissie komt derhalve tot de conclusie dat het met de maatregel voor de inkomstenbelasting verleende belastingvoordeel selectief is en een beperkt aantal ondernemingen begunstigt, doordat deze ten opzichte van de

gewone marktvoorwaarden betere toegang tot risicokapitaal verleend krijgen. Het voordeel wordt uit staatsmiddelen verleend, aangezien het in de grond om gedeelde belastinginkomsten gaat, waarmee voor particulieren de marktprikkels worden gecreëerd om kapitaal beschikbaar te stellen aan de doelondernemingen — en niet aan andere ondernemingen die, uit oogpunt van rendementsvooruitzichten, normalerwijze voor kapitaalverschaffers in aanmerking zouden komen.

- (87) In hoeverre deze steun de mededinging en het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden, is in overweging 77 nader onderzocht.
- (88) Mitsdien komt de Commissie tot de conclusie dat bij het met de aangepaste maatregel voor de inkomstenbelasting verleende belastingvoordeel sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag ten behoeve van de doelondernemingen.

## 7.2. Verenigbaarheid met de staatssteunregels

### 7.2.1. De aanmelding van de maatregel

- (89) Duitsland heeft de MoRaKG aangemeld vóór de tenuitvoerlegging ervan en heeft daarmee voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 88, lid 3, van het EG-Verdrag. Aangezien alle maatregelen van de MoRaKG eenzelfde doelstelling dienen — de beschikbaarstelling van particulier durfkapitaal voor ondernemingen stimuleren — heeft de Commissie deze maatregelen op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt getoetst op basis van de richtsnoeren risicokapitaalsteun.
- (90) Daarnaast heeft de Commissie onderzocht of misschien andere steunkaders of steunverordeningen zoals de communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie<sup>(19)</sup>, Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard<sup>(20)</sup> (hierna „de algemene groepsvrijstellingsverordening” genoemd) of Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun<sup>(21)</sup> op de hier te onderzoeken maatregelen van toepassing zijn. In tegenstelling tot de te onderzoeken maatregelen zijn volgens deze steunkaders of verordeningen ondernemingen in moeilijkheden en ondernemingen uit de scheepsbouw, de kolenindustrie, en de ijzer- en staalindustrie van het toepassingsbereik daarvan uitgesloten en/of komen alleen kmo's voor steun in aanmerking. Om de voorgaande redenen is de Commissie van oordeel dat de aangemelde maatregelen, door hun toepassingsbereik, van de toepassing van deze communautaire steunkaders en verordeningen zijn uitgesloten.

<sup>(17)</sup> Het is bijzonder moeilijk vooraf het verschil te bepalen tussen het bedrag en de voorwaarden waarop het kapitaal zonder de maatregel zou worden toegekend, en het bedrag of de voorwaarden die op basis van de maatregel worden verleend.

<sup>(18)</sup> Zie zaak C-156/98, Duitsland/Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-6857, reeds aangehaald, punt 64: „Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat, zoals in punt 30 van het onderhavige arrest is vastgesteld, de litigieuze steunregeling aan de begunstigde ondernemingen bedrijfssteun verleent, [...]”

<sup>(19)</sup> PB C 323 van 30.12.2006, blz. 1.

<sup>(20)</sup> PB L 214 van 9.8.2008, blz. 3.

<sup>(21)</sup> PB L 379 van 28.12.2006, blz. 5.

## 7.2.2. De maatregel inzake bedrijfsbelasting

- (91) Zoals in punt 7.1.1 is uiteengezet, vormt de maatregel inzake bedrijfsbelasting staatssteun ten gunste van durfkapitaalondernemingen. Deze maatregel geeft durfkapitaalondernemingen evenwel geen uitdrukkelijke prikkels om risicokapitaalinvesteringen te doen, maar maakt het hun alleen mogelijk over ruimere financiële middelen te beschikken, die zij naar eigen inzicht kunnen inzetten (dus hogere winstuitkeringen aan hun partners).
- (92) In tegenstelling tot de hier te onderzoeken maatregelen mag volgens de richtsnoeren risicokapitaalsteun staatssteun in de vorm van risicokapitaal niet aan grote ondernemingen, ondernemingen in moeilijkheden of ondernemingen in de scheepsbouw, de kolenindustrie, en de ijzer- en staalindustrie worden verleend. De maatregel inzake bedrijfsbelasting kan dergelijke ondernemingen, met name grote ondernemingen, evenwel begunstigen. Daarom is het toepassingsbereik van de maatregel niet met de richtsnoeren risicokapitaalsteun bestaanbaar.
- (93) De maatregel is niet met punt 4 van die richtsnoeren bestaanbaar, omdat de bijzondere voorwaarden om dat punt toe te passen niet zijn vervuld. Zo mag volgens dat punt 4 de maximale omvang van de investeringstranches per periode van twaalf maanden en per begunstigde niet meer dan 1,5 miljoen EUR bedragen. De hier onderzochte maatregel bevat geen dergelijk plafond. Voorts dient volgens de richtsnoeren risicokapitaalsteun de financiering in het kader van de steunmaatregel bij kleine ondernemingen tot de expansiefase en bij middelgrote ondernemingen op de vroege-groefasen te zijn beperkt. Die voorwaarden zijn niet vervuld, aangezien het bij de doelondernemingen ook om grote ondernemingen kan gaan.
- (94) De maatregel is niet overeenstemming met de cumulering- en verslagleggingsregels van de punten 6 en 7.1 van de richtsnoeren risicokapitaalsteun.
- (95) Voorts is de Commissie niet bij machte de maatregel op zijn verenigbaarheid met punt 5 van de richtsnoeren risicokapitaalsteun te toetsen. Volgens de richtsnoeren risicokapitaalsteun moet staatssteun namelijk zijn gericht op een specifiek marktfaal, waarvan het bestaan afdoende dient te worden aangetoond. Duitsland heeft geen bewijzen verschaft dat de doelondernemingen van een bepaald marktfaal nadeel ondervinden.
- (96) Bijgevolg komt de Commissie tot de bevinding dat de maatregel inzake bedrijfsbelasting niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is.

## 7.2.3. Verliesaftrek

- (97) Zoals in punt 7.1.2 is uiteengezet, vormt de maatregel inzake voorwaartse verliesverrekening staatssteun op het niveau van de durfkapitaalondernemingen en de doelondernemingen. De steun wordt verleend in de vorm van een fiscale prikkel in de zin van punt 4.2, onder d), van de richtsnoeren risicokapitaalsteun.
- (98) Om de reeds in de overwegingen 92 tot en met 95 uiteengezette redenen kan de Commissie de onderhavige maatregel niet als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt aanmerken. De maatregel is namelijk niet in overeenstemming met de uitsluitingcriteria van punt 2.1 van de richtsnoeren risicokapitaalsteun, noch met de regels inzake cumulering en verslaglegging van de punten 6 en 7.1 of de criteria van punt 4 van diezelfde richtsnoeren. Bovendien zijn geen bewijzen voorhanden voor marktfaal waarvan de doelondernemingen en durfkapitaalondernemingen te lijden zouden hebben, zodat de Commissie geen redenen ziet om in de zin van punt 5 van de richtsnoeren een nadere beoordeling van de verenigbaarheid van de kwestieuze maatregelen te gaan uitvoeren.
- (99) De verkrijging van bestaande deelnemingen (vervangingsfinanciering) in een doelonderneming wordt binnen deze maatregel niet uitgesloten. Vervangingsfinanciering komt, volgens de in de richtsnoeren risicokapitaalsteun gegeven definitie van „durfkapitaal”, niet in aanmerking.
- (100) Daarnaast stelt de Commissie vast dat de beperking van het belastingvoordeel tot durfkapitaalondernemingen die in kapitaalvennootschappen investeren, in tegenspraak lijkt te zijn met de verklaarde doelstelling van de maatregel — risicokapitaalinvesteringen stimuleren. Want jonge, innoverende ondernemingen die risicokapitaal nodig hebben, kiezen misschien andere rechtsvormen dan die van de kapitaalvennootschap. Jonge, innoverende ondernemingen met de rechtsvorm van een personenvennootschap worden evenwel niet door de maatregel begunstigd.
- (101) Bijgevolg komt de Commissie tot de conclusie dat de maatregel inzake voorwaartse verliesverrekening niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is.

## 7.2.4. Belastingvoordelen voor particuliere investeerders

- (102) Zoals in punt 7.1.3 is uiteengezet, vormt de maatregel inzake belastingvoordelen bij de inkomstenbelasting indirecte staatssteun op het niveau van de doelondernemingen. Aangezien de maatregel voor particulieren prikkels creëert om in doelondernemingen te investeren, zouden daarmee risicokapitaalinvesteringen, volgens punt 4.2, onder d), van de richtsnoeren risicokapitaalsteun, kunnen worden begunstigd.

- (103) Om de reeds in de overwegingen 92 tot en met 95 uiteengezette redenen kan de Commissie, de onderhavige maatregel niet als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt aanmerken. De maatregel is namelijk niet in overeenstemming met de uitsluitingcriteria van punt 2.1 van de richtsnoeren risicokapitaalsteun, noch met de regels inzake cumulering en verslaglegging van de punten 6 en 7.1 of de criteria van punt 4 van diezelfde richtsnoeren. Bovendien zijn er geen bewijzen voorhanden voor marktfalen waarvan de doelondernemingen en durfkapitaalondernemingen te lijden zouden hebben, zodat de Commissie geen redenen ziet om in de zin van punt 5 van de richtsnoeren een nadere beoordeling van de verenigbaarheid van de kwestieuze maatregelen te gaan uitvoeren.
- (104) Bijgevolg komt de Commissie tot de slotsom dat de maatregel inzake belastingvoordelen voor de inkomstenbelasting in zijn huidige vormgeving volgens de richtsnoeren risicokapitaalsteun niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kan worden verklaard. Aangezien particulieren evenwel betrekkelijk weinig prikkels krijgen om in doelondernemingen te investeren — en het aan de doelondernemingen verleende voordeel dus gering zou zijn — zou de maatregel de mededinging tussen doelondernemingen en andere ondernemingen niet zijnde doelondernemingen slechts in geringe mate verstoren. Bovendien is de maatregel in zoverre geschikt om een algemeen positief effect te sorteren, omdat hij ertoe kan bijdragen dat ondernemingen die risicokapitaal nodig hebben, risicokapitaal op basis van onderbouwde economische argumenten ter beschikking wordt gesteld. Particuliere investeerders baseren hun keuze van de in aanmerking komende doelondernemingen immers op rendementsverwachtingen voor hun geïnvesteerde kapitaal. Bijgevolg is de Commissie van oordeel dat de maatregel, mits de in artikel 3 van de onderhavige beschikking voorwaarden in acht worden genomen, met de voorwaarden van de richtsnoeren risicokapitaalsteun in overeenstemming kan worden gebracht.

### 7.3. De verenigbaarheid met de interne markt

- (105) De maatregelen inzake bedrijfsbelasting en de voorwaartse verliesverrekening, die durfkapitaalondernemingen kunnen begunstigen, schenden de regels van de interne markt, met name waar het gaat om de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 van het EG-Verdrag (zie punt 3.5).
- (106) Volgens Duitsland bevat de MoRaKG nadere bepalingen ten aanzien van de structuur en de bedrijfsactiviteiten van durfkapitaalondernemingen. Daarbij gaat het met name om de voorschriften ten aanzien van de aard van de activiteiten, het beleggingsbeleid van durfkapitaalondernemingen en de vraag naar hun inbedding in concernstructuren en de minimale deelneming in durfkapitaalondernemingen. Deze voorwaarden zouden voor alle durfkapitaalondernemingen gelden. Bij Duitse vaste inrichtingen van buitenlandse kapitaalinvesteringsondernemingen zou niet met zekerheid kunnen worden vastgesteld dat deze voorschriften door de hele onderneming in acht worden genomen. Een louter beperkte erkenning van de Duitse vaste inrichting zou dus de weg openen om de voorschriften te omzeilen en deze zodoende de facto teniet te doen. Iedere financiële toezichthouder ziet toe op de binnen zijn ressort gevestigde onderneming, in overeenstemming met de respectieve nationale voorschriften, waarbij een aanzienlijk deel van deze voorschriften met het EU-recht zijn geharmoniseerd. In de sector durfkapitaalfinanciering bestaat een dergelijke harmonisering van de toezichtzeisen op EU-niveau nog niet.
- (107) De mededingingsbezwaren van de Commissie zijn niet weggenomen. Ten eerste moeten EG- en EER-ondernemingen met hun zetel buiten Duitsland en een vaste inrichting in Duitsland principieel voor steun in aanmerking komen wanneer zij kunnen aantonen dat zij voldoen aan de in de steunregelingen vastgestelde voorwaarden en de bepalingen inzake structuur en bedrijfsactiviteiten van durfkapitaalondernemingen (voor zover die met het EG-Verdrag verenigbaar zijn). Het argument dat de Duitse toezichthouder BaFin niet bij machte is op deze ondernemingen toezicht uit te oefenen, betekent evenwel niet noodzakelijkerwijs dat zij daardoor een concurrentievoordeel ten opzichte van de in Duitsland gevestigde ondernemingen genieten, noch dat zij de facto voldoen aan de in de steunregelingen vastgestelde voorwaarden en de bepalingen inzake structuur en bedrijfsactiviteiten van durfkapitaalondernemingen. Bijgevolg is dit argument ontoereikend om van een basisbeginsel van het EG-Verdrag te kunnen afwijken.
- (108) Geconcludeerd dient te worden dat de indruk bestaat dat Duitsland dezelfde doelstelling met minder discriminerende middelen had kunnen bereiken<sup>(22)</sup>. Zo zou de inachtneming van de in de steunregelingen vastgestelde voorwaarden bijvoorbeeld kunnen worden nagegaan door een vrijwillig ingediende verklaring met het oog op onderzoek door BaFin, door een bevestiging van de buitenlandse toezichthouder of door onafhankelijke accountantsverslagen. Duitsland dient buitenlandse ondernemingen met een vaste inrichting in Duitsland de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat zij voldoen aan de in de steunregelingen vastgestelde voorwaarden en de bepalingen inzake structuur en bedrijfsactiviteiten van durfkapitaalondernemingen.
- (109) De Commissie komt derhalve tot de conclusie dat de maatregelen inzake bedrijfsbelasting en voorwaartse verliesverrekening niet met de interne markt verenigbaar zijn, omdat zij het beginsel van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 van het EG-Verdrag schenden.

<sup>(22)</sup> Zo voorzag Frankrijk bij steunmaatregel N 629/07, PB C 206 van 1.9.2009, blz. 1, in de mogelijkheid om ook steun te verlenen aan buitenlandse investeringsstructuren die met de in Frankrijk gevestigde structuren waarvoor de onderzochte steun bestemd was, vergelijkbaar waren. Een andere voorbeeld is steunmaatregel N 36/09, PB C 186 van 8.8.2009, blz. 3.

## 8. CONCLUSIE

- (110) De Commissie merkt de steunmaatregel met betrekking tot de bedrijfsbelastingplicht van durfkapitaalondernemingen aan als onverenigbaar met het EG-Verdrag.
- (111) Voorts merkt de Commissie de steunmaatregel met betrekking tot de voorwaartse verliesverrekening van durfkapitaalondernemingen aan als onverenigbaar met het EG-Verdrag.
- (112) Ten slotte is de Commissie van oordeel dat, mits de in artikel 3 van deze beschikking genoemde voorwaarden in acht worden genomen, de verenigbaarheid van de maatregel met belastingvoordelen voor particuliere investeerders met het EG-Verdrag kan worden gegarandeerd,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

### Artikel 1

De door Duitsland volgens artikel 1, lid 19, en artikel 4 van het *Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen* (de MoRaKG) voorgenomen staatssteunregelingen zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

Deze steunregelingen mogen derhalve niet ten uitvoer worden gelegd.

### Artikel 2

De door Duitsland volgens artikel 1, lid 20, en artikel 3 van de MoRaKG voorgenomen staatssteunregeling is op de in artikel 3 genoemde voorwaarden met de gemeenschappelijke markt verenigbaar.

### Artikel 3

De staatssteunregeling van artikel 1, lid 20, van de MoRaKG wordt zodanig aangepast dat de volgende voorwaarden zijn vervuld:

- de omschrijving van het begrip „doelonderneming” wordt beperkt tot kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's)

in de zin van de definitie van bijlage I bij de algemene groepsvrijstellingsverordening <sup>(23)</sup>;

- de omschrijving van het begrip „doelonderneming” sluit ondernemingen in moeilijkheden en ondernemingen uit de scheepsbouw, de kolenindustrie en de ijzer- en staalindustrie uit;
- de maximale investeringstranche bedraagt 1,5 miljoen EUR per doel-kmo en per periode van twaalf maanden en is beperkt tot seed-, start-up- en expansiefinanciering;
- Duitsland ontwikkelt een mechanisme dat ervoor zorgt dat de maatregel in overeenstemming is met de regels inzake cumulering en verslaglegging van de punten 6 en 7.1 van de richtsnoeren risicokapitaalsteun;
- de verkrijging van bestaande aandelen (vervangingskapitaal) in een doel-kmo is uitgesloten;
- er gelden geen bijzondere voorwaarden ten aanzien van de rechtsvorm van de doelonderneming.

### Artikel 4

Duitsland deelt de Commissie binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van deze beschikking mee welke maatregelen het heeft genomen om hieraan te voldoen.

### Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 30 september 2009.

Voor de Commissie

Neelie KROES

Lid van de Commissie

<sup>(23)</sup> Zie voetnoot 20.