

BESLUIT VAN DE COMMISSIE**van 27 januari 2010****betreffende de door Duitsland toegekende staatssteun C 27/08 (ex N 426/05) ten gunste van Sovello AG (voorheen EverQ GmbH)***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2010) 172)***(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

(2010/358/EU)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gelet op het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), en met name op artikel 108, lid 2, eerste alinea,

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

Na alle belanghebbenden overeenkomstig de genoemde bepalingen ⁽¹⁾ te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken,

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

- (1) Bij brief van 29 augustus 2005, die op 1 september 2005 werd geregistreerd, heeft Duitsland de Commissie in kennis gesteld van het voornemen om de onderneming EverQ GmbH (hierna „Sovello” genoemd ⁽²⁾ steun in de vorm van een kmo-toeslag toe te kennen. Bij brieven van 28 oktober 2005, 24 januari 2006 en 4 april 2006, die telkens op dezelfde dag werden geregistreerd, heeft Duitsland de Commissie aanvullende informatie verstrekt.
- (2) Onder nummer C(2006) 2092 definitief heeft de Commissie op 7 juni 2006 de kmo-toeslag voor Sovello (steunmaatregel N 426/05 ⁽³⁾) goedgekeurd.
- (3) Bij de beoordeling van een andere aangemelde steunmaatregel ten gunste van Sovello (steunmaatregel C 21/08 ⁽⁴⁾ — ex N 864/06) heeft de Commissie

aanwijzingen gevonden voor de veronderstelling dat de beschikking betreffende steunmaatregel N 426/05 mogelijk berustte op bij de aanmelding verstrekte onvolledige of onjuiste informatie.

- (4) Overeenkomstig artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag ⁽⁵⁾ heeft de Commissie Duitsland bij schrijven van 17 maart 2008 de gelegenheid gegeven opmerkingen in te dienen naar aanleiding van haar voornemen een formele onderzoeksprocedure in te leiden alvorens haar beschikking van 7 juni 2006 eventueel te herroepen. Duitsland heeft zijn opmerkingen doen toekomen bij brieven van 15 april 2008, die op 15 en 16 april 2008 werden geregistreerd.
- (5) Bij schrijven van 17 juni 2008 (C(2008) 2669 definitief) heeft de Commissie Duitsland in kennis gesteld van haar besluit om met betrekking tot de aan Sovello toegekende kmo-toeslag de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden.
- (6) Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure is in het *Publicatieblad van de Europese Unie* ⁽⁶⁾ bekendgemaakt. De Commissie heeft alle belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen te maken.
- (7) Duitsland heeft zijn opmerkingen doen toekomen bij schrijven van 10 september 2008, dat op dezelfde dag werd geregistreerd. Duitsland heeft verdere opmerkingen doen toekomen bij brieven van 20 maart, 13 mei en 16 november 2009, die telkens op dezelfde dag werden geregistreerd. Op 2 april en op 13 oktober 2009 hebben bijeenkomsten tussen vertegenwoordigers van de diensten van de Commissie en van Duitsland plaatsgevonden.

⁽¹⁾ PB C 253 van 4.10.2008, blz. 23.

⁽²⁾ Op 24 november 2008 is EverQ GmbH omgezet in een Aktiengesellschaft genaamd Sovello AG. Met het oog op de duidelijkheid wordt in het onderhavige besluit de huidige naam „Sovello AG” ook gebruikt voor de periode vóór de naamswijziging.

⁽³⁾ PB C 270 van 7.11.2006, blz. 2.

⁽⁴⁾ Beschikking 2009/697/EG van de Commissie (PB L 237 van 9.9.2009, blz. 15).

(8) De Commissie heeft geen opmerkingen van derden ontvangen.

⁽⁵⁾ PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1.

⁽⁶⁾ Zie voetnoot 1.

2. GEDETAILEERDE BESCHRIJVING VAN DE STEUNMAATREGEL

2.1. Het project

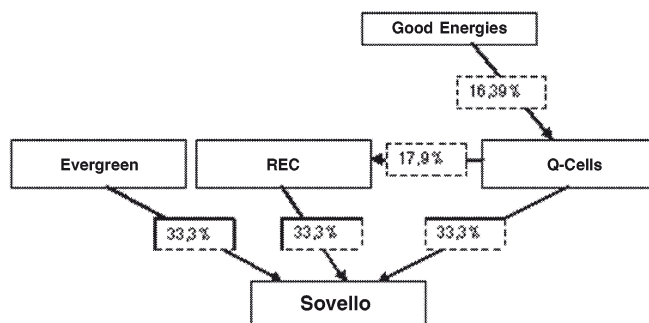
- (9) Doel van het project, dat werd gesubsidieerd met regionale steun op basis van goedgekeurde steunmaatregelen, plus de aangemelde kmo-toeslag, was de bouw van een nieuwe 30 MWp-installatie (Sovello1) voor de productie van zonnemodules (Prodcom-code 32.10.52.37) met behulp van de String-Ribbon-technologie⁽⁷⁾. Bij de nieuwe installatie ging het om de eerste productie-eenheid van Sovello. Met de bouw werd in december 2004 begonnen. Het was de bedoeling dat de fabriek een nominale productiecapaciteit van 30 Megawattpiek⁽⁸⁾ zou halen en uiterlijk 31 december 2007 in gebruik zou worden genomen. In werkelijkheid begon Sovello1 al in april 2006 met de productie.

2.2. Begunstigde van de steun

- (10) De begunstigde van de aangemelde steun is Sovello. Sovello werd in december 2004 door Q-Cells SE⁽⁹⁾ (hierna „Q-Cells” genoemd; 24,9 % van de aandelen) en de Amerikaanse firma Evergreen Solar Inc. (hierna „Evergreen” genoemd; 75,1 % van de aandelen) opgericht als een joint venture. Dit blijkt uit de oorspronkelijke tussen Evergreen en Q-Cells gesloten kaderovereenkomst voor een joint-venture⁽¹⁰⁾ van 14 januari 2005 (hierna „MJVA1” genoemd). Volgens MJVA1 had Q-Cells vóór het sluiten van de kaderovereenkomst Topas 107 V.V. GmbH gekocht, een lege vennootschap die op instigatie van Q-Cells later in Sovello (destijds echter EverQ) werd omgezet. De lege vennootschap werd vanaf 11 februari 2005 onder de firmanaam EverQ voortgezet.
- (11) Evergreen vervaardigt zonnemodules en is houder van een octrooi op de zogeheten „String-Ribbon-technologie”. Q-Cells is een van de grootste zonnecellenproducenten ter wereld. Met de joint venture Sovello moest in eerste instantie worden getest of de productie van zonnemodules op basis van de String-Ribbon-technologie van Evergreen, de knowhow van Q-Cells op het gebied van de productie van zonnecellen en haar ervaring op de Duitse markt rendabel zou zijn. Vervolgens zou de joint venture

de industriële productie van String-Ribbon-modules mogelijk moeten maken.

- (12) In november 2005 verwierf de Noorse Renewable Energy Corporation ASA (hierna „REC” genoemd) op basis van een overeenkomst inzake siliciumleveringen aan Sovello een belang van 15 % in de joint venture, terwijl het aandeel van Evergreen en Q-Cells werd teruggebracht tot respectievelijk 64 % en 21 %. Dit blijkt uit de tweede kaderovereenkomst voor een joint venture die op 25 november 2005 tussen Evergreen, Q-Cells en REC werd gesloten (hierna „MJVA2” genoemd). REC behoort wereldwijd gezien tot de grootste producenten van siliciummateriaal voor de fotovoltaïsche industrie.
- (13) Op het tijdstip van de aanmelding bezaten Q-Cells en REC een gemeenschappelijke aandeelhouder, de venture-capitalmaatschappij Good Energies Investment BV (hierna „Good Energies” genoemd). Deze onderneming bezat 16 % van de aandelen van Q-Cells en 39 % van de aandelen van REC (situatie op 7 maart 2006). Volgens Duitsland bestonden er tussen Q-Cells, REC en Evergreen, afgezien van hun deelneming in Sovello, geen andere betrekkingen.
- (14) Sinds 19 december 2006 houden de drie partners Evergreen, Q-Cells en REC elk een belang van 33,3 % in Sovello (wijzigingen op MJVA2 van 29 september 2006).
- (15) Op 5 februari 2007 maakte Q-Cells haar voornemen bekend een belang van 17,9 % in REC te willen verwerven. Op dezelfde dag kondigde Good Energies in een persbericht aan dat het haar belang in REC aan Q-Cells en Orkla ASA zou verkopen (26 februari 2007).
- (16) In onderstaand overzicht is de huidige aandeelhoudersstructuur van Sovello weergegeven (situatie derde kwartaal 2009):



⁽⁷⁾ Bij de String-Ribbon-technologie gaat het om een continu proces waarbij lange draden van spoelen worden afgewikkeld en door vloeibaar silicium worden gehaald waardoor er een lang siliciumlint („ribbon”) in het smeltbad wordt getrokken. Dat lint wordt in bepaalde lengten afgeknipt en in kleine eenheden (zonnewafers) gesneden. Vervolgens worden de wafers gereinigd en middels een aantal productiefasen (POCl₃-diffusie, etsen, SiN-antireflexcoating, metalliseren en conditioneren) ontstaan er uiteindelijk zonnecellen. Bij de laatste productiefase worden de cellen tot zonnemodules (panelen) geassembleerd.

⁽⁸⁾ Een MegaWattpiek (MWp) komt overeen met 1 000 000 Wattpiek (Wp). Wattpiek is een meeteenheid voor de capaciteit (nominale vermogen) van zonnecellen en zonnemodules. In de fotovoltaïek is deze meeteenheid de gebruikelijke vergelijkingsmaat voor de technische capaciteit van zonnemodules en vormt deze een aanduiding voor het nominale vermogen van de module onder standaard-testomstandigheden.

⁽⁹⁾ Gevestigd te Thalheim, Saksen-Anhalt, Duitsland. Voorheen Q-Cells AG.

⁽¹⁰⁾ MJVA1 kan op internet onder het volgende adres worden geraadpleegd: <http://www.secinfo.com/dsvRx.z7n.d.htm>

- (17) Verschillende bedrijfsdocumenten en aandeelhoudersbesluiten illustreren de ontwikkeling van Sovello. Het document met de titel „Project Sovello: Heads of Agreement” (hierna „Heads of Agreement” genoemd) werd door de bestuursvoorzitters van Evergreen en Q-Cells getekend vóór het sluiten van MJVA1. Deze overeenkomst schetst de hoofdlijnen van een mogelijke rechtshandeling tussen de beide ondernemingen met het oog op de oprichting en het bestuur van een joint venture voor de ontwikkeling en productie alsmede de verkoop van zonne-energieproducten op basis van de String-Ribbon-technologie. Ook wordt daarin vermeld dat de partners zich bewust waren van het feit dat de deelneming van Q-Cells in Sovello minder dan 25 % moet zijn om in Duitsland aanspraak te kunnen maken op bepaalde overheids subsidies. Daarnaast moet volgens de overeenkomst worden gegarandeerd dat beide partners bij belangrijke bedrijfsbeslissingen zijn betrokken. Ook bevat de overeenkomst bepalingen die wijzen op de belangrijke rol die Q-Cells voor het functioneren van de joint venture vervult.
- (18) Ook in de statuten van Sovello worden aan Q-Cells belangrijke medebeslissingsrechten toegekend (in de raad van commissarissen hebben twee leden zitting die door Evergreen zijn benoemd en één lid dat door Q-Cells is benoemd, maar voor verschillende strategische beslissingen is de instemming vereist van ten minste één lid dat door Evergreens en één lid dat door Q-Cells in de raad van commissarissen is benoemd).
- (19) In MJVA1 is de deelneming van Evergreen in Sovello bepaald op 75,1 % en die van Q-Cells op 24,9 %. MJVA1 voorziet echter ook in de mogelijkheid dat Q-Cells haar deelneming uitbreidt naar 50 %, tenzij dat tot een vermindering van de investeringssubsidies zou leiden. Bovendien hebben de partners volgens MJVA1 ook de mogelijkheid verdere overeenkomsten (op het gebied van diensten, technologie en marketing) te sluiten. In de praktijk werden de door Sovello vervaardigde modules (tot begin 2009) door Evergreen onder de merknaam Evergreen verkocht.
- (20) In MJVA2 is de volgende aandeelhoudersstructuur vastgelegd: Evergreen 64 %, Q-Cells 21 % en REC 15 %. In MJVA2 wordt bevestigd dat Q-Cells beschikt over de mogelijkheid de omvang van haar deelneming aan die van Evergreen aan te passen, terwijl voor REC de mogelijkheid om haar deelneming uit te breiden naar 21 % en naar 33,3 % afhankelijk is van verdere leveringscontracten voor silicium.
- (21) Tabel 1 geeft een overzicht van de chronologie van de ontwikkeling van Sovello en van belangrijke documenten en bedrijfsbeslissingen.

Tabel 1

Ontwikkeling van Sovello

Datum	Document/gebeurtenis	Aandeelhoudersstructuur
zomer 2004	Heads of Agreement	Evergreen 75,1 %, Q-Cells 24,9 %
27.12.2004	Aanvraag van de steun	
13.1.2005	Statuten van Sovello	
14.1.2005	Eerste kaderovereenkomst voor een joint venture (MJVA1)	
21.4.2005	Toekenning van de steun	
1.9.2005	Aanmelding van de kmo-toeslag (N 426/05)	REC 15 %, Evergreen 64 %, Q-Cells 21 %
25.11.2005	Tweede kaderovereenkomst voor een joint venture (MJVA2)	
7.6.2006	Goedkeuring van de kmo-toeslag door de Commissie (N 426/05)	
29.9.2006 (ingaaand per 19.12.2006)	Wijziging van MJVA2	Evergreen, Q-Cells en REC elk 33,3 %

2.3. Investeringskosten en financiering van het project

- (22) De investeringskosten voor het project bedragen (nominaal) in totaal 65 699 302 EUR, waarvan 60 873 300 EUR voor regionale steun in aanmerking komt. Tabel 2 bevat een opsplitsing van de totale investeringskosten voor het aangemelde project.

Tabel 2

Opsplitsing van de projectkosten (nominale bedragen)

(in EUR)	
Investeringscategorie	Bedrag
Perceel	[...] (*)
Gebouwen	[...]
Machines/materieel	[...]
Totale investeringskosten	65 699 302
Totale subsidiabele kosten	60 873 300

(*) Valt onder het zakengeheim.

- (23) Het project werd behalve met de aangevraagde steunmiddelen gefinancierd met eigen middelen en bankleningen. Tabel 3 geeft een overzicht van de financiering van het aangemelde project.

Tabel 3

Financiering van het project (nominale bedragen)

(in EUR)	
Financieringsmiddelen	Bedrag
Eigen middelen	[...]
GA-subsidie	14 142 000
Toelage overeenkomstig InvZulG (wet investeringspremies)	14 329 100
Bankleningen (niet door een overheidsgarantie gedekt)	8 000 000
Leningen van de moedermaatschappijen	[...]
Totaal	65 699 302

2.4. Maximale steunintensiteit

- (24) Het investeringsproject bevindt zich in Thalheim, district Bitterfeld, Saksen-Anhalt, Duitsland, een steungebied in de zin van artikel 107, lid 3, onder a), VWEU, waarvoor overeenkomstig de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen⁽¹¹⁾ (hierna „regionale steunrichtsnoeren 1998” genoemd) en de tot eind 2006 van kracht zijnde regionale steunkaart voor Duitsland⁽¹²⁾ een maximale steunintensiteit van 35 % van het brutosubsidie-equivalent (bse) gold.

⁽¹¹⁾ PB C 74 van 10.3.1998, blz. 9.

⁽¹²⁾ Steunmaatregel N 641/02 — Duitsland — Regionale steunkaart voor Duitsland (2004-2006).

2.5. Steunbedrag en steunintensiteit

- (25) Bij de steunmaatregel in kwestie gaat het om een kmo-toeslag van 15 procentpunten, aangemeld onder nummer N 426/05 conform de goedkeuringsbeschikking overeenkomstig artikel 4, lid 3, onder b), van Verordening (EG) nr. 70/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen⁽¹³⁾ (hierna „kmo-groepsvrijstellingsverordening” genoemd), die aan Sovello zou worden toegekend in aanvulling op regionale steun uit hoofde van de bestaande regionale steunregeling betreffende de gemeenschappelijke taak „Verbetering van de regionale economische structuur” (Gemeinschaftsaufgabe — Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur; steunmaatregel N 642/02⁽¹⁴⁾ — hierna „GA” genoemd) en de wet investeringspremies 2005 (Investitionszulagengesetz) (steunmaatregel N 142a/04⁽¹⁵⁾ — hierna „InvZulG” genoemd). De kmo-toeslag komt overeen met een steunbedrag van 9 130 995 EUR.

2.6. Beoordeling van de kmo-status van Sovello in de beschikking van de Commissie N 426/05

- (26) Volgens de regionale steunrichtsnoeren 1998 is een toeslag op regionale investeringssteun voor kmo's toegestaan⁽¹⁶⁾. De kmo-toeslag voor Sovello werd verstrekt boven op de regionale steun die uit hoofde van de Duitse GA-regeling rechtmatig was toegekend.
- (27) De beoordeling van de kmo-status van een onderneming geschiedt aan de hand van Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen⁽¹⁷⁾ (hierna „kmo-aanbeveling” genoemd). Daarbij wordt met name nagegaan of de desbetreffende onderneming bepaalde drempels overschrijdt (aantal werkzame personen, omzet, balanstotaal). Bij de beoordeling worden de relevante gegevens van verbonden ondernemingen (die vooral vanwege het feit dat ze de meerderheid van de aandelen of stemrechten hebben, een overheersende invloed uitoefenen) in hun totale omvang, de gegevens van partnerondernemingen (die ten minste 25 % van de aandelen of stemrechten hebben) daarentegen in evenredigheid met hun aandeel meegeteld.
- (28) In haar beschikking N 426/05 (zie overweging 2) is de Commissie voor haar berekening uitgegaan van de relevante gegevens voor Sovello en Evergreen, maar niet van de gegevens voor Q-Cells en REC, aangezien de twee laatstgenoemde ondernemingen op het tijdstip van de aanmelding en totdat de Commissie de goedkeuringsbeschikking had gegeven minder dan 25 % van de aandelen of stemrechten bezaten. Op grond hiervan was de Commissie tot de conclusie gekomen dat Sovello een kmo was en had zij de aangemelde steunmaatregel goedgekeurd.

⁽¹³⁾ PB L 10 van 13.1.2001, blz. 33.

⁽¹⁴⁾ Beschikking van de Commissie van 1 oktober 2003 (PB C 284 van 27.11.2003, blz. 5).

⁽¹⁵⁾ Beschikking van de Commissie van 19 januari 2005 (PB C 235 van 23.9.2005, blz. 4).

⁽¹⁶⁾ Toeslag van 10 % voor kmo's in steungebieden volgens artikel 107, lid 3, onder c), VWEU en van 15 % voor kmo's in steungebieden volgens artikel 107, lid 3, onder a), VWEU.

⁽¹⁷⁾ PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36.

3. REDENEN VOOR DE INLEIDING VAN DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

3.1. De nieuwe informatie

- (29) De nieuwe informatie waarop de Commissie in het kader van de beoordeling van een andere aangemelde steunmaatregel ten gunste van Sovello is gestuit, betreft de tussen Evergreen en Q-Cells gesloten overeenkomst MJVA1 inzake de oprichting van Sovello, die tijdens het voorlopige onderzoek naar steunmaatregel N 426/05 niet aan de Commissie was overhandigd. Door deze informatie rees het vermoeden dat de partners van de joint venture de deelneming van Q-Cells kunstmatig onder de 25 % (aanvankelijk op 24,9 %) hadden gehouden om een hoger steunbedrag (inclusief kmo-toeslag) te verkrijgen, hoewel Q-Cells een van de drie directieleden van de joint venture leverde, wiens instemming bij belangrijke beslissingen was vereist. Op grond hiervan heeft de Commissie overeenkomstig artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999 Duitsland verzocht, alvorens haar beschikking van 7 juni 2006 (zie overweging 2) eventueel te herroepen, opmerkingen in te dienen naar aanleiding van haar voornemen een formele onderzoeksprocedure in te leiden.
- (30) Bij schrijven van 15 april 2008 heeft Duitsland de statuten van Sovello, de Heads of Agreement alsmede gewaarmerkte kopieën van MJVA1, MJVA2 en de gewijzigde versie van MJVA2 doen toekomen. In dit schrijven stelde Duitsland zich op het standpunt dat voor Sovello op het tijdstip van de aanmelding werd voldaan aan de formele criteria voor de in de kmo-aanbeveling vastgelegde drempels en dat in de kmo-aanbeveling geen andere duidelijk gedefinieerde en in de praktijk toepasbare criteria zijn vastgelegd. Volgens Duitsland moeten deze formele criteria bij de beoordeling van de kmo-status van een onderneming doorslaggevend zijn, teneinde de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van het beleid van de Commissie inzake de controle op staatssteun te waarborgen. Indien de Commissie deze formele criteria niet meer passend acht, moet zij haar beleid volgens Duitsland niet naar aanleiding van individuele gevallen wijzigen, maar een wijziging van de geldende voorschriften als zodanig in overweging nemen.
- (31) Duitsland merkte voorts op dat op het tijdstip van de aanmelding niet bewust informatie is verzwegen of achtergehouden en dat de oorspronkelijke verdeling van de aandelen (75,1 % voor Evergreen en 24,9 % voor Q-Cells) economische redenen had. Duitsland bracht verder naar voren dat de deelneming van Q-Cells in de oorspronkelijke joint venture Sovello niet vrijwaarde van de moeilijkheden die kenmerkend zijn voor pas opgerichte kmo's.

3.2. Mogelijke gevolgen van de nieuwe informatie voor de beoordeling

- (32) Volgens de Commissie voldeed Sovello weliswaar aan de formele criteria van de kmo-definitie, maar waren er

sterke aanwijzingen dat dit alleen het geval was omdat de deelneming van Q-Cells — in het streven een kmo-toeslag te verkrijgen — kunstmatig onder de 25 % werd gehouden, en dat de feitelijke invloed van Q-Cells op Sovello groter was. Daarom concludeerde de Commissie dat zij rekening moest houden met de mogelijkheid van manipulatie van de aandeelhoudersstructuur van de begunstigde zodat de kmo-definitie kon worden omzeild.

- (33) De nieuwe informatie deed bij de Commissie twijfels rijzen over de vraag of Sovello daadwerkelijk een kmo in de zin van de kmo-aanbeveling was. Zo niet, dan zou de aangemelde en goedgekeurde kmo-toeslag niet verenigbaar zijn met het VWEU.
- (34) Om haar oorspronkelijke beschikking van 7 juni 2006, die mogelijk op onvolledige/onjuiste informatie berustte, eventueel te kunnen herroepen en dit nieuwe besluit te kunnen vaststellen, heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure overeenkomstig artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999 ingeleid. In het genoemde artikel staat: „Na de betrokken lidstaat de gelegenheid te hebben gegeven opmerkingen in te dienen, kan de Commissie een [...] beschikking herroepen, indien de beschikking berustte op tijdens de procedure verstrekte onjuiste informatie die voor de beschikking doorslaggevend was. Alvorens een beschikking te herroepen en een nieuwe beschikking te geven, leidt de Commissie de formele onderzoeksprocedure uit hoofde van artikel 4, lid 4, in. [...]”.

4. OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

- (35) De Commissie heeft geen opmerkingen van belanghebbenden ontvangen.

5. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND

5.1. Rechtsgrondslag

5.1.1. Niet-toepasbaarheid van artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999

- (36) Volgens Duitsland zijn de voorwaarden voor het herroepen van beschikking N 426/05 — op basis van zogenaamde nieuwe informatie — niet aanwezig. Duitsland brengt naar voren dat de informatie die in verband met de aanmelding in zaak N 426/05 aan de Commissie werd verstrekt, onvolledig noch onjuist was, zodat artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999 niet van toepassing is. Duitsland stelt dat de Commissie op de hoogte was van het feit dat Sovello een door Evergreen en Q-Cells nieuw opgerichte joint venture voor technologie op het gebied van zonne-energie was, die de drempelwaarden van de kmo-definitie niet overschreed en de nadelen ondervond die eigen zijn aan kmo's. Duitsland voegde daaraan toe dat noch MJVA1 noch de Heads of Agreement nieuwe informatie bevatte die een herroeping van beschikking N 426/05 rechtvaardigt.

(37) Duitsland stelt dat het op verzoek van de Commissie (schrijven van 30 december 2005, D/57570) bij de aanmelding de voorbeeldverklaring conform de bijlage bij de mededeling van de Commissie „Voorbeeldverklaring aangaande de inlichtingen over het kmo-karakter van een onderneming” ⁽¹⁸⁾ (hierna „mededeling over de voorbeeldverklaring” genoemd) voor Sovello heeft overgelegd en daarin heeft aangegeven dat Evergreen een met Sovello verbonden onderneming is, maar Sovello en Q-Cells onafhankelijk van elkaar zijn. Duitsland zegt ook een beëdigde verklaring van Q-Cells te hebben overhandigd volgens welke de onderneming geen partneronderneming van Sovello was noch met Sovello was verbonden.

(38) Duitsland stelt dat de Duitse autoriteiten en Sovello noch uit de kmo-groepsvrijstellingsverordening, noch uit de mededeling over de voorbeeldverklaring, noch uit het informatieverzoek van de Commissie duidelijk konden opmaken dat zij de joint venture-overeenkomst bij de aanmelding hadden moeten overleggen. Daarom is Duitsland van mening dat de door Duitsland op dat tijdstip verstrekte informatie volledig was.

5.1.2. *Bij de beoordeling mogen geen aanvullende criteria worden toegepast*

(39) Duitsland brengt naar voren dat de kmo-definitie in de vorige kmo-aanbeveling uit 1996 ⁽¹⁹⁾ zowel drempelwaarden als ook een zogenoemd zelfstandigheidscriterium bevatte, terwijl in de huidige kmo-definitie alleen onderscheid wordt gemaakt tussen zelfstandige ondernemingen, partnerondernemingen en verbonden ondernemingen. Duitsland stelt dat de geldende kmo-groepsvrijstellingsverordening, in combinatie met de kmo-definitie, bindend is voor de Commissie en zeker niet door aanvullende ongeschreven criteria mag worden ingeperkt. Volgens Duitsland heeft noch het Hof van Justitie noch het Gerecht van eerste aanleg dergelijke criteria aan zijn arresten in zaken op grond van de nieuwe kmo-definitie ten grondslag gelegd.

(40) Duitsland betwist dat de zelfstandigheidscriteria die het Hof van Justitie in zijn arrest in zaak C 91/01, Italiaanse Republiek/Commissie van de Europese Gemeenschappen ⁽²⁰⁾ (hierna „Solar Tech-zaak” genoemd), op basis van de vorige kmo-aanbeveling heeft uitgewerkt, ook gelden in gevallen die op basis van de nieuwe kmo-definitie moeten worden beoordeeld. Volgens Duitsland is een beoordeling op basis van dergelijke ongeschreven criteria niet verenigbaar met het doel dat met de herziening van de kmo-definitie wordt nagestreefd, dat er volgens overweging 8 van de kmo-groepsvrijstellingsverordening uit bestaat „[...] de verschillen die tot mededingingsvervalsingen zouden kunnen leiden weg te nemen, de coördinatie van de verschillende communautaire en

ationale initiatieven met betrekking tot kleine en middelgrote ondernemingen te vergemakkelijken en de administratieve duidelijkheid en de rechtszekerheid te bevorderen, [...]”.

(41) Duitsland stelt dat de Commissie in het belang van rechtszekerheid en gelijke behandeling eventuele aanpassingen (introdactie van nieuwe aanvullende criteria) van de kmo-definitie eerst bekend moet maken voordat ze deze in concrete gevallen toepast. Bovendien zou de Europese wetgever, indien deze het criterium van de „voor kmo's typische nadelen” had willen toepassen, dit criterium ook in de nieuwe kmo-definitie hebben opgenomen. Of een onderneming de voor kmo's typische nadelen ondervindt, mag derhalve alleen aan de hand van de formele kmo-criteria worden getoetst. Verder is, aldus Duitsland, het vaststellen van een drempel van 25 % voor partnerondernemingen overbodig, als deze drempel in de praktijk niet als criterium wordt gehanteerd.

(42) Duitsland stelt dat met de nieuwe kmo-definitie werd gestreefd naar een uniforme vorm van steun voor kmo's en naar een administratieve en rechterlijke toetsing daarvan op basis van heldere, eenduidige definities. Daaruit concludeert Duitsland dat de nieuwe kmo-definitie geen speelruimte biedt voor een eigen beoordeling of ongeschreven verplichtingen.

5.1.3. *Solar Tech- en Pollmeier-zaak niet vergelijkbaar met Sovello-zaak*

(43) Duitsland stelt voorts dat de aandeelhoudersstructuur en de economische randvoorwaarden van de ondernemingen waarnaar in de zaken Solar Tech en Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG/Commissie ⁽²¹⁾ wordt verwezen (arresten op grond van de vorige kmo-aanbeveling van 1996), niet vergelijkbaar zijn met die van Sovello.

(44) In de zaak Solar Tech was slechts 24 % van de aandelen van de begunstigde in bezit van het Permasteelisa-concern (een grote onderneming), maar de oprichter en meerderheidsaandeelhouder van dit concern, die tevens bestuurder was van Solar Tech, bezat 46 % van het kapitaal, terwijl de directeur van het concern en een lid van de Board van Permasteelisa ieder 15 % van het kapitaal bezaten. Vanwege deze financiële afhankelijkheidsrelaties, de mogelijke invloed van Permasteelisa-aandeelhouders en de economische en structurele banden met Permasteelisa concludeerde de Commissie dat Solar Tech niet te maken had met de voor kmo's typische moeilijkheden en daarom niet voldeed aan het zelfstandigheidscriterium. Duitsland merkt op dat de beide aandeelhouders van de joint venture Sovello daarentegen onafhankelijk van elkaar waren en de minderheidsaandeelhouder Q-Cells geen grotere invloed op Sovello had dan een aandeelhouder die 24,9 % van de aandelen bezit (vgl. punt 5.3).

⁽¹⁸⁾ PB C 118 van 20.5.2003, blz. 5.

⁽¹⁹⁾ Aanbeveling 96/280/EG van de Commissie (PB L 107 van 30.4.1996, blz. 4).

⁽²⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2004, zaak C-91/01, Jurispr. 2004, blz. I-4355.

⁽²¹⁾ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 oktober 2004 in zaak T-137/02, Jurispr. 2004, blz. II-3541.

- (45) In de zaak Pollmeier was de begunstigde Pollmeier via een tussenvennootschap voor 100 % eigendom van een natuurlijke persoon. Alle andere ondernemingen waarover deze natuurlijke persoon zeggenschap had, waren actief in dezelfde of in parallelle economische sectoren. De Commissie ging ervan uit dat de ondernemingen die eigendom waren van deze natuurlijke persoon, een economische eenheid vormden, en telde de financiële gegevens en aantallen werkzame personen bij elkaar op, die daardoor boven de drempelwaarden voor kmo's uitkwamen. Duitsland merkt op dat de beide aandeelhouders op het tijdstip van de oprichting van Sovello onafhankelijk van elkaar waren en verschillende bedrijfsdoelstellingen nastreefden (onderzoek en ontwikkeling op het gebied van zonne-energie-technologie bij Evergreen en de productie van zonnemodules bij Q-Cells). De voor kmo's typische nadelen van Sovello konden daarom niet worden gecompenseerd doordat het bedrijf deel uitmaakte van een groep van grote ondernemingen.

5.1.4. Geen uitzondering voor joint ventures

- (46) Volgens Duitsland is de Commissie haar bevoegdheden in het besluit tot inleiding van de procedure van 17 juni 2008 (zie overweging 5) in zoverre te buiten gegaan dat ze er kennelijk vanuit is gegaan dat een begunstigde en zijn partners in de joint venture automatisch als een economische eenheid moeten worden behandeld en dat daarom de financiële gegevens en de aantallen medewerkers van alle joint-venturepartners steeds bij elkaar moeten worden opgeteld om de kmo-drempelwaarden te berekenen.
- (47) Duitsland zegt dat de Commissie zich op deze wijze aanmatigt een hele categorie ondernemingen (namelijk joint ventures) uit te sluiten van de toepassing van de bindende kmo-definitie en voor deze categorie ondernemingen speciale kmo-criteria toe te passen. Duitsland bestrijdt dat deze bevoegdheid kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van de Europese rechterlijke instanties op basis van de kmo-aanbeveling van 1996 of uit de praktijk van de Commissie tot nu toe.

5.2. Voor kmo's typische nadelen van Sovello

- (48) Duitsland bevestigt dat Sovello op het tijdstip van de aanmelding door zijn beperkte aantal medewerkers en beperkte financiële middelen voor de financiering van het investeringsproject, de afzet van de producten en de interne bedrijfsorganisatie te maken had met nadelen die typisch zijn voor kmo's. Duitsland erkent weliswaar dat er sprake was van synergie-effecten door de samenwerking met Evergreen en Q-Cells, maar bestrijdt dat deze de voor kmo's typische moeilijkheden van Sovello konden compenseren.

5.2.1. Voor kmo's typische nadelen in verband met de financiering

- (49) Volgens Duitsland had Sovello zonder overheidssteun geen externe financiering voor zijn investeringsproject

in Thalheim kunnen krijgen. Het percentage externe investeringen voor het project van Sovello (8 miljoen EUR oftewel 13 % van het totaal aan investeringen) is volgens Duitsland kenmerkend voor kmo's. Verder toonden, aldus Duitsland, slechts [...] van de [...] benaderde banken interesse voor een financiering van het project en een daarvan wilde slechts [...] EUR bedrijfskapitaal en overbruggingsgeld tot 50 % van de overheidssteun beschikbaar stellen. Deze gang van zaken is volgens Duitsland kenmerkend voor kmo's, maar niet voor grote ondernemingen.

- (50) Duitsland geeft aan dat de leningsovereenkomst betreffende de externe financiering pas op [...] november 2005 werd gesloten. Vanwege de [...] -rating van Sovello en de [...] financiële deelneming van de aandeelhouders (alsmede de [...] financiële situatie van Sovello) was het volgens Duitsland niet mogelijk gunstige kredietvoorwaarden te verkrijgen. Sovello had problemen voldoende zekerheden voor het krediet te bieden (omdat de onderneming nog geen eigenaar was van het perceel, machines en materieel nog niet waren geleverd, de gebouwen nog in aanbouw waren en nog geen voorraden aanwezig waren). Ook de aandeelhouders konden [...] zekerheden bieden.
- (51) Duitsland stelt dat de aandeelhouders slechts zeer beperkt eigen middelen konden inbrengen. Tot 2006 zou alleen Evergreen boven op zijn deelneming in het aandelenkapitaal en kapitaalreserves financiële middelen beschikbaar hebben gesteld. Q-Cells was niet [...] dergelijke financiële middelen beschikbaar te stellen, omdat haar eigen investeringsprojecten [...] beslag legden op de [...] middelen van het bedrijf.
- (52) Duitsland stelt dat het investeringsproject zonder staatssteun, inclusief de kmo-toeslag, niet had kunnen worden gerealiseerd.

5.2.2. Voor kmo's typische nadelen in verband met de afzet

- (53) Duitsland brengt naar voren dat Sovello werd geconfronteerd met aanzienlijke commerciële risico's, omdat het bedrijf eerst moest bewijzen dat met de String-Ribbon-technologie commercieel aantrekkelijke producten konden worden gemaakt. Het feit dat Sovello met Evergreen een afnameovereenkomst had gesloten, verminderde dat risico niet werkelijk, omdat Evergreen eveneens een kmo was en de Duitse markt niet kende. De andere aandeelhouder, Q-Cells, had geen ervaring met de verkoop van zonnemodules, omdat dit bedrijf uitsluitend zonnecellen vervaardigde. Bovendien was ook Q-Cells een kmo⁽²²⁾, die haar inspanningen moest concentreren op de afzet van haar eigen producten.

5.2.3. Voor kmo's typische nadelen in verband met de interne bedrijfsorganisatie

- (54) Duitsland stelt dat de kosten die Sovello moest maken voor de interne bedrijfsorganisatie, hoger waren dan die van grote ondernemingen. Sovello moest bijvoorbeeld [...].

⁽²²⁾ Op 2 maart 2005 concludeerde de Commissie dat Q-Cells een kmo was, en gaf met haar beschikking in zaak N 457/04 haar goedkeuring aan een kmo-toeslag voor Q-Cells (PB C 131 van 28.5.2005, blz. 11).

5.3. Invloed van Q-Cells op Sovello

- (55) Duitsland bestrijdt dat de mogelijkheden van Q-Cells om invloed uit te oefenen op Sovello op het tijdstip van de aanmelding ruimer waren dan die waarover een aandeelhouder met 24,9 % van de aandelen in Sovello normaal gesproken zou hebben beschikt. Volgens Duitsland is een dergelijk percentage aan aandelen bij vergelijkbare projecten van startende ondernemingen in hightechbranches niet ongebruikelijk.
- (56) Duitsland betoogt dat het initiatief voor het project van Evergreen uitging. Evergreen had in tien jaar meer dan [...] miljoen USD geïnvesteerd in de ontwikkeling van de String-Ribbon-technologie zonder dat deze rendabel werd. De prijs van de Evergreen-aandelen daalde van ca. 20 USD in 2000 naar ca. 2 USD in 2003-2004. Evergreen moest de grootste mogelijke zeggenschap over het investeringsproject houden om in het geval van succes een zo hoog mogelijk rendement voor haar aandeelhouders te garanderen, maar kon zonder de financiële deelneming van een zakenpartner niet voldoende kapitaal aantrekken. Q-Cells was een geschikte kandidaat omdat het bedrijf behalve financiële middelen ook zijn ervaring met de bouw van productie-installaties in de fotovoltaïsche industrie en zijn kennis op het gebied van de zonnecellentechnologie kon inbrengen. Duitsland betoogt voorts dat Evergreen om deze redenen voor Q-Cells als joint-venturepartner koos en niet voor het bedrijf [...], dat weliswaar een sterkere financiële partner was, maar ook meer invloed wilde hebben.
- (57) Toen de overeenkomst MJVA1 met Evergreen werd gesloten, had Q-Cells al in een groot project voor de productie van conventionele zonnecellen geïnvesteerd. Daarom kon het bedrijf nog slechts in beperkte mate in andere projecten investeren. Volgens Duitsland wilde Q-Cells met de deelneming in Sovello enerzijds kennis verwerven op het gebied van nieuwe technologieën voor de productie van zonnepanelen, -cellen en -modules en anderzijds profiteren van haar ervaring met de ontwikkeling van productie-installaties voor zonnecellen.
- (58) Om deze redenen verklaarde Q-Cells zich bereid tot een minderheidsdeelneming van 24,9 %. Duitsland stelt dat dit ook de achtergrond was voor de vergelijkbare minderheidsdeelneming van Q-Cells (21,19 %) in CSG Solar AG⁽²³⁾, een bedrijf dat zonnepanelen vervaardigt op basis van dunne-filmtechnologie. De omvang van de deelneming berust volgens Duitsland niet alleen op de mogelijke financiële participatie, maar ook op de technologische input.
- (59) Duitsland benadrukt dat de aandelen van de aandeelhouders van Sovello in het geplaatst maatschappelijk kapitaal van Sovello de daadwerkelijke bedoelingen en de daadwerkelijke invloed van beide joint-venturepartners volledig weerspiegelden en dat de stemrechten dienovereenkomstig waren verdeeld. Dit leidde er volgens Duitsland de facto toe dat Evergreen — in tegenstelling tot Q-Cells — belangrijke bedrijfsbeslissingen alleen kon nemen.
- (60) Duitsland stelt dat een mogelijke toekomstige uitbreiding van de deelneming van Q-Cells weliswaar was overeengekomen, maar alleen kon plaatsvinden indien aan bepaalde voorwaarden werd voldaan en de benodigde financiële middelen beschikbaar werden gesteld. Een van de in MJVA1 genoemde voorwaarden was dat een dergelijke uitbreiding van de deelneming de steun voor Sovello niet in gevaar mocht brengen. Duitsland wijst erop dat de steunmaatregel doorslaggevend was voor de beslissing het investeringsproject in Duitsland en niet in de Verenigde Staten te realiseren en dat dit niet in strijd is met de steunvoorschriften. Duitsland voegt eraan toe dat Q-Cells geen invloed had op deze beslissing en dat de steunvoorschriften niet worden overtreden of omzeild wanneer de joint-venturepartners proberen de financiering van Sovello veilig te stellen.
- (61) Duitsland vindt dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de invloed die op een bepaald moment wordt uitgeoefend, en een mogelijke toekomstige invloed die gebaseerd is op een eventuele uitbreiding van de deelneming van Q-Cells. Duitsland onderstreept dat geenszins vaststond of de deelneming wel zou worden uitgebreid en dat beide partners wisten dat een uitbreiding niet onmiddellijk ophanden was en zeker niet zou plaatsvinden voordat de nieuwe technologie haar waarde had bewezen. Feitelijk heeft de in MJVA1 genoemde uitbreiding tot maximaal 50 % nooit plaatsgevonden. Integendeel: de deelneming van Q-Cells werd op grond van de tweede overeenkomst (MJVA2) van 22 november 2005 teruggebracht tot 21 %. Volgens Duitsland blijkt hieruit duidelijk dat er geen sprake was van een „automatisme” dat aanleiding zou kunnen zijn voor de conclusie dat al aan het begin was afgesproken dat Q-Cells meer dan 24,9 % van de aandelen in Sovello zou bezitten.
- (62) Duitsland stelt voorts dat het feit dat Q-Cells een directeur voor Sovello leverde, slechts een overgangsregeling was (december 2004 tot april 2005), die de beïnvloedingsmogelijkheden van Evergreen, die vanaf de start van de joint venture eveneens een directeur had geleverd, niet beperkte. Bovendien was Evergreen vanwege haar meerderheid in de raad van commissarissen bevoegd iedere directeur te benoemen of te ontslaan.
- (63) Duitsland bestrijdt dat de formulering in de Heads of Agreement, volgens welke de deelneming van Q-Cells in Sovello minder dan 25 % moest zijn om voor bepaalde steunmaatregelen van Duitsland in aanmerking te komen, ertoe heeft geleid dat de beïnvloedingsmogelijkheden van Q-Cells ruimer waren dan waarop het bedrijf op basis van zijn deelneming van 24,9 % eigenlijk

⁽²³⁾ Op 3 mei 2005 concludeerde de Commissie dat CSG Solar AG een kmo was, en gaf met haar beschikking in zaak N 122/05 haar goedkeuring aan een kmo-toeslag voor CSG Solar AG (PB C 235 van 23.9.2005, blz. 3). Op 19 juli 2006 concludeerde de Commissie dat CSG Solar AG nog steeds een kmo was, en gaf met haar beschikking in zaak N 335/06 haar goedkeuring aan een tweede kmo-toeslag voor CSG Solar AG (PB C 232 van 27.9.2006, blz. 2).

recht had. Duitsland zegt juist dat de formulering uitsluitend datgene weerspiegelt wat later in MJVA1 is opgenomen, namelijk het streven van beide partners om voorschriften inzake overheidssteun niet te overtreden. Duitsland wijst voorts op een andere clausule in de Heads of Agreement, volgens welke Sovello beslag zou leggen op een groot deel van de productiecapaciteit van Evergreen en Evergreen daarom binnen afzienbare tijd een meerderheidsdeelneming in het kapitaal van Sovello moest hebben. Duitsland merkt tot slot op dat de Heads of Agreement alleen was bedoeld als een werkdocument voor de beide partners en juridisch niet bindend was.

- (64) Duitsland bestrijdt dat uit overeenkomsten met Sovello kan worden afgeleid dat Q-Cells meer invloed bezat dan het bedrijf op grond van zijn deelneming van 24,9 % toekwam. Volgens Duitsland zijn alle overeenkomsten tegen marktvoorwaarden gesloten en bestonden er tussen Q-Cells en Sovello geen andere betrekkingen van economische, financiële, organisatorische of andere aard.
- (65) Duitsland brengt ten slotte naar voren dat de veranderingen in de aandeelhoudersstructuur na de oprichting van Sovello niet gebaseerd waren op de oorspronkelijke overeenkomst MJVA1, maar verband hielden met de toetreding van REC tot de joint venture, aangezien REC als tegenprestatie voor een deelneming van 15 % in de joint venture had toegezegd aan Sovello grote hoeveelheden silicium te leveren (zoals in MJVA2 overeengekomen). Na de toetreding van REC stond Evergreen 11,1 % en Q-Cells 3,9 % van haar aandelen af. Volgens Duitsland bewijst dit dat Q-Cells van plan was minderheidsaandeelhouder te blijven. Pas later, toen REC had toegezegd nog grotere hoeveelheden silicium te leveren en het technologische succes van Sovello1 vaststond, werden de deelnemingen van de drie aandeelhouders elk op 33,3 % vastgesteld (wijziging van MJVA2 d.d. 29 september 2006, geldig vanaf 19 december 2006).

5.4. Deelneming van Q-Cells op basis van het Duitse vennootschapsrecht

- (66) Duitsland stelt dat de beslissingsbevoegdheden die Q-Cells in de joint venture zijn toegekend, niet ongebruikelijk zijn voor jonge technologie-joint ventures als Sovello en overeenkomen met de bevoegdheden van venture-capital-investeerdere met minderheidsdeelnemingen. De invloed van Q-Cells is niet groter dan die van een minderheidsaandeelhouder. De onderneming bracht behalve 24,9 % van het kapitaal ook haar knowhow op het gebied van de vervaardiging van zonnecellen in en verlangde daarvoor een zekere invloed op beslissingen in verband met de overeenkomsten inzake de joint-venturesamenwerking. Duitsland stelt dat dit recht tot het uitoefenen van invloed op bepaalde bedrijfsbeslissingen nodig was voor de bescherming van Q-Cells, omdat anders niet zou zijn uitgesloten dat Evergreen haar invloed op de leiding van Sovello primair ten eigen voordele kon uitoefenen. Voorts is het volgens Duitsland algemeen gebruikelijk dat minderheidsaandeelhouders in de gelegenheid worden gesteld een lid van de raad van commissarissen te benoemen.
- (67) Ter ondersteuning van het argument dat de deelneming van Q-Cells niet met het oog op het verkrijgen van een

kmo-toeslag op 24,9 % werd vastgesteld, verwijst Duitsland ook naar het Duitse vennootschapsrecht. In de eerste plaats is de invloed van Q-Cells volgens Duitsland in overeenstemming met de voorschriften betreffende de bescherming van minderheidsaandeelhouders. In dit verband verwijst Duitsland naar de paragrafen 50, 61 en 66 van de Duitse wet betreffende besloten vennootschappen naar Duits recht (GmbH-Gesetz). Volgens Duitsland kennen deze paragrafen vennoten van een GmbH met een deelneming van 10 % bepaalde minderheidsrechten toe, bijvoorbeeld met betrekking tot het bijeenroepen van en de besluitvorming in aandeelhoudersvergaderingen, de beëindiging van een vennootschap, enz. Volgens Duitsland is de invloed van Q-Cells niet groter dan de invloed die een minderheidsaandeelhouder met ten minste 10 % van het geplaatst maatschappelijk kapitaal volgens het Duitse vennootschapsrecht toekomt. Een andere reden die Duitsland aanvoert voor de verstrekking medebeslissingsbevoegdheden van Q-Cells is het feit dat Q-Cells met haar deelneming van slechts 24,9 % niet beschikte over een minderheid van meer dan 25 % die volgens de wet nodig is om besluiten te kunnen blokkeren. Om de ontbrekende wettelijke bescherming van Q-Cells te compenseren werden volgens Duitsland de corresponderende medebeslissingsrechten middels de overeenkomsten toegekend.

5.5. Samenvatting

- (68) Duitsland tekent bezwaar aan tegen de rechtsgronden op basis waarvan de Commissie de procedure heeft ingeleid, en stelt dat de informatie die het op het tijdstip van de aanmelding heeft verstrekt, volledig en juist is, en dat artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999 derhalve niet van toepassing is. Duitsland stelt voorts dat de Commissie haar beoordeling van de kmo-status van een onderneming alleen aan de hand van de formele criteria (aantal werkzame personen en financiële drempelwaarden) van de kmo-definitie kan uitvoeren en geen aanvullende „ongeschreven criteria” mag hanteren om vast te stellen of een onderneming nadelen ondervindt die eigen zijn aan kmo's. Duitsland bestrijdt dat de kmo-toeslag in strijd met de steunvoorschriften aan Sovello werd toegekend en stelt dat de vermoedens van de Commissie betreffende een mogelijke manipulatie niet steekhoudend zijn.
- (69) Volgens Duitsland voldeed Sovello op het tijdstip van de aanmelding aan de criteria van de kmo-definitie: Q-Cells bezat slechts een minderheidsdeelneming van 24,9 % in Sovello en was noch een partneronderneming noch een verbonden onderneming van Sovello in de zin van de kmo-definitie. Daarom mogen de gegevens van Q-Cells niet worden meegeteld bij de berekening van de kmo-drempelwaarden. Duitsland bestrijdt dat Q-Cells op het tijdstip van de aanmelding meer invloed uitoefende op Sovello dan een investeerder had gedaan die 24,9 % van de aandelen in Sovello had bezeten. Bovendien is Duitsland van oordeel dat Sovello wel degelijk te maken had met voor kmo's typische nadelen en dat het investeringsproject zonder staatssteun, inclusief de kmo-toeslag, niet zou zijn gerealiseerd.

6. BEOORDELING VAN DE STEUN

6.1. Opmerkingen vooraf

- (70) Op 7 juni 2006 gaf de Commissie haar goedkeuring aan een (in aanvulling op een regionale steunmaatregel toegekende) kmo-toeslag van 15 % bse voor Sovello. Later vond de Commissie aanwijzingen dat deze eerste beschikking mogelijk op onjuiste informatie berustte die in het kader van de oorspronkelijke aanmelding was verstrekt; aangezien die informatie op sommige punten doorslaggevend was voor de uitkomst van het onderzoek, besloot de Commissie op 17 juni 2008 met betrekking tot de steunmaatregel in kwestie de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden teneinde beschikking N 426/05 te herroepen en een nieuw besluit vast te stellen. (Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon per 1 december 2009 kunnen nieuwe wetsbesluiten van de Commissie in de Duitse versie niet meer als „Entscheidung” (beschikking) worden aangeduid, maar als „Beschluss” (besluit).)

6.2. Aanmeldingsplicht, rechtsgrondslag en toepasselijk recht

- (71) Duitsland heeft de kmo-toeslag voor Sovello aangemeld bij schrijven van 29 augustus 2005, dat op 1 september 2005 werd geregistreerd.
- (72) De kmo-toeslag voor Sovello werd op 21 april 2005 (behoudens goedkeuring door de Commissie) toegekend in aanvulling op regionale steun die op basis van de Duitse GA-regeling rechtmatig was toegekend. Deze regeling bevat de uitdrukkelijke bepaling ⁽²⁴⁾ dat Duitsland alle kmo-toeslagen die de in de kmo-groepsvrijstellingsverordening vastgelegde drempel voor de aanmeldingsplicht voor individuele steunmaatregelen overschrijden, apart moet aanmelden. Volgens de kmo-groepsvrijstellingsverordening die op het tijdstip van de aanmelding van kracht was, is investeringssteun voor kmo's met een steunintensiteit van 7,5 % nettosubsidie-equivalent (nse) voor middelgrote ondernemingen en van 15 % nse voor kleine ondernemingen overal in de Europese Unie toegestaan. Is de begunstigde gevestigd in een steungebied, dan zijn volgens de kmo-groepsvrijstellingsverordening ook maatregelen vrijgesteld tot het bedrag dat volgens de regionale steunrichtsnoeren 1998 is toegestaan, plus aanvullende kmo-toeslag. De kmo-groepsvrijstellingsverordening biedt echter geen vrijstelling voor bepaalde projecten met subsidiabele kosten van meer dan 25 miljoen EUR of voor projecten waarvoor steun van meer dan 15 miljoen EUR bruto wordt toegekend. Deze steunmaatregelen moeten apart worden aangemeld.

⁽²⁴⁾ „De aanmeldingsverplichtingen voor individuele steun aan kmo's in de zin van de communautaire definitie, die uit artikel 6 van Verordening (EG) nr. 70/2001 voortvloeien, worden evenals de in artikel 9 van dezelfde verordening voorgeschreven dossier- en informatieverplichtingen in acht genomen.”.

- (73) Bij de beoordeling of een onderneming een kmo is, past de Commissie de kmo-aanbeveling toe.

6.3. Beoordeling van de kmo-status van Sovello

6.3.1. Toepasselijkheid van artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999

- (74) In artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999 staat: „Na de betrokken lidstaat de gelegenheid te hebben gegeven opmerkingen in te dienen, kan de Commissie een (...) beschikking herroepen, indien de beschikking berustte op tijdens de procedure verstrekte onjuiste informatie die voor de beschikking doorslaggevend was. Alvorens een beschikking te herroepen en een nieuwe beschikking te geven, leidt de Commissie de formele onderzoeksprocedure uit hoofde van artikel 4, lid 4, in. [...]”.
- (75) Duitsland bestrijdt dat het op enig moment tijdens het voorlopige onderzoek onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt, omdat a) alle informatie is overhandigd die volgens de mededeling over de voorbeeldverklaring is vereist, en b) geen van de relevante controles en bepalingen uit de kmo-aanbeveling vroeg om toezending van aanvullende informatie over de structuur van een joint venture of van de statuten van een onderneming.
- (76) Volgens de mededeling over de voorbeeldverklaring is het gebruik van de voorbeeldverklaring niet verplicht, maar is ze slechts bedoeld als voorbeeld, en doen deze verklaringen geen afbreuk aan de controles en verificaties waarin de nationale of de EU-regelgeving voorziet. Tijdens het voorlopige onderzoek had de Commissie Duitsland verzocht óf een verklaring onder ede van Q-Cells over te leggen waaruit bleek dat deze aandeelhouder aan geen van de criteria van artikel 3, lid 3, onder a) t/m d), van de bijlage bij de kmo-aanbeveling ⁽²⁵⁾ voldeed, óf, als dit niet mogelijk was, een kopie van de statuten van Sovello te doen toekomen. Op 28 oktober 2005 overhandigde Duitsland een dergelijke verklaring onder ede van Q-Cells. Omdat de aandeelhoudersstructuur van Sovello gedurende het voorlopige onderzoek van de aangemelde steun door de toetreding van een derde joint-venturepartner (REC) veranderde, zond Duitsland (op 4 april 2006) ook van deze nieuwe aandeelhouder een beëdigde verklaring toe. Beschikking N 426/05 werd na afronding van het voorlopige onderzoek op basis van deze door Duitsland verstrekte inlichtingen afgegeven.

⁽²⁵⁾ Artikel 3, lid 3, onder a) t/m d), van de bijlage bij de kmo-aanbeveling luidt:

„Verbonden ondernemingen” zijn ondernemingen die met elkaar een van de volgende banden onderhouden:

- a) een onderneming heeft de meerderheid van de stemrechten van de aandeelhouders of vennoten van een andere onderneming;
- b) een onderneming heeft het recht de meerderheid van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van een andere onderneming te benoemen of te ontslaan;
- c) een onderneming heeft het recht een overheersende invloed op een andere onderneming uit te oefenen op grond van een met deze onderneming gesloten overeenkomst of een bepaling in de statuten van laatstgenoemde onderneming;
- d) een onderneming die aandeelhouder of vennoot is van een andere onderneming, heeft op grond van een met andere aandeelhouders of vennoten van die andere onderneming gesloten overeenkomst als enige zeggenschap over de meerderheid van de stemrechten van de aandeelhouders of vennoten van laatstgenoemde onderneming.

(77) De Commissie moest beoordelen of de begunstigde een kmo was. Wanneer ten tijde van het voorlopige onderzoek documenten bestaan waarin op uitdrukkelijke wijze schriftelijk is vastgelegd dat de aandeelhoudersstructuur van een joint venture zo is opgezet dat aan de criteria van de kmo-definitie wordt voldaan, of waaruit ondubbelzinnig het voornemen blijkt de ondernemingsstructuur te veranderen zodra de toekenning van een kmo-toeslag is gewaarborgd, kan niet worden gesteld dat deze informatie voor de beoordeling van de kmo-status van de desbetreffende joint venture niet op zijn minst relevant of van doorslaggevende betekenis voor de beschikking zou zijn.

(78) Aangezien deze documenten (Heads of Agreement, statuten, MJVA1 en MJVA2) de Commissie niet ter hand waren gesteld, had zij een onvolledig beeld van de situatie van dat moment, zodat de oorspronkelijke positieve beschikking betreffende de kmo-toeslag voor Sovello op onvolledige en daardoor op onjuiste informatie berustte.

(79) Naar het oordeel van de Commissie was Duitsland verplicht alle informatie te verstrekken die op dat moment beschikbaar en voor beschikking N 426/05 relevant was. Tegen deze achtergrond komt de Commissie tot de conclusie dat de door Duitsland verstrekte informatie onvolledig en daardoor onjuist was. Derhalve is artikel 9 van Verordening (EG) nr. 659/1999 van toepassing, dat voorziet in een objectieve procedure volgens welke de Commissie onjuiste beschikkingen kan herroepen.

(80) Naar Duits recht was Duitsland verplicht na te gaan of er sprake was van een omzeilen van de kmo-definitie. In de Duitse regeling⁽²⁶⁾ op basis waarvan de kmo-toeslag werd toegekend, wordt de kmo-status — zelfs indien wordt voldaan aan de formele criteria van de kmo-definitie — uitdrukkelijk uitgesloten in gevallen waarin grote ondernemingen de facto de zeggenschap uitoefenen alsmede bij economische entiteiten die vanuit economisch oogpunt niet als kmo kunnen worden beschouwd.

6.3.2. Toelaatbaarheid van „aanvullende criteria” voor de beoordeling van de kmo-status

(81) Aangezien in de kmo-aanbeveling, afgezien van de formele drempelcriteria, geen andere duidelijk gedefinieerde criteria zijn vastgelegd, dienen volgens Duitsland de for-

mele criteria doorslaggevend te zijn voor de beoordeling van de kmo-status van een onderneming, teneinde de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van het beleid van de Commissie inzake de controle op staatssteun te waarborgen. Duitsland stelt voorts dat eventuele aanvullende criteria alleen in het kader van een aanpassing van de kmo-definitie, maar niet bij de behandeling van individuele gevallen kunnen worden geïntroduceerd.

(82) Voor de definitie van partnerondernemingen noemt de kmo-aanbeveling inderdaad geen ander criterium dan de drempelwaarde van 25 % van het kapitaal of de stemrechten. Ze bevat ook geen specifiek verbod op het omzeilen van dit criterium. Bij het controleren van een steunmaatregel beschikt de Commissie echter over een zekere beoordelingsmarge om de interne markt tegen niet te rechtvaardigen concurrentievervalsing te kunnen beschermen.

(83) De Commissie onderschrijft de noodzaak van rechtszekerheid en transparantie bij het toepassen van de steunvoorschriften. Daarom moeten beoordelingen die verder gaan dan de toepassing van de formele criteria, absoluut beperkt blijven tot de zeldzame uitzonderingsgevallen waarin duidelijk kan worden uitgegaan van een omzeiling van de criteria.

(84) De Commissie past echter naast de kmo-definitie geen „aanvullende criteria” toe, maar gaat alleen verder dan de puur formele analyse, hetgeen mogelijk moet zijn als de Commissie een individuele steunmaatregel moet beoordelen op basis van artikel 6 van de kmo-groepsvrijstellingsverordening. Op deze wijze waarborgt de Commissie dat alleen aan echte kmo's, die door hun omvang daadwerkelijk met problemen worden geconfronteerd, kmo-toeslagen worden toegekend, en niet aan ondernemingen die via verbonden ondernemingen en/of partnerondernemingen toegang hebben tot financiële middelen en steun die voor concurrenten van dezelfde omvang niet beschikbaar zijn. Om te waarborgen dat alleen echte kmo's in aanmerking komen, moet er een manier zijn om juridische constructies uit te sluiten waarmee de kmo-definitie wordt omzeild. Deze benadering is in overeenstemming met de jurisprudentie in de zaken Solar Tech en Pollmeier (zie boven in de voetnoten 20 en 21), waarin de gerechten van de Europese Unie hebben bepaald dat de Commissie de toekenning van een kmo-toeslag niet goedkeurt wanneer er sprake is van een omzeiling. De kmo-definitie stelt dus impliciet dat ze niet van toepassing is wanneer een dergelijk risico bestaat en alleen formeel aan de criteria wordt voldaan.

(85) Het argument van Duitsland dat de situatie in de zaak Sovello verschilt van die in de zaken Solar Tech en Pollmeier en dat de jurisprudentie is gebaseerd op de kmo-aanbeveling van 1996 en daarom niet kan worden toegepast op de huidige kmo-definitie, is niet steekhoudend.

⁽²⁶⁾ 33e Algemeen kader van de Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur” (GA): „Voor het vaststellen van de drempelwaarden voor zelfstandige ondernemingen, partnerondernemingen en verbonden ondernemingen gelden de berekeningsmethoden die in de kmo-aanbeveling van de Commissie zijn opgenomen. Deze beoordelingscriteria mogen niet worden omzeild door ondernemingen die weliswaar formeel voldoen aan de voorwaarden die kenmerkend zijn voor kleine en middelgrote ondernemingen, maar die de facto onder zeggenschap staan van een grotere of verscheidene grotere ondernemingen. Uitgesloten worden alle juridische constructies die een economische groep vormen waarvan het economische belang boven dat van een kleine of middelgrote onderneming uitstijgt.”.

De belangrijkste criteria van de kmo-aanbeveling van 1996 voor een partneronderneming (aandelen of stemrechten van 25 % of meer) werden ook in Kmo-aanbeveling 2003/361/EG opgenomen en alleen gepreciseerd. Omdat echter altijd het gevaar bestaat dat ook de meest uitgebreide en precieze criteria worden omzeild, moet het in elk geval mogelijk zijn pogingen tot het omzeilen van de geldende kmo-definitie tegen te gaan. Met het oog daarop hebben de gerechten ook een zeer algemeen principe — geen omzeiling — bevestigd.

6.3.3. Bedrijfsdocumenten en feitelijke situatie

- (86) De bedrijfsdocumenten (Heads of Agreement, statuten van Sovello van 13 januari 2005 en MJVA1) bevatten duidelijke aanwijzingen dat de oorspronkelijke ondernemingsstructuur met opzet zo werd ingericht dat een kmo-toeslag kon worden verkregen. Punt 5 van de Heads of Agreement bepaalt in dit verband heel nadrukkelijk:

„The Parties understand that, in order to qualify for maximum grants, it is in the interest of JVCo that Q restricts its equity portion of JVCo until such time that either E or JVCo are no longer categorised as „small or medium enterprises” under the rules for investment grants etc., or that this restriction becomes null and void. As such, Q’s ownership of JVCo must be less than 25 % in order to qualify for certain German government subsidies. [Om aanspraak te kunnen maken op maximale steun is het naar het oordeel van partijen in het belang van JVCo dat Q zijn deelneming in JVCo beperkt totdat hetzij E hetzij JVCo conform de voorschriften betreffende investeringsbijdragen enz. niet meer als „kleine of middelgrote onderneming” wordt geclassificeerd of totdat deze beperking komt te vervallen. In dit verband dient het eigendomsrecht van Q op JVCo minder dan 25 % te bedragen teneinde in Duitsland op bepaalde steunmaatregelen aanspraak te kunnen maken.] ⁽²⁷⁾ (onderstreping door de Commissie)”.

- (87) Dit duidelijke oogmerk wordt bevestigd door artikel 2.5, onder c), van MJVA1:

„The Parties shall use reasonable best efforts to obtain the Government Investment Grant Approval as soon as reasonably practicable following the Closing Date, including, but not limited to, making changes to the overall structure of the joint venture, this Agreement, the shareholdings in VentureCo, the Articles of Association and the Concurrent Agreements in order to ensure that the maximum amount of Government Investment Grants available for small and medium size enterprises will be secured by VentureCo; and to obtain the funds necessary to fund

to VentureCo the amounts specified in Section 2.4 (b) and 2.4 (c) when due.” [Partijen doen alles wat redelijkerwijs in hun vermogen ligt om zo snel mogelijk na afloop van de termijn de goedkeuring voor investeringssubsidies van de overheid te verkrijgen; dit omvat ook, maar niet uitsluitend, wijzigingen aangaande de structuur van de joint venture, deze overeenkomst, de deelnemingen in VentureCo, de statuten en de overige relevante overeenkomsten, teneinde te waarborgen dat aanspraak kan worden gemaakt op het hoogst mogelijke bedrag aan overheidssteun voor investeringen voor kleine en middelgrote ondernemingen van VentureCo; en dat VentureCo, wanneer het bedrag opeisbaar is, de voor zijn financiering benodigde middelen ontvangt zoals genoemd in artikel 2.4, onder b) en c).] (onderstreping door de Commissie)

- (88) Er zijn diverse aanwijzingen dat Evergreen en Q-Cells van meet af aan van plan waren aan beide partners dezelfde rechten te verlenen zodra er zekerheid bestond over de toekenning van de kmo-toeslag:

— In artikel 3, lid 6, MJVA1 is het volgende vastgelegd: indien Q-Cells haar deelneming in EverQ overeenkomstig de geldende subsidiebepalingen kan uitbreiden naar 50 % zonder dat dit ertoe leidt dat de bevoegde instanties een verzoek om overheidssteun voor investeringen niet [...] inwilligen [...], wordt Q-Cells aangeboden voor hetzelfde percentage in EverQ deel te nemen als Evergreen. In dit verband wordt een zeer gunstige prijs gehanteerd.

— Artikel 3, lid 6, MJVA1 voorziet zelfs in een noodscenario volgens welke Q-Cells indien nodig haar aandeel in de eigendom op andere wijze kan vergroten dan via het aantal aandelen:

„If at the time of an Additional Financing request the Grant Impunity Notice cannot be obtained, the Parties shall enter into discussions as to whether Q can participate in the Additional Financing to the extent necessary to enable it to increase its ownership in VentureCo to 50 %, as provided herein, in a manner other than by share subscription.” [Indien het bij een aanvraag voor aanvullende financiering niet lukt een verklaring van geen bezwaar voor het ontvangen van subsidie te verkrijgen, overleggen partijen of Q kan participeren in de aanvullende financiering in een omvang die nodig is om haar aandeel in de eigendom van VentureCo uit te breiden naar 50 % anders dan door intekening op aandelen.] ⁽²⁸⁾ (onderstreping door de Commissie).

⁽²⁷⁾ „JVCo” staat voor EverQ (Sovello), „Q” staat voor Q-Cells en „E” voor Evergreen.

⁽²⁸⁾ „VentureCo” staat voor EverQ; „Q” staat voor Q-Cells. Bij de verklaring van geen bezwaar voor het ontvangen van subsidies (Fördermittelnbedenklichkeitsbescheinigung) gaat het om de schriftelijke bevestiging van de Duitse autoriteiten dat uitbreiding van de deelneming volgens de geldende steunvoorschriften mogelijk is zonder dat de steun wordt verminderd of moet worden terugbetaald.

- (89) Naar het oordeel van de Commissie verlenen de bepalingen van de statuten, de Heads of Agreement en MJVA1 Q-Cells mogelijkheden voor het beïnvloeden van bedrijfsbeslissingen van Sovello die uitstijgen boven de mogelijkheden waarvan een minderheidsaandeelhouder met een deelneming van 24,9 % volgens het traditionele vennootschapsrecht kan uitgaan (in een joint-venture-overeenkomst is dit echter niet per se ongewoon). De Heads of Agreement bepalen het volgende:

„The Governance of JVCo will generally be structured and balanced to take into account each Party's relative economic interest in JVCo and the fact that E needs initially to have a higher degree of control of JVCo as a result of the materiality of the operations of JVCo relative to E's operations on a consolidated basis. At the same time, the JVCo governance structure will include provisions that ensure that both E and Q have a shared voice in major actions of JVCo.” [Het bestuur van JVCo wordt in algemene zin zo gestructureerd en ingericht dat rekening wordt gehouden met de respectieve economische belangen van de partners in JVCo en met het feit dat E vanwege het beslissende belang van de bedrijfsactiviteiten van JVCo voor de bedrijfsactiviteiten van E op geconsolideerde basis voorlopig een grotere zeggenschap over JVCo moet kunnen hebben. Tegelijkertijd zal de bestuursstructuur van JVCo onderworpen zijn aan voorwaarden die garanderen dat zowel E als Q participeren in belangrijke bedrijfsbeslissingen van JVCo.] *(onderstreping door de Commissie)*

- (90) Voorts staat in de Heads of Agreement dat de partners overeenkomen in goed overleg vast te leggen welke belangrijke bedrijfsbeslissingen de instemming van beide partijen behoeven.

- (91) De oorspronkelijke statuten van Sovello bepalen het volgende:

- De raad van commissarissen bestaat uit drie leden (twee leden worden benoemd door Evergreen, onder wie ook de voorzitter, die voor Q-Cells „acceptabel” moet zijn; één lid (tevens de plaatsvervangend voorzitter) wordt door Q-Cells benoemd en ontslagen).
- Voor verschillende belangrijke bedrijfsbeslissingen (goedkeuring van jaarplan en balans, strategische beslissingen over tijdsplanning en productiehoeveelheden, capaciteitsuitbreidingen, verkoop van wafers/cellen naast modules; vaststellen van merken en merknamen; overeenkomsten op het gebied van de intellectuele eigendom, enz.) is instemming nodig van ten minste één directielid dat door Evergreen is benoemd en ten minste één directielid dat door Q-Cells is benoemd.

- (92) Aangezien Q-Cells dus over belangrijke beslissingsbevoegdheden beschikt, is het argument van Duitsland

dat Evergreen ter bescherming van haar belangen een deelneming van meer dan 75 % nodig had (en dat de deelneming van Q-Cells van 24,9 % uit andere factoren moet worden verklaard dan uit pogingen om de criteria te omzeilen) niet steekhoudend. De Commissie merkt op dat Evergreen aanvankelijk daadwerkelijk streefde naar een meerderheidsbelang in Sovello (vgl. punt 5 van de Heads of Agreement: „E will be required to own a majority interest in the equity of JVCo in the near term” [E moet binnen afzienbare tijd een meerderheidsdeelneming in het geplaatst maatschappelijk kapitaal van JVCo bezitten]), maar dat een dergelijke meerderheid ook met andere percentages (tussen 51 % en 75 %) had kunnen worden bereikt.

- (93) Dat Q-Cells invloed op strategische beslissingen kon uitoefenen, wordt ook bevestigd door het Evergreen-jaarverslag van 2004, waarin staat:

„the strategic partnership is highly dependent on Q-Cells's expertise” [het strategische partnerschap is in hoge mate afhankelijk van de knowhow van Q-Cells], *(onderstreping door de Commissie)*

en

„although initially a minority shareholder in the strategic partnership, Q-Cells will have the ability to influence the strategic direction of the strategic partnership and other material decisions of the strategic partnership; as a result, we may be unable to take certain actions that we believe would be in our best interests, which, given the expected materiality of the strategic partnership to our combined operations, could significantly harm our business; further, we may be liable to third parties for the material decisions and actions of Q-Cells in the strategic partnership, which actions may harm the strategic partnership and our business.” [ondanks de aanvankelijke positie van Q-Cells als minderheidsaandeelhouder in het strategische partnerschap zal Q-Cells invloed kunnen uitoefenen op de strategische doelstelling van het strategische partnerschap en andere belangrijke beslissingen van het strategische partnerschap; daardoor is het mogelijk dat we bepaalde beslissingen, die naar ons oordeel in ons belang zijn, niet kunnen nemen, wat gelet op de relevantie die het strategische partnerschap naar verwachting voor onze gezamenlijke activiteit zal hebben, zeer schadelijk kan zijn; ook zouden wij tegenover derden aansprakelijk kunnen zijn voor belangrijke beslissingen en maatregelen die Q-Cells binnen het kader van het strategische partnerschap neemt, en de maatregelen van Q-Cells kunnen schadelijk zijn voor het strategische partnerschap en onze bedrijfsactiviteit.] *(onderstreping door de Commissie)*.

- (94) De volgende passages uit de Heads of Agreement laten zien dat de rol van Q-Cells bij Sovello bepalend was voor het functioneren van de joint venture:

„It is anticipated that because the facility will be located in Germany near Q's current operations, that Q will be a major source of transferred and seconded employees for JVCo. In addition, initially Q will take primary responsibility for recruiting new employees for the facility.” [Naar verwachting zal Q, doordat de fabriek in Duitsland in de buurt van haar huidige productie-installaties ligt, een belangrijke bron zijn van medewerkers die overgaan of gedetacheerd worden naar JVCo. Bovendien zal Q in het begin de eindverantwoordelijkheid dragen voor het aanstellen van nieuwe medewerkers voor de productie-installatie.]

„JVCo may outsource to a Party on a permanent or temporary basis, certain services (Infrastructure, management, operational and technology support and development, etc.) that can be provided by a party to JVCo on a more cost effective basis than if JVCo were to provide such services itself. In particular for the early phases of JVCo, both Parties commit to enter into agreements to supply necessary services to JVCo for a period of at least 2 years, until JVCo is in a position to function cost effectively without this support from its owner entities.” [JVCo kan bepaalde diensten (infrastructuur, management, operationele en technische ondersteuning en ontwikkeling, enz.), die goedkoper door een andere partij dan door JVCo zelf kunnen worden geleverd, voor bepaalde of onbepaalde tijd aan een partij gunnen. Beide partners verplichten zich ertoe met name in de aanloopfase van JVCo overeenkomsten te sluiten inzake het leveren van de noodzakelijke diensten aan JVCo voor een periode van ten minste twee jaar, totdat JVCo in staat is zonder deze steun door zijn eigenaren kosteneffectief te werken.]

[...]„For example, it is anticipated that because of the proximity of the JVCo facility to Q, that Q will be in a position to effectively provide JVCo with infrastructure services until such time as JVCo is able to provide such services independently.” [Zo wordt er bijvoorbeeld van uitgegaan dat Q vanwege de geografische nabijheid van de productie-installatie van JVCo in staat zal zijn infrastructuurdiensten voor JVCo te verrichten totdat JVCo zulke diensten zelf op zich kan nemen.]

- (95) In MJVA1 wordt eveneens een heel aantal diensten opgesomd die (door de beide partners Q-Cells en Evergreen) voor Sovello kunnen worden verricht: algemene advisering op het gebied van management, ondersteuning bij het aanvragen van de overheidssteun voor investeringen, ondersteuning bij het aanvragen van vergunningen in Duitsland, ondersteuning bij de selectie en aanstelling van Duits leidinggevend personeel, ondersteuning in fiscale kwesties, advisering op het gebied van de interne bedrijfsorganisatie, advisering en ondersteuning bij het aantrekken van kapitaal, het aanbrengen van leveranciers van de partners, advisering in verband met de overdracht van de technologieën van de partners, technologische ondersteuning, ondersteuning bij het verkrijgen van lokale infrastructuur, human resources en de aanstelling

van medewerkers (artikel 9.9 van MJVA1). Weliswaar is in deze documenten vastgelegd dat deze diensten tegen marktprijzen of op cost plus-basis worden verricht, maar desalniettemin getuigt dit alles van nauwe banden tussen Sovello en Q-Cells.

- (96) In een persbericht van de partners van 24 januari 2005 wordt gezegd dat „de geplande installatie waarschijnlijk wordt gebouwd op een perceel in de buurt van de reeds bestaande zonnecellenfabrieken van Q-Cells en daarom kan profiteren van aanzienlijke synergieën met de activiteiten van Q-Cells.”
- (97) Bovendien kocht Q-Cells de lege vennootschap om Sovello op te richten en bij de leiding van deze vennootschap ging het om de bestuursvoorzitter en de financieel directeur van Q-Cells, waarbij de directeur van Q-Cells vertegenwoordigingsbevoegdheid bezat.
- (98) Q-Cells leverde een directeur van Sovello. Ondanks het feit dat Duitsland stelt dat dit slechts tijdelijk het geval was en dat Evergreen eveneens een directeur leverde, is ook dit een aanwijzing dat Q-Cells en Sovello in elk geval bij de start van de joint venture zeer nauwe betrekkingen onderhielden.
- (99) Duitsland bracht naar voren dat Evergreen met andere potentiële joint-venturepartners op basis van een deelneming van meer dan 75 % heeft onderhandeld, maar leverde daarvoor geen schriftelijk bewijs. Duitsland bood in enkele brieven weliswaar aan verklaringen onder ede van vertegenwoordigers van Evergreen en Q-Cells te verstrekken met de achterliggende overwegingen bij de deelneming van 24,9 %, maar deed dit uiteindelijk niet.
- (100) Om deze redenen kan de Commissie Duitsland niet volgen in de redenering dat de deelneming van Q-Cells van 24,9 % automatisch voortvloeit uit de toepassing van het Duitse vennootschapsrecht en niet is ingegeven door het oogmerk een kmo-toeslag te verkrijgen.
- (101) De Commissie is niet overtuigd door het argument van Duitsland dat de in MJVA1 vastgelegde mogelijkheid voor Q-Cells om haar deelneming uit te breiden naar 50 % niet alleen afhangt van het behoud van de overheidssteun, maar ook van een beslissing van beide partners over een uitbreiding van de productiecapaciteit op basis van het economische succes van Sovello¹, want artikel 3, lid 6, onder c), van MJVA1 luidt als volgt:

„Extra financiële middelen. Indien VentureCo met het oog op een capaciteitsuitbreiding of in ander verband E en Q schriftelijk verzoekt om extra financiële middelen in aanvulling op de „aggregate equity funding” (totale eigen vermogen) en de „alternative funding” (overige kapitaal-inbreng) (de „extra financiële middelen”) en indien de aandeelhouders een dergelijke kapitaalverhoging met inachtneming van de bepalingen van de statuten goedkeuren („verzoek om extra financiële middelen”), is het volgende van toepassing:

- i) Indien de bestaande subsidiebepalingen toelaten — en door de bevoegde goedkeuringsinstantie schriftelijk wordt bevestigd („Fördermittelunbedenklichkeitsbescheinigung”) — dat Q haar deelneming in de VentureCo uitbreidt naar 50 %, zonder dat dit ertoe kan leiden dat een verzoek om toekenning van overheidssteun voor investeringen door de bevoegde instanties geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen of dat reeds ontvangen overheidssteun voor investeringen door deze instanties geheel of gedeeltelijk wordt teruggevorderd, wordt aan Q schriftelijk aangeboden extra financiële middelen beschikbaar te stellen voor een bedrag dat Q in staat stelt deel te nemen in VentureCo met hetzelfde percentage als E [...] (zonder het aandeel van E te overschrijden. [...] (onderstreping door de Commissie)”.
- (102) Na verschillende bedrijfsdocumenten zorgvuldig te hebben onderzocht, is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de formele eigendoms- en besluitvormingsstructuur van Sovello, waaronder de deelneming van Q-Cells van 24,9 % en de aanzienlijke invloed van Q-Cells op de besluitvorming van Sovello, op het tijdstip van de oorspronkelijke aanmelding inderdaad opzettelijk en fundamenteel zo was ingericht dat Sovello de kmo-toeslag kon verkrijgen, terwijl de beide strategische partners van meet af aan van plan waren een samenwerkingsverband van gelijkwaardige partners op te richten zodra de kmo-toeslag was verkregen.
- (103) Duitsland stelt verder dat de deelneming van Q-Cells gebaseerd is op het Duitse vennootschapsrecht. Duitsland stelde met name dat de succesvolle ontwikkeling van de joint venture Sovello zo belangrijk was voor het economische succes van Evergreen dat Evergreen een maximum aan beslissingsbevoegdheden en invloed op Sovello wilde behouden en om die reden voor de eerste fase van de ontwikkeling van Sovello niet accepteerde ten hoogste 75 % van het geplaatste maatschappelijke kapitaal en de stemrechten te bezitten. Dit argument kan alleen zo worden geïnterpreteerd dat Evergreen niet bereid was Q-Cells 25 % of meer van de aandelen en stemrechten toe te staan.
- (104) Om deze argumentatie te kunnen volgen en de geloofwaardigheid ervan te kunnen beoordelen analyseerde de Commissie de bepalingen van de Duitse wet betreffende besloten vennootschappen naar Duits recht (GmbH-Gesetz) en daarmee van de toepasselijke nationale wetgeving, aangezien Sovello AG destijds werkte onder de firmaam EverQ GmbH en onder het GmbH-Gesetz viel.
- (105) In het Duitse GmbH-Gesetz zijn bepaalde wettelijke minderheidsrechten vastgelegd, met name in de paragrafen 50, 61, 66 en 53. De paragrafen 50, 61 en 66 hebben betrekking op rechten van vennoten met meer dan 10 % van de stemrechten en zijn derhalve voor deze beoordeling niet relevant, aangezien Q-Cells een dergelijk aandeel bezit. Alleen § 53 voorziet in een minderheidsrecht dat Q-Cells vanwege haar deelneming van 24,9 % wettelijk niet toekomt. Volgens § 53 van het GmbH-Gesetz kunnen minderheidsaandeelhouders met meer dan 25 % van de stemrechten een wijziging van de statuten van de GmbH blokkeren. Dientengevolge zou Evergreen als meerderheidsaandeelhouder met meer dan 75 % van de stemrechten krachtens de wet alle belangrijke bedrijfsbeslissingen, ook die over statutenwijzigingen, kunnen nemen. Als de bepalingen over de beslissingsbevoegdheden in de statuten en MJVA niet zouden voorzien in aanvullende beslissingsbevoegdheden voor Q-Cells, zou het door Duitsland naar voren gebrachte argument dat Evergreen een deelneming van meer dan 75 % nodig had, steekhoudend zijn. De deelneming van Q-Cells van 24,9 % zou als gevolg van een strikte toepassing van wettelijk vastgelegde rechten gerechtvaardigd kunnen zijn en er zou niet van hoeven te worden uitgegaan dat de deelneming van Q-Cells een kunstmatige ondernemingsstructuur weerspiegelt, bedoeld om de kmo-definitie te omzeilen.
- (106) Volgens het Duitse vennootschapsrecht en ongeacht de naleving van de wettelijke bepalingen geldt echter contractvrijheid. De statuten van de onderneming kunnen beschermingsbepalingen bevatten die verder gaan dan de wettelijke beschermingsbepalingen.
- (107) Dit is precies het geval bij Sovello, aangezien de partners in de statuten hebben vastgelegd dat voor alle belangrijke beslissingen en met name voor een statutenwijziging de instemming van beide partners nodig is. Wanneer — zoals in het onderhavige geval — unanimitieit is overeengekomen, geldt de voornoemde regel niet, aangezien die de rechten van een minderheidsaandeelhouder alleen zou beschermen, maar niet zou beperken. Anderzijds zou het de partners vanzelfsprekend volledig hebben vrijgestaan dezelfde clausule ook in de statuten op te nemen wanneer ze voor Q-Cells niet een aandeel van 24,9 %, maar een aandeel van een ander percentage waren overeengekomen. Daarom is het argument met betrekking tot de vetorechten van minderheidsaandeelhouders in het onderhavige geval niet relevant. De door Duitsland naar voren gebrachte argumenten zijn derhalve tegenstrijdig; dat een meerderheidsaandeelhouder met een meerderheid van meer dan 75 % over wettelijke rechten beschikt, is irrelevant wanneer belangrijke beslissingsbevoegdheden die aan dat meerderheidsbelang verbonden zijn, bij overeenkomst worden beperkt. In het licht van de bovenstaande opmerkingen trekt de Commissie de conclusie dat er op grond van het Duitse vennootschapsrecht geen reden is om een deelneming van 24,9 % vast te leggen. Het feit dat de deelneming van Q-Cells na de toetreding van REC tot de joint venture tijdelijk werd verminderd, waarbij deze vermindering na de oorspronkelijke goedkeuring van de kmo-toeslag door de Commissie slechts drie maanden werd gehandhaafd, verandert niets aan dit onderzoeksresultaat.
- (108) Duitsland stelde dat in november 2005 (met de toetreding van REC door de aankoop van 15 % van de aandelen), dus voordat beschikking N 426/05 betreffende de kmo-toeslag werd gegeven, ten eerste MJVA1 werd beëindigd en door MJVA2 werd vervangen en ten tweede de deelneming van Q-Cells werd gereduceerd tot 21 %.

- (109) In het algemeen beoordeelt de Commissie een zaak op grond van de feiten op het tijdstip van de aanmelding, tenzij de lidstaat de aanmelding uitdrukkelijk wijzigt. In een geval waarin een onderneming al op het tijdstip van de eerste aanmelding geen kmo is (ook al werden de kmo-drempelwaarden formeel in acht genomen) en in het licht van een mogelijke omzeiling van de kmo-definitie schenkt de Commissie echter speciale aandacht aan latere veranderingen waarvan ze na de oorspronkelijke aanmelding in kennis werd gesteld. In het onderhavige geval veranderen de wijzigingen in de aandeelhoudersstructuur, waarover de Commissie na de oorspronkelijke aanmelding werd geïnformeerd, niets aan de juridische beoordeling. Het veronderstelde oogmerk om het aandeel van Q-Cells kunstmatig beneden de 25 % te houden, veranderde niet door de latere wijzigingen in de ondernemingsstructuur (vóór beschikking N 426/05 betreffende de kmo-toeslag), en de grote invloed van Q-Cells in de joint venture Sovello wordt in MJVA2 gehandhaafd.
- (110) Het feit dat de invloed van Q-Cells in de oorspronkelijke joint venture verder reikt dan haar deelneming van 24,9 %, wordt ook bevestigd door MJVA2, waarin staat dat de drie partners, indien een deel van de steun moet worden terugbetaald, Sovello een krediet verstrekken dat overeenkomt met het terug te betalen bedrag, waarbij REC een kredietpercentage verstrekt dat evenredig is aan zijn aandeel, terwijl het resterende kredietbedrag gelijkelijk tussen Evergreen en Q-Cells wordt verdeeld.
- (111) De na de toetreding van REC geldende regeling is vastgelegd in MJVA2. MJVA2 bepaalt dat Q-Cells na een verzoek om extra financiële middelen met het oog op een capaciteitsuitbreiding of in ander verband haar deelneming kan uitbreiden tot het percentage van de deelneming van Evergreen (artikel 3.5, onder c)). Behoudens een volgend, vóór [...] te sluiten leveringscontract voor silicium kan REC haar deelneming uitbreiden naar 21 % door 6 % van Evergreen over te nemen (artikel 3.4). In het geval van een verzoek om extra financiële middelen en eveneens behoudens een volgend leveringscontract voor silicium kan REC zijn deelneming in Sovello tot 33,3 % (artikel 3.5, onder d)) en daarmee tot het percentage van de deelneming van Evergreen en Q-Cells uitbreiden. De bedrijfsinterne beslissing over de uitbreiding van de productiecapaciteit werd eind juni 2006 genomen. De deelneming van de drie partners voor gelijke delen werd ca. drie maanden na de oorspronkelijke goedkeuring van de kmo-toeslag door de Commissie overeengekomen, toen Q-Cells en REC hun deelneming elk tot 33,3 % uitbreidden (gewijzigde overeenkomst MJVA2).
- (112) De bepalingen inzake de benoeming van de directeuren en de besluitvormingsprocedures in de raad van commissarissen werden grotendeels gehandhaafd: volgens MJVA2 hebben zowel Q-Cells als REC het recht een directeur te benoemen (twee zodra hun deelneming meer is dan 30 %) en is voor beslissingen een meerderheid van de directeuren nodig, waarbij de instemming van ten minste twee van de drie deelnemende ondernemingen is vereist. Ook dit gaat verder dan de beslissingsbevoegdheden die een minderheidsaandeelhouder in een normale bedrijfs-situatie mag verwachten (al is het in een joint venture soms minder ongebruikelijk).
- (113) Bovendien bracht Q-Cells REC binnen de joint venture. Q-Cells onderhield nauwe klant- en leveranciersrelaties met REC en haar dochters ScanModule AB, Glava, Zweden (hierna „ScanModule” genoemd), ScanCell AS, Narvik, Noorwegen (hierna „ScanCell” genoemd) en ScanWafer ASA, Høvik, Glomfjord, Porsgrunn, Noorwegen. REC leverde silicium aan Q-Cells en was voor Q-Cells de belangrijkste leverancier van wafers, terwijl Q-Cells een aanzienlijk deel van haar zonnecellenproductie aan ScanModule verkocht. De door ScanCell vervaardigde cellen werden door Q-Cells op de markt gebracht. Bovendien sloten Q-Cells en REC in 2004 een mondelinge overeenkomst over de diensten van Q-Cells op het gebied van afzet en marketingondersteuning in Noorwegen. Verder bestaan er ook duidelijke connecties via de heer Brenninkmeijer, die lid was van de raad van commissarissen van zowel Q-Cells als REC en bij Good Energies de functie van managing director bekleedde, de onderneming die 16 % van de aandelen van Q-Cells en 39 % van de aandelen van REC bezat (vgl. punt 2.2). Voor de onderneming CSG Solar werd een soortgelijke structuur opgezet; zowel Q-Cells als REC waren minderheidsaandeelhouder, en de bestuursvoorzitter van Q-Cells en de heer Brenninkmeijer waren lid van de raad van commissarissen.
- (114) Gelet op de bovenstaande overwegingen is de Commissie van oordeel dat de formele eigendoms- en besluitvormingsstructuur van Sovello zowel op het tijdstip van de aanmelding als op het moment dat beschikking N 426/05 werd gegeven, met opzet zo was ingericht dat Sovello de kmo-toeslag kon verkrijgen (doordat de deelneming van Q-Cells beneden de 25 % werd gehouden), terwijl de twee — later drie — strategische partners (REC garandeerde de levering van silicium) er tegelijkertijd voortdurend naar streefden het partnerschap op basis van gelijkwaardigheid vorm te geven, zodra de kmo-toeslag zou zijn verkregen. Drie maanden nadat de Commissie de kmo-toeslag had goedgekeurd, werden de deelnemingen van de drie partners door een wijziging van MJVA2 inderdaad even groot (elk 33,3 %).
- 6.3.4. *Berekening van de kmo-drempel op basis van een deelneming van Q-Cells van 25 %*
- (115) Volgens artikel 2 van de bijlage bij de kmo-aanbeveling gaat het bij kleine en middelgrote ondernemingen om ondernemingen
- waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en
 - waarvan de jaaromzet 50 miljoen EUR niet overschrijdt of
 - waarvan het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen EUR niet overschrijdt.

- (116) Hoe deze drempels worden berekend, hangt af van de structuur van de desbetreffende onderneming (zelfstandige onderneming of partneronderneming/verbonden onderneming in de zin van artikel 3 van de bijlage bij de kmo-aanbeveling). Volgens artikel 4 van de bijlage bij de kmo-aanbeveling hebben de gegevens die in het kader van de beoordeling van de kmo-status van de begunstigde voor de berekening van het aantal werkzame personen en van de financiële bedragen worden gebruikt, betrekking op het laatste afgesloten boekjaar en worden ze jaarlijks berekend. Volgens artikel 6 van de bijlage bij de kmo-aanbeveling moeten de gegevens van verbonden ondernemingen/partnerondernemingen bij de berekening van de kmo-drempels worden meegeteld (100 % voor verbonden ondernemingen en in evenredigheid met het aandeel voor partnerondernemingen, d.w.z. ten minste 25 %).
- (117) Op grond van alle bovenstaande overwegingen is de Commissie van oordeel dat Q-Cells in de oorspronkelijke beschikking als partneronderneming van Sovello (d.w.z. alsof Q-Cells een deelneming van 25 % in Sovello had) had moeten worden geclassificeerd, als de Commissie alle relevante informatie in haar bezit had gehad. Op basis daarvan berekende de Commissie de kmo-drempels voor Sovello opnieuw zoals die in de kmo-aanbeveling zijn vastgelegd.
- (118) Vanwege haar meerderheidsdeelneming was Evergreen een met Sovello verbonden onderneming. Daarom moeten haar gegevens bij de berekening van de kmo-drempels voor 100 % worden meegeteld. De gegevens die voor Evergreen als basis dienen, hebben betrekking op 2004 (215 medewerkers, een jaaromzet van 18,9 miljoen EUR en een jaarlijks balanstotaal van 36,5 miljoen EUR). In datzelfde jaar had Sovello geen medewerkers en ook geen omzet, maar wel een balanstotaal van 0,025 miljoen EUR. Eind 2004 had Q-Cells 350 medewerkers, een jaaromzet van 128,7 miljoen EUR en een jaarlijks balanstotaal van 105,6 miljoen EUR.
- (119) De Commissie berekende de kmo-drempels voor Sovello opnieuw door deze te baseren op het aantal werkzame personen, de omzet en het balanstotaal van Sovello (gegevens zoals verstrekt bij de aanmelding), en wel voor 100 %, op de gegevens van Evergreen (verbonden onderneming, situatie volgens de bij de aanmelding verstrekte gegevens in 2004), eveneens voor 100 %, en op de gegevens van Q-Cells voor 25 %. Op basis van deze berekening zijn alle kmo-drempels overschreden, zodat aan Sovello de kmo-status niet zou worden toegekend en de onderneming derhalve niet in aanmerking zou komen voor een kmo-toeslag.
- (120) Duitsland stelt dat de Commissie er waarschijnlijk van uitgaat dat een joint venture samen met zijn joint-venturepartners automatisch als economische eenheid moet worden behandeld en ze daarom voor joint ventures speciale kmo-criteria ontwikkelt en toepast. De Commissie merkt daarbij op dat de beoordeling in de onderhavige zaak laat zien dat deze redenering niet opgaat. In overeenstemming met artikel 6 van de kmo-aanbeveling heeft de Commissie de gegevens van Q-Cells bij de berekening slechts in evenredigheid met het aandeel

(25 %) meegeteld, aangezien ze ervan uitgaat dat de deelneming van Q-Cells kunstmatig onder deze drempel werd gehouden.

6.4. Ontbrekende noodzaak voor de kmo-toeslag

- (121) Aangezien de kmo-drempels zijn overschreden, is er geen verder onderzoek nodig met betrekking tot de vraag of Sovello inderdaad te maken had met voor kmo's typische nadelen en of de toekenning van de kmo-toeslag om die reden noodzakelijk was. Duitsland somde desondanks verschillende „voor kmo's typische nadelen” op waarmee Sovello zou zijn geconfronteerd (vgl. punt 5.2). Ten aanzien van de beperkte toegang tot financiële middelen en het door Duitsland naar voren gebrachte argument dat het investeringsproject zonder kmo-toeslag niet zou zijn gerealiseerd, merkt de Commissie op dat MJVA1 voorzag in mogelijkheden voor „alternative funding” [overige kapitaalbreng] voor het geval dat staatssteun uitbleef. MJVA2 voorziet in een compensatie van verplichtingen tot het terugbetalen van subsidies door de drie joint-venturepartners (door middel van een lening aan Sovello, zie overweging 110). De Commissie is er derhalve niet van overtuigd dat de investering zonder kmo-toeslag niet zou zijn gedaan. Het commerciële risico wordt naar het oordeel van de Commissie gecompenseerd door het feit dat Sovello kon terugvallen op de ervaring van zijn drie partners Evergreen (afzet en distributie), Q-Cells (aanwezigheid op de Duitse markt) en REC (activiteiten op de markt voor zonnemodules via haar dochterondernemingen) (zie overweging 113). Het argument van Duitsland dat Sovello hogere bedrijfs- en administratiekosten moest maken dan grote ondernemingen, wordt door de Commissie van de hand gewezen, aangezien het bedrijf, zoals in de overwegingen 94 en 95 uiteengezet is, aanzienlijke ondersteuning kreeg van Q-Cells en de siliciumvoorziening door REC was gewaarborgd (in 2005 was er sprake van een ernstige stagnatie in de grondstoffenvoorziening voor de industrie op het gebied van zonne-energie).
- (122) Naar het oordeel van de Commissie toont haar beoordeling op grond van de nieuwe informatie aan dat Sovello via zijn joint-venturepartners, die in dezelfde branche werkzaam zijn, toegang had tot financiële middelen en hulp waarover concurrenten van dezelfde omvang, die niet door verbonden ondernemingen of partnerondernemingen werden gesteund, niet konden beschikken. De Commissie concludeert derhalve in tegenstelling tot de redenering van Duitsland dat de aan Sovello toegekende kmo-toeslag niet nodig was om de financiering van het investeringsproject veilig te stellen.

6.5. Conclusie

- (123) Om deze redenen is de Commissie van oordeel dat de kmo-toeslag van 15 % niet aan Sovello mocht worden toegekend en dat de toekenning van de kmo-toeslag niet verenigbaar is met de interne markt.
- (124) Volgens artikel 14, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999 moet de Commissie in principe beschikken dat niet-verenigbare steun van de begunstigde wordt teruggedroefd,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De op 7 juni 2006 in zaak N 426/05 gegeven beschikking wordt herroepen.

Artikel 2

De staatssteun ten bedrage van 9 130 995 EUR in prijzen van 2007, die Duitsland in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU ten gunste van Sovello op onwettige wijze heeft toegekend, is niet verenigbaar met de interne markt.

Artikel 3

1. Duitsland moet de in artikel 2 bedoelde steun terugvorderen van de begunstigde.
2. Het terug te vorderen bedrag omvat rente vanaf de datum waarop de steun ter beschikking van de begunstigde is gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.
3. De rente wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie ⁽²⁹⁾.
4. Duitsland staakt met ingang van de datum van kennisgeving van dit besluit alle uitstaande betalingen in het kader van de in artikel 2 bedoelde steun.

Artikel 4

1. De in artikel 2 bedoelde steun wordt onmiddellijk en op doeltreffende wijze teruggevorderd.
2. Duitsland ziet erop toe dat dit besluit binnen vier maanden na kennisgeving ervan ten uitvoer wordt gelegd.

Artikel 5

1. Binnen twee maanden na kennisgeving van dit besluit dient Duitsland de navolgende informatie aan de Commissie te verstrekken:

- a) het totale bedrag (hoofdsom en rente) dat van de begunstigde moet worden teruggevorderd;
- b) een uitvoerige beschrijving van de maatregelen die reeds zijn genomen of zullen worden genomen om aan dit besluit te voldoen;
- c) documenten waaruit blijkt dat de begunstigde is aangemaand de steun terug te betalen.

2. Duitsland houdt de Commissie op de hoogte van de vooruitgang die bij de nationale maatregelen ter uitvoering van dit besluit wordt gemaakt, totdat de in artikel 2 bedoelde steun die in het kader van de regeling werd verleend, volledig is terugbetaald. Het verstrekt onmiddellijk alle informatie die de Commissie wenst te krijgen over de maatregelen die reeds zijn genomen of die zullen worden genomen om aan dit besluit te voldoen. Het verstrekt ook gedetailleerde gegevens over de steunbedragen en de invorderingsrente die reeds door de begunstigde zijn terugbetaald.

Artikel 6

Dit besluit is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 27 januari 2010.

Voor de Commissie

Neelie KROES

Lid van de Commissie

⁽²⁹⁾ PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1.