

Publicatieblad

van de Europese Unie

L 7



Uitgave
in de Nederlandse taal

Wetgeving

54e jaargang
11 januari 2011

Inhoud

II Niet-wetgevingshandelingen

BESLUITEN

2011/3/EU:

- ★ **Besluit van de Commissie van 24 februari 2010 betreffende de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en Danske Statsbaner (Steunmaatregel C 41/08 (ex NN 35/08))** (Kennisgeving geschied onder nummer C(2010) 975) ⁽¹⁾..... 1

2011/4/EU:

- ★ **Besluit van de Commissie van 6 juli 2010 betreffende steunmaatregel C 34/08 (ex N 170/08) die Duitsland voornemens is ten uitvoer te leggen ten behoeve van Deutsche Solar AG** (Kennisgeving geschied onder nummer C(2010) 4489) ⁽¹⁾..... 40

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

2011/5/EG:

- ★ **Beschikking van de Commissie van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast** (Kennisgeving geschied onder nummer C(2009) 8107) ⁽¹⁾ 48

Prijs: 4 EUR

⁽¹⁾ Voor de EER relevante tekst

NL

Besluiten waarvan de titels mager zijn gedrukt, zijn besluiten van dagelijks beheer die in het kader van het landbouwbeleid zijn genomen en die in het algemeen een beperkte geldigheidsduur hebben.

Besluiten waarvan de titels vet zijn gedrukt en die worden voorafgegaan door een sterretje, zijn alle andere besluiten.

II

(Niet-wetgevingshandelingen)

BESLUITEN

BESLUIT VAN DE COMMISSIE

van 24 februari 2010

betreffende de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en Danske Statsbaner (Steunmaatregel C 41/08 (ex NN 35/08))*(Kennisgeving geschied onder nummer C(2010) 975)***(Slechts de tekst in de Deense taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

(2011/3/EU)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea ⁽¹⁾,

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

Na de belanghebbende partijen overeenkomstig de genoemde artikelen te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken ⁽²⁾,

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

- (1) Ingevolge twee klachten en talrijke uitwisselingen tussen enerzijds de Commissie en de twee klagers en anderzijds de Commissie en de Deense autoriteiten, heeft de Commissie op 10 september 2008 besloten in deze zaak de formele onderzoekprocedure in te leiden en heeft zij Denemarken en de belanghebbende partijen, door de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van het besluit tot inleiding van de procedure ⁽³⁾, verzocht haar hun opmerkingen te maken.
- (2) Het besluit van de Commissie om de formele onderzoekprocedure in te leiden, maakte gedeeltelijk het voorwerp uit van een beroep tot nietigverklaring van een van de klagers voor het Gerecht van de Europese Unie. Dit

beroep is afgewezen als niet-ontvankelijk bij een beschikking van het Gerecht van 25 november 2009 ⁽⁴⁾.

- (3) Bij brief van 17 december 2009 heeft de Commissie Denemarken en de belanghebbende partijen verzocht hun opmerkingen in te dienen met betrekking tot de rechtsgrond voor het onderzoek naar de verenigbaarheid van de staatssteun in deze zaak, op grond van Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad ⁽⁵⁾.

2. VOORSTELLING VAN DE BEGUNSTIGDE ONDERNEMING EN DE INDIENERS VAN DE KLACHT

2.1. DE BEGUNSTIGDE ONDERNEMING: DANSKE STATSBANER

2.1.1. DE HISTORISCHE DEENSE SPOORWEGONDERNEMING

- (4) Danske Statsbaner SV (hierna „DSB” genoemd) is de historische spoorwegonderneming in Denemarken.
- (5) DSB is volledig in handen van de Deense staat ⁽⁶⁾. DSB biedt alleen reizigersvervoer per spoor en aanverwante diensten aan ⁽⁷⁾. Zij is ook actief via haar dochterondernemingen, met name in Zweden, Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk.

⁽¹⁾ Vanaf 1 december 2009 zijn de artikelen 87 en 88 VEG respectievelijk de artikelen 107 en 108 VWEU geworden. De bepalingen in beide Verdragen zijn inhoudelijk identiek. In het kader van dit besluit moeten verwijzingen naar de artikelen 107 en 108 VWEU waar nodig worden begrepen als verwijzingen naar, respectievelijk, de artikelen 87 en 88 VEG.

⁽²⁾ PB C 309 van 4.12.2008, blz.14.

⁽³⁾ Zie voetnoot 2

⁽⁴⁾ Zaak T-87/09, *Jørgen Andersen/Commissie* (nog niet bekendgemaakt in de Jurispr.).

⁽⁵⁾ PB L 315 van 3.12.2007, blz. 1.

⁽⁶⁾ Wet 485 van 1 juli 1998 tot oprichting van de zelfstandige overheidsbedrijven DSB SV en DSB Cargo op 1 januari 1999 (hierna „de wet-DSB” genoemd).

⁽⁷⁾ Het vrachtvervoer van DSB is in 2001 overgedragen aan Deutsche Bahn.

- (6) In 1998 heeft het Deense parlement een wet aangenomen om de spoorinfrastructuur te scheiden van het spoorvervoer van DSB ⁽⁸⁾.
- (7) In 2008 telde DSB circa 9 200 werknemers. De omzet bedroeg in 2008 circa 9,85 miljard DKK (1,32 miljard EUR).

2.1.2. DE OPRICHTING VAN HET OVERHEIDSBEDRIJF DSB

- (8) In 1999 werd DSB omgevormd tot een zelfstandig overheidsbedrijf ⁽⁹⁾.
- (9) Naar aanleiding daarvan werd een nieuw model voor het financiële beheer van de onderneming opgesteld. De beginbalans werd opgesteld op basis van een waardering van de activa en passiva van de onderneming. De Deense autoriteiten hebben aangegeven dat DSB een tweede waardering door onafhankelijke experts heeft gevraagd voor alle belangrijke posten.
- (10) De Deense autoriteiten hebben verklaard dat het eigen vermogen van DSB is vastgelegd door vergelijking met soortgelijke ondernemingen die beschikken over aanzienlijke vaste activa. De definitieve openingsbalans van de onderneming berustte op een solvabiliteitsratio van 36 % en een startdotatie.
- (11) Bovendien moet worden opgemerkt dat het rechtskader dat van toepassing is op DSB wordt aangevuld door boekhoudvoorschriften en nationale mededingingsvoorschriften die de onderneming verplichten een gescheiden boekhouding te voeren voor haar belangrijkste activiteiten, om zo kruissubsidiëring te voorkomen. De contractuele betalingen aan DSB op grond van de contracten voor openbaarvervoersdiensten worden afzonderlijk geboekt van de overige activiteiten die worden verricht op strikt commerciële basis.
- (12) De rekeningen van DSB worden voor iedere activiteit bijgehouden op basis van een gedetailleerde analytische boekhouding die gebruikmaakt van verdeelsleutels voor de kosten en opbrengsten ⁽¹⁰⁾.

2.1.3. DE DSB-GROEP

i) DSB S-tog a/s

- (13) De DSB-groep omvat ook de dochteronderneming DSB S-tog a/s, die voor 100 % in handen is van DSB SV, die alle voorstedelijke spoorwegdiensten van Groot Kopenhagen exploiteert.
- (14) DSB S-tog a/s voert een gescheiden boekhouding van DSB SV omdat het gaat om een zelfstandige onderneming. Ook de boekhoudregels van DSB bepalen dat de verrichtingen tussen DSB en DSB S-tog a/s moeten plaatsvinden volgens de marktvoorwaarden.

⁽⁸⁾ Het beheer en het onderhoud van de spoorinfrastructuur kwam in handen van Banedanmark, een apart overheidsbedrijf.

⁽⁹⁾ Zie voetnoot 5.

⁽¹⁰⁾ De Deense autoriteiten hebben aangegeven dat de verschillende opbrengstrekeningen worden opgesteld op basis van toerekening en niet van een boekhoudstelsel. Het is niet mogelijk gescheiden balansen voor elk van de activiteiten op te maken op basis van de rekeningen.

- (15) De door de dochteronderneming DSB S-tog a/s gegenereerde winst, na belastingen, wordt opgenomen in het geconsolideerde resultaat van DSB SV. Het dividendbeleid van de Deense staat wordt bepaald door de moedervennootschap DSB SV, in die zin dat het dividend wordt uitgekeerd door DSB SV.

ii) Andere participaties

- (16) DSB heeft 100 % in handen van DSB Sverige AB, DSB Norge en DSB UK Ltd AS, waarvan de activiteiten, zoals hierboven vermeld, bestaan in het verstrekken van de reizigersvervoersdiensten en aanverwante activiteiten in, respectievelijk, Zweden, Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk.
- (17) Bovendien bezit DSB 60 % van Roslagståg AB, de onderneming die de Roslag-lijn exploiteert in de regio Stockholm. Ook de privaatrechtelijke onderneming BSD ApS, die belast is met de bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten, is in handen van DSB.
- (18) Verder zijn DSB en DSB S-tog a/s gezamenlijk eigenaar van de holding DSB Rejsekort A/S, die 52 % van Rejsekort A/S bezit, de operator van de elektronische betaalbewijzen voor het openbaar vervoer.
- (19) Ten slotte bezit DSB 100 % van Kort & Godt, een keten stationwinkels.

2.2. DE KLAGERS

2.2.1. DE EERSTE KLAGER

- (20) De eerste klager is Gråhundbus, een particuliere onderneming voor reizigersvervoer per bus (hierna „Gråhundbus” genoemd).

2.2.2. DE TWEEDE KLAGER

- (21) De tweede klager is Dansk Kollektiv Trafik, een brancheorganisatie die verscheidene Deense vervoersondernemingen vertegenwoordigt (hierna „DKT” genoemd).

3. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE CONTRACTEN VOOR OPENBAARVERVOERSDIENSTEN TUSSEN HET DEENSE MINISTERIE VAN VERVOER EN DSB

3.1. HET RECHTSKADER VAN DE CONTRACTEN VOOR OPENBAARVERVOERSDIENSTEN IN DENEMARKEN

- (22) Tot 1 januari 2000 had DSB in Denemarken een monopolie op het reizigersvervoer per spoor. Sedertdien heeft de Deense wetgever dit monopolie afgeschaft en voorzien in twee verschillende regelingen voor het verrichten van diensten voor reizigersvervoer per spoor ⁽¹¹⁾:

⁽¹¹⁾ Lov om jernbanevirksomhed m.v. (wet nr. 289 van 18 mei 1998, als gewijzigd). De meest recente geconsolideerde wet is wet nr. 1171 van 2 december 2004.

- het reizigersvervoer per spoor op commerciële basis, zonder compensatie van de overheid (hierna „het vrije verkeer” genoemd);
 - het vervoer in het kader van de contracten voor openbaarvervoersdiensten met compensatie van de overheid (hierna „het vervoer als openbare dienst” genoemd).
- (23) Volgens de Deense autoriteiten wordt er momenteel geen enkele reizigersvervoersdienst op regelmatige basis geëxploiteerd in het kader van het vrije verkeer.
- (24) Bij de contracten voor openbaarvervoersdiensten maakt de Deense wet- en regelgeving een onderscheid tussen twee types contracten:
- de contracten voor openbaarvervoersdiensten die worden gesloten via onderhandse onderhandelingen tussen de bevoegde overheidsinstanties en de vervoersonderneming, zonder voorafgaande oproep tot inschrijving. In Denemarken is het ministerie van Vervoer is de overheid die bevoegd is om over dit soort contracten voor openbaarvervoersdiensten te onderhandelen en deze toe te wijzen, behalve voor lijnen die worden geëxploiteerd door bepaalde kleine regionale ondernemingen;
 - de contracten voor openbaarvervoersdiensten die worden gegund na een aanbestedingsprocedure. De bevoegde overheid voor deze contracten bij aanbesteding is de Trafikstyrelsen, de toezichthouder die is opgericht door het ministerie van Vervoer.
- (25) DSB opereert de diensten voor reizigersvervoer per spoor op de grote lijnen, de regionale en de lokale lijnen in het kader van contracten voor openbaarvervoersdiensten die onderhands gesloten zijn met het ministerie van Vervoer.
- (26) In de laatste jaren is er steeds meer gebruikgemaakt van de aanbestedingsprocedure. Zo is in 2002 een deel van het regionale openbare vervoer in West-Denemarken gegund aan Arriva. In 2007 is een deel van het regionale openbare vervoer in Oost-Denemarken en Zuid-Zweden, waaronder grensoverschrijdende regionale verbindingen, gegund aan een gemeenschappelijke onderneming van DSB en First Group (DSB First).
- (27) De Deense autoriteiten hebben ook aangegeven dat zij voornemens zijn voor meer contracten de aanbestedingsprocedure te gebruiken.

3.2. HET CONTRACT VOOR OPENBAARVERVOERSDIENSTEN VOOR DE PERIODE 2000-2004

- (28) Dit contract heeft betrekking op het vervoer op de grote lijnen en op de regionale lijnen dat door DSB is verricht als openbare dienst in de periode 2000-2004.
- (29) Artikel 1 bepaalt het volgende: „het doel van dit contract is een positieve ontwikkeling van het reizigersvervoer per spoor te bevorderen door te vertrekken van de solide financiële situatie van DSB (de Deense openbare spoorwegmaatschappij)”.

- (30) In de volgende overwegingen worden de bepalingen samengevat die het meest relevant zijn voor de analyse van dit contract voor openbaarvervoersdiensten.

3.2.1. INHOUD VAN HET CONTRACT ⁽¹²⁾

- (31) Artikel 3 bepaalt het toepassingsgebied van het contract. Het heeft betrekking op spoorvervoer en reizigersdiensten. Het contract dekt niet de openbaarvervoersdiensten die worden gegund na aanbesteding noch het vervoer in vrij verkeer met inbegrip van het vrachtvervoer.
- (32) De door DSB verrichte vervoersdiensten worden gedetailleerd omschreven in artikel 7 van het contract. DSB is verplicht een zekere hoeveelheid diensten te verstrekken (uitgedrukt in treinkilometer) gedurende de looptijd van het contract.

Productie treinkilometer tijdens de looptijd van het contract

Boekjaar	2000	2001	2002	2003	2004
× miljoen treinkilometer	41,0	41,7	41,9	42,1	43,3

- (33) Artikel 7, lid 1, onder a), legt vanaf 1 januari 2006 een jaarproductie van 51 miljoen treinkilometer als doelstelling vast.
- (34) Artikel 8 van het contract bepaalt echter dat het Deense ministerie van Vervoer kan beslissen een aanbesteding te doen voor een deel van de te presteren treinkilometer, wat zou leiden tot de beëindiging van het contract. In artikel 8 is vastgelegd welke rechtsregeling van toepassing is op de aanbestedingen. Ook de gevolgen, met name wat betreft de verlaging van de compensaties en het rollend materieel, worden gespecificeerd.
- (35) Artikel 7 bepaalt eveneens de regels inzake de dienstregelingen en de frequentie van de vervoersdiensten. Artikel 9 regelt de coördinatie van de dienstroosters. Verscheidene bepalingen zijn erop gericht DSB in staat te stellen een coherent openbaar vervoer aan te bieden door de coördinatie tussen bussen en treinen mogelijk te maken.
- (36) Artikel 10 bevat de bepalingen betreffende het gebruik en de aankoop van nieuw rollend materieel voor een totaalbedrag van 5,6 miljard DKK tot 2006. Bij het nieuwe rollend materieel gaat het om een nieuw model dieseltreinen, „IC4” genaamd, waarvan de technische eigenschappen op het gebied van snelheid, aantal zitplaatsen en comfortniveau, alsmede de gebruiksvoorwaarden op sommige verbindingen, zijn vastgelegd in artikel 10. Deze investeringen worden gecompenseerd door de hierna beschreven contractuele betalingen.

⁽¹²⁾ Het contract bestaat uit een inleiding, 22 artikelen en 5 bijlagen.

(37) Andere relevante bepalingen die moeten worden vermeld, zijn:

- artikel 11, dat de voorwaarden betreffende de infrastructuur en de relatie met Banedanmark vastlegt;
- artikel 12, dat de bepalingen met betrekking tot de reizigersdiensten bevat;
- artikel 13, dat de sancties bij gebrek aan stiptheid regelt;
- artikel 14, dat de voorwaarden bevat voor de bepaling van de vervoerstarieven.

3.2.2. CONTRACTUELE BETALINGEN

- (38) De financiële compensaties die DSB ontvangt, zijn vastgelegd in artikel 4 van het contract.
- (39) De inkomsten uit de verkoop van vervoersbewijzen zijn voor DSB. Bovendien ontvangt DSB een contractuele betaling van het Deense ministerie van Vervoer voor de diensten waarop het contract betrekking heeft.
- (40) De onderstaande tabel biedt een overzicht van de contractuele betalingen:

Contractuele betalingen 2000-2004

Boekjaar	2000	2001	2002	2003	2004
× miljoen DKK	2 884,9	2 945,7	2 953,7	3 039,4	3 057,9

- (41) Deze betalingen worden jaarlijks aangepast aan de index van de nettoprijzen.
- (42) Het bedrag van de contractuele betalingen is gebaseerd op de begrotingsraming voor tien jaar van DSB, die op 11 juni 1999 is goedgekeurd en die de financiële strategie van DSB voor de lange termijn bepaalt.
- (43) Artikel 4 voorziet ook in bepaalde aanpassingen naar aanleiding van de tenuitvoerlegging van de vijfjarige kaderovereenkomst van 26 november 1999 voor de spoorvervoerssector. Deze kaderovereenkomst heeft geleid tot de goedkeuring van verscheidene specifieke addenda op het contract met betrekking tot:

- de aankoop en inbedrijfstelling van nieuw rollend materieel (artikel 10 van het contract);
- de pools van voorstadstreinen en de modernisering van de stations;

— de verbetering van de kwaliteit van de spoorverbinding Odense-Svendborg;

— de financiële stimulansen ter bevordering van een uit sociaaleconomisch oogpunt redelijk verkeersvolume.

(44) De contractuele betalingen dekken de afschrijvingen en de rente met betrekking tot het rollend materieel dat wordt aangekocht overeenkomstig artikel 10 van het contract. De andere addenda bij het contract kunnen echter leiden tot een verhoging van de contractuele betalingen.

(45) Artikel 5 regelt de spoorwegrechten. De contractuele betalingen omvatten de uitgaven van DSB voor de spoorwegrechten die verschuldigd zijn voor de treinen die onder het contract vallen. Artikel 5 voorziet ook in een mechanisme voor de jaarlijkse aanpassing van de spoorwegrechten.

3.2.3. HET VOORSTADSVERVOER

- (46) Tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB S-tog a/s is voor de periode 2000-2004 ook een contract gesloten voor het verrichten van openbaar vervoer op het geëlektrificeerde net met voorstadstreinen.
- (47) Dit contract is opgesteld volgens hetzelfde model als die van het contract voor de openbaarvervoersdiensten op de grote en regionale lijnen, en bevat soortgelijke bepalingen. Het bevat een gedetailleerde beschrijving van de stedelijke openbaarvervoersdiensten die DSB S-tog a/s moet verrichten en legt een verplicht uit te voeren hoeveelheid diensten (uitgedrukt in treinkilometer) vast voor de looptijd van het contract. Het bevat verplichtingen met betrekking tot de dienstregelingen en de frequentie van de vervoersdiensten, alsmede bepalingen betreffende het gebruik en de aankoop van nieuw rollend materieel.
- (48) Ook de compensatieregeling die bij dit contract wordt ingevoerd, is identiek aan die van het contract voor de openbaarvervoersdiensten op de grote en regionale lijnen. Voor de contractuele betalingen is dezelfde berekeningsgrondslag gehanteerd (rendement van het eigen vermogen van 6 % na belastingen).
- (49) De contractuele betalingen zijn opgegeven in de onderstaande tabel en zijn onderworpen aan dezelfde modaliteiten als deze van het contract voor de openbaarvervoersdiensten op de grote en regionale lijnen:

Contractuele betalingen 2000-2004

Boekjaar	2000	2001	2002	2003	2004
× miljoen DKK	547,2	701,9	855,7	1 016,6	1 127,3

3.3. HET CONTRACT VOOR OPENBAARVERVOERSDIENSTEN VOOR DE PERIODE 2005-2014

- (50) Het tweede contract tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB heeft betrekking op de openbaarvervoersdiensten op de grote en regionale lijnen in de periode 1 januari 2005-31 december 2014.
- (51) Het doel van het contract wordt in de inleiding als volgt omschreven: „een duidelijk kader scheppen voor het verrichten van deze openbare dienst, teneinde de staat te verzekeren van het best mogelijke resultaat op het gebied van reizigersvervoer per spoor, rekening houdende met de financiële middelen die ter beschikking worden gesteld van het spoorvervoer, en ervoor zorgen dat DSB financieel gezond blijft”.

3.3.1. INHOUD VAN HET CONTRACT ⁽¹³⁾

- (52) Artikel 1.1 bepaalt het toepassingsgebied van het contract. Daarin worden specifieke secties van het net genoemd waarop het vervoer als openbare dienst worden verzekerd volgens de voorwaarden van het contract.
- (53) Opgemerkt zij dat DSB de inkomsten van de vervoersbewijzen niet ontvangt op twee specifieke verbindingen. Het contract heeft ook betrekking op internationale verbindingen met Duitsland en de lijn Kopenhagen-Ystad, die voordien werd geëxploiteerd in vrij verkeer.
- (54) De door DSB te verrichten vervoersdiensten zijn vastgelegd in een verkeersplan (aantal en afstand van de treinen), een stopplaatsenplan (het aandoen van stations) en een lijnenplan (vereiste aansluitingen). Deze drie plannen worden beschreven in artikel 1 net als de regels inzake het aantal zitplaatsen, de frequentie, de betrouwbaarheid, de tevredenheid van de reizigers, de dienstonderbrekingen en andere speciale voorwaarden.
- (55) Artikel 2 bepaalt de wijze waarop de tarieven worden vastgesteld, daaronder begrepen de specifieke bepalingen met betrekking tot de trajecten over de Sont.

(56) Artikel 3 heeft betrekking op het toepassingsgebied van de vervoersdiensten in kwestie in vergelijking met die van het vrije verkeer. Zo wordt in lid 3 van dat artikel gesteld dat de openbaarvervoersdiensten mogen worden uitgebreid buiten het actuele kader, zonder dat de contractuele betalingen daarvoor worden verhoogd.

(57) Artikel 4 bepaalt de regels, verantwoordelijkheden en verplichtingen met betrekking tot de modernisering van de stations. DSB moet plannen opstellen voor de modernisering van de stations en deze moeten ter informatie worden voorgelegd aan het Deense ministerie van Vervoer.

(58) Artikel 5 van het contract somt de specifieke verplichtingen van DSB inzake de exploitatie van de vervoersdiensten op. Deze hebben onder andere betrekking op de informatie, de inspectie van de uitrusting, de verplichting het rollend materieel ter beschikking te stellen van ondernemingen in geval van aanbestedingen op bepaalde verbindingen en de voorwaarden voor de afgifte van vervoersbewijzen of gratis vervoersplassen aan sommige categorieën reizigers.

(59) Artikel 6 ten slotte voorziet in de mogelijkheid en de voorwaarden voor de organisatie van aanbestedingen voor sommige verbindingen en de daaruit resulterende verlaging van de contractuele betalingen voor de desbetreffende diensten.

3.3.2. CONTRACTUELE BETALINGEN

- (60) De financiële compensaties voor DSB zijn vastgelegd in artikel 7 van het contract.
- (61) De inkomsten uit de verkoop van de vervoersbewijzen komen in principe toe aan DSB ⁽¹⁴⁾. Bovendien ontvangt DSB een contractuele betaling van het Deense ministerie van Vervoer voor de diensten waarop het contract betrekking heeft.
- (62) De onderstaande tabel biedt een overzicht van de contractuele betalingen:

Contractuele betalingen 2005-2014

Boekjaar	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
× miljoen DKK	2 985	3 021	2 803	2 669	2 523	2 480	2 486	2 433	2 475	2 470

- (63) Deze betalingen zijn vast en zijn niet onderworpen aan automatische aanpassingen tenzij anders opgegeven in het contract. Toch worden ze ieder jaar herzien op basis van de ontwikkeling van de index van de nettoprijzen die is opgenomen in de begrotingswet.
- (64) Het contract preciseert niet hoe het bedrag van de contractuele betalingen wordt berekend. Het Deense ministerie van Vervoer heeft verklaard dat de betalingen steunen op een tienjaarsbegroting die is gebaseerd op een raming van de kosten en opbrengsten.
- (65) De contractuele betalingen dekken onder andere de afschrijvingen en de rente met betrekking tot het nieuwe rollend materieel, zoals opgegeven in de volgende tabel:

⁽¹³⁾ Het contract bestaat uit een inleiding, 10 artikelen en 9 bijlagen.

⁽¹⁴⁾ Zie uitzonderingen hierboven.

Afschrijving nieuw rollend materieel 2005-2014

(× miljoen DKK)

Boekjaar	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
IC4-treinen	50	167	247	258	258	258	258	258	258	258
IC2-treinen	1	24	46	46	46	46	46	46	46	46
Lokale treinen						15	44	74	89	89

- (66) De onderstaande tabel geeft het leveringsplan voor de jaarlijkse investeringen in nieuw rollend materieel weer:

Levering van nieuw rollend materieel

Boekjaar	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
IC4-treinen	1	31	44	7					
IC2-treinen		1	22						
Lokale treinen							14 (*)	14 (*)	14 (*)

(*) Volgens de verwachtingen bij het sluiten van het contract.

- (67) Er zijn verscheidene bepalingen opgenomen in het contract om rekening te houden met vertragingen bij de levering van het rollend materieel in het kader van het contract voor de periode 2000-2004.
- (68) Artikel 7.1.2. voorziet in de mogelijkheid de contractuele betalingen jaarlijks aan te passen op basis van de levering van nieuw rollend materieel. Deze aanpassingen mogen er niet toe leiden dat DSB een hogere compensatie ontvangt. Dit soort aanpassing wordt niet doorgevoerd indien het betrokken bedrag minder dan 8 miljoen DKK bedraagt.

3.3.3. HET VOORSTADSVVERVOER

- (69) Een tweede contract tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB S-tog a/s heeft betrekking op de verrichting van openbaarvervoersdiensten op het geëlektrificeerde net met voorstadstreinen in de periode van 1 januari 2005 tot 31 december 2014.
- (70) Dit contract steunt op een reeks bepalingen die vergelijkbaar zijn met die van het contract voor de openbaarvervoersdiensten op de grote en regionale lijnen. Het legt de prestaties vast die DSB S-tog a/s moet verrichten met betrekking tot de betreffende lijnen, de vervoersdiensten, eisen op het gebied van capaciteit, regelmaat, betrouwbaarheid van de dienst alsmede tevredenheid van de reizigers of dienstonderbrekingen. Het contract bepaalt ook de voorwaarden voor de tariefbepaling, de modernisering van de stations en de mededeling van informatie. Voorts voorziet het contract in sancties voor niet-naleving van het contract.
- (71) Ook de compensatieregeling die bij dit contract wordt ingevoerd, is identiek aan die van het contract voor de openbaarvervoersdiensten op de grote en regionale lijnen. Voor de contractuele betalingen is dezelfde berekeningsgrondslag gehanteerd (rendement van het eigen vermogen van 6 % na belastingen).
- (72) De onderstaande tabel biedt een overzicht van de contractuele betalingen:

Contractuele betalingen 2005-2014

Boekjaar	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
× miljoen DKK	1 340	1 370	1 265	1 160	1 077	1 021	965	918	876	831

- (73) Evenals het contract voor de openbaarvervoersdiensten op de grote en regionale lijnen, legt dit contract de voorwaarden voor een herziening van deze betalingen, alsmede de contractuele betalingen voor de afschrijving van het rollend materieel vast.

4. REDENEN DIE TOT HET BESLUIT TOT INLEIDING VAN DE PROCEDURE HEBBEN GELEID

- (74) In haar besluit tot inleiding van de procedure heeft de Commissie twijfels geuit over de verenigbaarheid met de interne markt van de aan DSB betaalde compensaties voor het verrichten van de openbare dienst. De Commissie heeft vermeld dat de procedure tot doel had na te gaan of met de betrokken contracten voor openbaarvervoersdiensten staatssteun voor DSB gemoeid was en of de contractuele betalingen resulteerden in overcompensatie van de kosten die DSB moet dragen om haar contractueel bepaalde openbardienstverplichtingen na te komen.
- (75) In de eerste plaats vroeg de Commissie zich af of er sprake was van een economisch voordeel voor DSB. Ze heeft daarvoor de criteria toegepast die het Hof van Justitie in het Altmark-arrest heeft bepaald⁽¹⁵⁾.
- (76) De Commissie oordeelde dat de begunstigde onderneming inderdaad belast was met de uitvoering van duidelijk omschreven openbaarvervoersdienst (de overwegingen 69 tot 76 van het besluit tot inleiding van de procedure), maar twijfelde aan het bestaan van vooraf objectief vastgestelde en transparante parameters voor de berekening van de compensatie voor de periode 2009-2014 (de overwegingen 77 tot 80 van het besluit).
- (77) De Commissie betwijfelde ook of de compensaties niet hoger waren dan nodig om alle of een deel van de kosten van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen te dekken, rekening houdend met de inkomsten die deze opbrengen en een redelijke winst voor de uitvoering van deze opdrachten. In dat opzicht wou de Commissie met name onderzoek verrichten naar de winsten van DSB (de overwegingen 83 tot 90 van het besluit tot inleiding van de procedure), de vertragingen in de levering van het rollend materieel (de overwegingen 91 tot 100 van dat besluit) en het specifieke geval van de lijn Kopenhagen-Ystad (de overwegingen 101 tot 103 van dat besluit).
- (78) Bovendien haalde de Commissie aan dat de contracten voor openbaarvervoersdiensten niet waren gegund ingevolge een aanbestedingsprocedure. Ze betwijfelde of de

noodzakelijke compensatie was vastgesteld op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die zodanig met vervoersmiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben moeten maken om verplichtingen na te komen, rekening houdende met de opbrengsten en een redelijke winst uit de nakoming van deze verplichtingen (de overwegingen 104 tot 107 van het besluit tot inleiding van de procedure).

- (79) Aangezien de compensaties voor de openbare dienst worden betaald met staatsmiddelen, kunnen leiden tot concurrentievervalsing en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, heeft de Commissie haar vrees geformuleerd dat de contracten voor openbaarvervoersdiensten staatssteunelementen ten faure van DSB zouden kunnen inhouden.
- (80) Vervolgens stelde de Commissie zich vragen bij de verenigbaarheid van deze contracten voor openbaarvervoersdiensten met de interne markt op grond van artikel 14 van Verordening (EEG) nr. 1191/69⁽¹⁶⁾.
- (81) Bij de beoordeling van de vraag of derde criterium van het Altmark-arrest in acht werd genomen, betwijfelde de Commissie om de hierboven uiteengezette redenen bovendien dat het compensatiebedrag, dit wil zeggen de prijs die de Deense regering betaalde, niet hoger was dan wat nodig was om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen te dekken. De Commissie vroeg zich met name af of de Deense staat erin geslaagd was door de inning van dividend over de resultaten van DSB en de verlaging van de jaarlijkse contractuele betalingen ieder risico van overcompensatie uit te sluiten (de overwegingen 129 en 131 van het besluit tot inleiding van de procedure).

5. ARGUMENTEN VAN DE DEENSE AUTORITEITEN NAAR AANLEIDING VAN DE INLEIDING VAN DE ONDERZOEKPROCEDURE

Voorafgaande opmerkingen

- (82) In hun brief van 12 december 2008 stellen de Deense autoriteiten dat ze in het kader van de eerdere informatieaanvragen van de Commissie reeds al de feitelijke en juridische elementen hebben verstrekt die de Commissie nodig heeft om vast te stellen dat de contractuele betalingen geen staatssteun vormen of, op zijn minst, dat de eventuele staatssteun verenigbaar zou zijn met het Verdrag. De Deense autoriteiten hebben derhalve herinnerd

⁽¹⁵⁾ Arrest van 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Jurispr. 2003, blz. I-7747.

⁽¹⁶⁾ Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip „openbare dienst” verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 156 van 28.6.1969, blz. 1), als gewijzigd in PB L 169 van 29.6.1991, blz. 1.

aan de feitelijke en juridische elementen die ze hebben voorgelegd aan de Commissie. Bovendien hebben ze argumenten aangevoerd met betrekking tot de feitelijke en juridische elementen die moesten worden verduidelijkt omdat er zich ondertussen nieuwe gebeurtenissen hadden voorgedaan of omdat de Commissie er opmerkingen over had gemaakt in haar besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure.

- (83) De Deense autoriteiten gaan in principe akkoord met de redenering van de Commissie, die enerzijds betrekking heeft op de vraag of er sprake is van staatssteun, hetgeen zal worden nagegaan aan de hand van de criteria van het Altmark-arrest, en anderzijds op de rechtsgrond om de verenigbaarheid met het Verdrag te beoordelen.
- (84) De Deense autoriteiten zijn het daarentegen niet eens met de interpretatie die de Commissie geeft aan het arrest-Dansk Busvognmænd (ook bekend als het arrest-Combus) ⁽¹⁷⁾. De Commissie heeft immers verklaard dat, indien het contract voor openbaarvervoersdiensten staatssteun inhoudt, deze staatssteun vooraf had moeten worden aangemeld. Terwijl de Deense autoriteiten van mening zijn dat, indien Verordening (EEG) nr. 1191/69 van toepassing is en de compensaties in het kader van het contract voor openbaarvervoersdiensten in overeenstemming zijn met deze verordening, deze compensaties vrijgesteld zijn van de verplichting tot voorafgaande aanmelding overeenkomstig artikel 17, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 1191/69.
- (85) Ten slotte wil Denemarken benadrukken dat in de recente rechtspraak, meer bepaald in het arrest-BUPA het Gerecht heeft verklaard dat bij de toepassing van de criteria van het Altmark-arrest rekening moet worden gehouden met de situatie van de desbetreffende sector en dat de lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsmarge.

Het tweede criterium van het Altmark-arrest

- (86) De Deense autoriteiten merken op dat de Commissie heeft erkend dat het tweede criterium van het Altmark-arrest was in acht genomen wat betreft de compensatie die is betaald voor de periode 1998-2008, maar dat ze haar twijfels had over de compensatie voor de periode 2009-2014.
- (87) De Deense autoriteiten zijn van mening dat deze twijfels berusten op een misverstand, aangezien de compensatie

voor de periode 2005-2014, net als die voor de voorafgaande periode, is berekend op basis van een tienjaarsbegroting.

- (88) Ze hebben deze begroting overgelegd aan de Commissie en uitgelegd op welke voorspellingen en hypothesen de begroting was gebaseerd, met name:

- een jaarlijkse algemene inflatie van 2,5 %,
- een stijging van de prijzen van de vervoersbewijzen met 2,5 %, in overeenstemming met de inflatie,
- een gemiddelde productiviteitsstijging van 2,5 % per jaar,
- een jaarlijkse rentevoet van 5,15 %,
- een Return on Equity (hierna „RoE” genoemd) na belastingen van 6 %,
- investeringen in rollend materieel ten belope van ongeveer 10 miljard DKK,
- een stijging met ongeveer 20 % van het afgelegde aantal kilometer,
- een stijging met ongeveer 20 % van het aantal reizigers,
- vrijstelling van de loonbelasting voor het personeel van DSB.

- (89) Bovendien preciseert Denemarken dat deze begroting aanvankelijk was opgesteld op basis van de spoorwegrechten voor de infrastructuur in 2003. Sindsdien zijn de wijzigingen van deze verplichtingen en de daaropvolgende verlaging van de aan DSB betaalde compensaties opgenomen in het contract, nog voor dit werd ondertekend. Het ministerie van Vervoer heeft de inhoud van het contract en de begroting uitgelegd in besluit nr. 112 van 2004 en deze gegevens zijn opgenomen in de begrotingswet.

Het derde criterium van het Altmark-arrest

- (90) De Deense autoriteiten hebben argumenten en gegevens aangevoerd met betrekking tot de drie aspecten waarbij de Commissie bedenkingen had wegens gevaar voor overcompensatie.

⁽¹⁷⁾ Arrest van 16 maart 2004, zaak T-157/01, *Danske Busvognmænd/Commissie*, Jurispr. 2004, blz. II-917, de punten 77, 78 en 79.

i) Verbetering van de resultaten van DSB

- (91) Allereerst zijn de Deense autoriteiten van mening dat de verbetering van het resultaat van DSB niet het gevolg is van een overcompensatie. Volgens Denemarken was de berekeningsgrondslag van de compensatie correct en zijn de verbeteringen van het resultaat niet toe te schrijven aan een eventuele overcompensatie maar aan andere omstandigheden.

Eigen vermogen

- (92) Denemarken heeft een gedetailleerde analyse verstrekt van de ontwikkeling van het eigen vermogen van DSB, dat in de periode 1999-2004 is gestegen van 4,797 miljard DKK tot 7,701 miljard DKK (d.i. een stijging met 2,852 miljard DKK). De stijging van het eigen vermogen is het gevolg van omstandigheden waarmee geen rekening was gehouden bij het opstellen van de begroting, zoals een onverwachte sterke verbetering van de efficiëntie van DSB en hogere buitengewone inkomsten uit bijvoorbeeld de verkoop van onroerende goederen. Dat zijn geen omstandigheden waarmee de Deense regering redelijkerwijs rekening had kunnen houden bij het opstellen van de begroting en bijgevolg bij de bepaling van het compensatiebedrag.

- (93) De Deense autoriteiten leggen uit dat de stijging van het eigen vermogen niet te wijten is aan te hoge exploitatiesubsidies van de staat, maar aan vijf andere factoren waarvan sommige niet voorzien waren:

- een zeer groot deel van verhoging van het eigen vermogen van DSB was voorzien in de oprichtingsbegroting (1,709 miljard DKK). Uit begrotingswet nr. 249/1999 blijkt dat aan de omvorming van DSB tot een levensvatbaar zelfstandig overheidsbedrijf de duidelijk politieke en economische voorwaarde ten grondslag lag dat DSB er in enkele jaren tijd moest in slagen een solvabiliteitsratio van ten minste 30 % te halen. Deze voorafgaande voorwaarde was gebaseerd op een economische waardering van de solvabiliteitsratio's die gelden voor ondernemingen van de omvang van DSB;
- in 2005, aan het einde van deze periode, zijn dividenden uitgekeerd aan de staat (736 miljoen DKK), wat betekent dat DSB eind 2004 niet werkelijk kon beschikken over dit eigen vermogen.
- een deel van de toename van het eigen vermogen is toe te schrijven aan wijzigingen van de boekhoudpraktijken in 1999 en in 2001 ten aanzien van de in de uitgangsbegroting van 1999 opgelegde voorafgaande voorwaarden (waardering van het eigen vermogen op 594 miljoen DKK). Deze wijziging van de boekhoudpraktijken heeft geen enkele werkelijke eco-

nomische betekenis voor de onderneming, hetgeen dus bij de beoordeling moet worden gecorrigeerd. De Deense autoriteiten wijzen erop dat wanneer men deze boekhoudkundige verschillen corrigeert, men ziet dat het eigen vermogen zich in werkelijkheid in negatieve zin heeft ontwikkeld en is gedaald met 135 miljoen DKK;

- het vennootschapsbelastingstarief, dat in 1999 ten tijde van de oprichtingsbegroting, 32 % bedroeg, is later (in 2002, 2003 en 2004) teruggebracht tot 30 %. Deze daling van het belastingtarief betekende voor de beschouwde periode een onverwachte winst van 43 miljoen DKK. Zonder dit effect zou het eigen vermogen zelfs gedaald zijn met 178 miljoen DKK;
- in de openingsbalans van 1999 is het eigen vermogen met 36 miljoen DKK neerwaarts bijgesteld.

- (94) Volgens Denemarken tonen deze elementen aan dat de stijging van het eigen vermogen van DSB niet is toe te schrijven aan de hoge exploitatiesubsidies van de staat en moet worden gerelativeerd door de voornoemde financiële, boekhoudkundige en fiscale elementen. DSB heeft de van de staat ontvangen subsidies dus niet gebruikt om zijn eigen vermogen meer te verhogen dan was gepland in de oprichtingsbegroting.

Bedrijfsresultaten

- (95) Met betrekking tot de in de begroting opgenomen bedrijfsresultaten van DSB voorafgaand aan de dividenduitkering beklemtonen de Deense autoriteiten dat de verbeteringen van de resultaten geen aanwijzing zijn dat DSB overcompensatie heeft ontvangen. Deze verbeteringen zouden eerder het gevolg zijn van een reeks factoren — die een positieve of negatieve uitwerking hebben gehad — waarmee onmogelijk rekening kon worden gehouden toen de hoogte van de compensatie werd vastgesteld.
- (96) Denemarken stelt dat dergelijke verschuivingen ten opzichte van de oorspronkelijke begroting onvermijdelijk zijn bij meerjarencontracten voor de uitvoering van openbardienstverplichtingen. Het is niet mogelijk om in die gevallen het compensatiebedrag zodanig vast te stellen dat bij een onderzoek achteraf blijkt dat het exact overeenstemt met de reële kosten, na aftrek van de inkomsten en een redelijke winst.
- (97) De Deense autoriteiten zijn van mening dat zelfs bij gunning van een openbardienstverplichting door middel van een aanbesteding, er zich veranderingen kunnen voordoen op de markt en in de situatie van de onderneming die ervoor zorgen dat het werkelijke resultaat niet overeenstemt met hetgeen de gekozen inschrijver had gepland bij het sluiten van het contract.

- (98) Denemarken is derhalve van mening dat men onverwachte verbeteringen of verslechtingen van het resultaat door dergelijke onvoorziene factoren niet kan aanvoeren als argument om te stellen dat de compensatie op een zodanige manier is vastgelegd dat er sprake is van overcompensatie of ondercompensatie.
- (99) In dit geval worden de vastgestelde verbeteringen van het resultaat verklaard door het samenspel van verscheidene factoren zoals de algemene evolutie van de conjunctuur, de ontwikkelingen op de desbetreffende markt, de productiviteitsstijging (bijvoorbeeld door een daling van de arbeidskosten of toegang tot infrastructuur ingevolge de overdracht van de cargoactiviteiten, lagere afschrijvingen of een beter financieel beheer).
- (100) Denemarken voegt eraan toe dat de contracten met DSB worden gekenmerkt door het feit dat de contractuele partners een betaling zijn overeengekomen op basis van overwegingen die gebruikelijk zijn in een markteconomie. Het niveau van de betalingen is zodanig bepaald dat de kosten van DSB gedekt worden, rekening houdend met de verwachte inkomsten en een redelijke winst. Het feit dat DSB uiteindelijk betere resultaten boekte dan gepland in de begroting, betekent niet dat het in de contracten vastgestelde compensatiebedrag te hoog was.

Verlaging van de compensatie en dividenduitkering

- (101) De Deense autoriteiten merken op dat er om te beginnen geen overcompensatie is geweest en dat het risico van overcompensatie in ieder geval is uitgesloten door het dividendbeleid van de Deense regering als opgenomen in begrotingswet nr. 249/1999, alsmede door de daaropvolgende verlaging van de compensatie in het akkoord met DSB.
- (102) Denemarken is van mening dat het door zijn dividendbeleid heeft zeker gesteld dat DSB zijn eigen vermogen niet heeft vermeerderd boven het geplande niveau en bijgevolg niet boven het noodzakelijke niveau. Hoewel geen enkele dwingende rechtsregel is vastgelegd, wil dit dividendbeleid twee aspecten verzoenen:
- de gebruikelijke overwegingen in een markteconomie om te bepalen wat economisch rechtvaardigbaar is, rekening houdende met de economische situatie van de onderneming;
 - de sociaaleconomische of concurrentiegebonden overwegingen, gelet op de omvang van het eigen vermogen en de exploitatiesubsidies van DSB.

- (103) De Deense autoriteiten preciseren dat de betalingen van dividend aan de staat moeten worden gebruikt als een middel om de omvang van het eigen vermogen van DSB

te corrigeren in de jaren na de oprichting en als een middel om de exploitatiewinst terug te betalen indien later zou blijken dat het bedrijfsresultaat van DSB hoger is dan geraamd. Dit principe komt voort uit begrotingswet nr. 249/1999. De uitkering van dividend moet worden gebruikt om de structuur van het kapitaal van DSB, en bijgevolg de werkelijke netto-exploitatiesubsidie, permanent te regelen. Het dividendbeleid zorgt er ook voor dat DSB wordt aangespoord om zijn efficiëntie te verbeteren, want het vertrekpunt was dat het dividend moest overeenstemmen met de helft van de winst na belastingen van DSB. Zo komen de efficiëntieverbeteringen in zekere mate ook ten goede aan DSB en worden ze niet alleen gebruikt om de exploitatiesubsidie terug te betalen.

- (104) De Deense autoriteiten zijn van mening dat dit in overeenstemming is met de algemene overwegingen van een markteconomie, die het mogelijk maken stimulerende criteria toe te passen om te bepalen wat een redelijke winst is, zoals bepaald door de Commissie ⁽¹⁸⁾.
- (105) Denemarken wijst erop dat de toepassing van dit dividendbeleid er in de periode 1999-2006 voor de opdrachten die worden uitgevoerd op grond van de contracten, toe heeft geleid dat er nagenoeg 3 miljard DKK meer is betaald aan de staat dan aanvankelijk gepland.
- (106) Volgens de Deense autoriteiten heeft het dividendbeleid in feite gefunctioneerd als een „terugbetalingsmechanisme” dat het mogelijk maakt een eventuele overcompensatie te neutraliseren. Ze benadrukken bovendien dat het deel van de compensatie dat DSB heeft teruggegeven aan de staat in de vorm van dividend, veel hoger is dan het verschil tussen de begrote winst van DSB en de werkelijke winst. Het dividendbeleid heeft er dus op deze manier toe bijgedragen dat DSB geen concurrentievoordeel kon doen met de exploitatiesubsidie van de staat — bijvoorbeeld door haar eigen vermogen uit te bouwen tot boven het geplande niveau of door gebruik te maken van de jaarlijkse winst.
- (107) De Deense autoriteiten zijn bovendien van mening dat het heel moeilijk is om contractuele regels vast te leggen in verband met een correctie achteraf van de exploitatiesubsidie. De staat kan er daarentegen — dankzij het dividendbeleid, overeenkomstig het Deense vennootschapsrecht — voor zorgen dat de netto exploitatiesubsidie wordt gecorrigeerd indien het jaarresultaat hoger is dan verwacht of gepland bij het sluiten van het contract. De Deense autoriteiten zijn dan ook de mening toegedaan dat de dividenduitkering in de praktijk een buitengewoon efficiënt instrument is om zich te wapenen tegen overcompensatie.

⁽¹⁸⁾ Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend (PB L 312 van 29.11.2005, blz. 67), met name artikel 5, lid 4.

- (108) De Deense autoriteiten vermelden eveneens dat het Gerecht heeft gesteld dat de lidstaten konden beschikken over een ruime beoordelingsmarge bij de bepaling van de compensatie wanneer deze afhangt van een beoordeling van ingewikkelde economische gegevens⁽¹⁹⁾. Ze herinneren er ook aan dat het Gemeenschapsrecht geen verplichting bevat die stelt dat de netto exploitatiesubsidie steeds op een bepaalde manier moet worden verlaagd, bijvoorbeeld door toepassing van contractuele regels of op een soortgelijke manier. Wat telt, volgens de criteria van het Altmark-arrest, is dat de staat zich ervan verzekerd dat er geen overcompensatie is. De lidstaten mogen echter zelf beslissen op welke manier ze daarvoor in de praktijk te werk gaan.

ii) Vertragingen in de levering van het rollend materieel

- (109) Volgens de Deense autoriteiten heeft de vertraging in de levering van de IC4- en IC2-treinen DSB geen economisch voordeel opgeleverd.
- (110) Ze bevestigen dat de levering van de nieuwe IC4- en IC2-treinen, die reeds waren besteld voor het vervoerscontract voor 2005-2014 werd gesloten en die vanaf 2003 zouden worden geleverd, vertragingen heeft opgelopen die te wijten waren aan de fabrikant (AnsaldoBreda). De Deense autoriteiten wijzen erop dat, indien de treinen volgens de planning zouden zijn geleverd, DSB voor deze treinen de kosten van de afschrijving en de rente zou hebben gedragen die door de contractuele betalingen werden gedekt.

Vervoerscontract 2005-2014

- (111) Aangezien DSB deze uitgaven niet hoeft te doen, zijn de contractuele betalingen verlaagd in het kader van het vervoerscontract voor 2005-2014. Het precieze bedrag van de uitgespaarde uitgaven wordt berekend op basis van de leningen die DSB werkelijk is aangegaan en een afschrijvingsperiode van 20 jaar, overeenkomstig de boekhoudpraktijken van DSB (d.w.z. een besparing van 4 miljoen DKK door de vertraging van een jaar op de IC4-trein en een besparing van 2,7 miljoen DKK door de vertraging van een jaar op de IC2-trein).
- (112) Bijgevolg zijn de betalingen aan DSB in het kader van het contract verlaagd met 645 miljoen DKK (252 miljoen DKK in 2005 en 393 miljoen DKK in 2006).
- (113) Gelet op deze elementen is Denemarken van mening dat men niet kan stellen dat de vertragingen in de levering van de IC4- en IC2-treinen hebben geleid tot overcompensatie voor DSB voor het vervoerscontract 2005-2014.

Aanvullende contracten

- (114) Om te beschikken over voldoende modern materieel maakt DSB sinds 2001 gebruik van gehuurd materieel waarvoor zij aanvullende contracten heeft afgesloten; door de aanzienlijke vertragingen bij haar leverancier AnsaldoBreda heeft DSB deze contracten na 2006 moeten verlengen (voor een periode tot 4 jaar).
- (115) De Deense autoriteiten preciseren enerzijds dat de contractuele betaling aan DSB op grond van het aanvankelijke contract de uitgaven voor de inbedrijfstelling van de treinen (afschrijving en rente) niet dekte indien de inbedrijfstelling van deze treinen uitbleef en anderzijds dat het contract niet voorzorg in een verplichting voor DSB om vervangend materieel in gebruik te nemen op de voornoemde lijnen.
- (116) Derhalve houden de aanvullende contracten volgens de Deense autoriteiten aanvullende openbaardienstverplichtingen in voor DSB (inbedrijfstelling van modern vervangend materieel op sommige lijnen), in ruil waarvoor een compensatie voor de huurkosten wordt toegekend aan DSB.

Vervoerscontract 2000-2004

- (117) De Deense autoriteiten zijn van mening dat het duidelijk positieve financiële gevolg van de vertraging is toe te schrijven aan het feit dat het aanvankelijke contract van 5 jaar, en ook het contract voor 2001-2004, niet voorzorg in een verlaging van de compensatie in geval van vertraging in de levering van de IC4-treinen. Het van kracht zijnde vervoerscontract voor 2005-2014 bevat daarentegen wel bepalingen betreffende een verlaging van de compensatie in geval van vertraging.
- (118) Ze schatten het netto positieve gevolg van de vertraging in de levering van de treinen in de periode 2001-2004 op 104 miljoen DKK. Dit directe gevolg houdt echter geen rekening met de werkelijke economische gevolgen van de vertraging voor DSB, dat de nieuwe treinen niet kon inzetten (onderhoud van de oudere treinen, nadelen voor het imago, verlies van inkomsten).
- (119) Denemarken legt bovendien uit dat de vergoedingen die DSB heeft ontvangen van AnsaldoBreda slechts een voorlopige compensatie zijn voor het economische verlies uit de vertragingen in de levering van de treinen. Bij de levering zal het definitieve bedrag van het nadeel van DSB worden bepaald en kan het totale bedrag van de vergoeding van AnsaldoBreda worden vastgesteld.

⁽¹⁹⁾ Zie het arrest van 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie*, Jurispr. 2008, blz. II-81, punt 214.

(120) De Deense autoriteiten gaan er dus van uit dat deze vergoeding exact zal overeenstemmen met het economische verlies van DSB en dat de gevolgen voor de boekhouding van DSB dus neutraal zullen zijn. Om dezelfde reden vormt het netto-effect van de vergoeding van AnsaldoBreda geen overcompensatie voor DSB. De verträgen in de levering van de treinen hebben derhalve niet geleid tot een economisch voordeel voor DSB en zullen dat in de toekomst ook niet doen.

(121) Tot slot herinneren de Deense autoriteiten eraan dat het dividendbeleid van de Deense regering er hoe dan ook voor zal zorgen dat ieder eventueel positief gevolg van de door DSB ontvangen vergoedingen zal worden geneutraliseerd door de uitkering van dividend.

iii) Specifiek geval van de lijn Kopenhagen-Ystad

Compensaties voor de openbaarvervoersdienst

(122) De Deense autoriteiten preciseren dat er uitsluitend een compensatie is betaald voor de exploitatie van de betrokken lijn door DSB in de periode 2005-2014.

(123) Er moeten drie perioden worden onderscheiden voor de exploitatie van deze lijn:

— tot 2002 werd de lijn geëxploiteerd als een „activiteit in vrij verkeer”, dat wil zeggen bij volledig vrije mededinging, zonder compensatie betaald door of verplichting opgelegd door de staat. DSB moest een aparte boekhouding voeren voor deze lijn, waaruit winst moest blijken over een totale periode, waarbij alleen rekening werd gehouden met de inkomsten van deze lijn;

— in 2002 besloot DSB te stoppen met de exploitatie van de lijn in „vrij verkeer” en werd een contract gesloten tussen het ministerie van Vervoer en DSB voor de exploitatie van de lijn in „openbare dienst” vanaf 2002 tot en met 31 december 2004. Het contract voorzag echter niet in een aparte of aanvullende betaling aan DSB voor de uitvoering van deze openbardienstverplichting;

— toen het vervoerscontract voor de periode 2005-2014 werd gesloten, bood zich de mogelijkheid aan de aan DSB betaalde compensatie ook te laten gelden voor de lijn Kopenhagen-Ystad.

(124) Denemarken benadrukt dat er geen openbare middelen betaald zijn voor de exploitatie van de lijn voorafgaand aan 2005.

(125) Bovendien herinneren de Deense autoriteiten eraan dat deze lijn verliesgevend was tijdens de exploitatie in vrij verkeer. Het feit dat een klein deel van de werkelijk geïnde inkomsten een indirect gevolg kan zijn van het begin van de exploitatie van de lijn Kopenhagen-Ystad

door DSB, volstaat niet om te stellen dat DSB overcompensatie heeft ontvangen. DSB heeft hoe dan ook recht op een redelijke winst als vergoeding voor het geïnvesteerde kapitaal. De Deense autoriteiten zijn van mening dat, indien men rekening houdt met het recht op een redelijke winst, het feit dat DSB inkomsten heeft verkregen uit de exploitatie van de lijn, niet volstaat om te concluderen dat er overcompensatie is van DSB.

Overtocht per veerboot

(126) Wat betreft de kosten van DSB voor de verkoop van vervoersbewijzen die de overtocht per veerboot tussen Ystad en Rønne (de aankomsthaven op het eiland Bornholm) omvatten, hebben de Deense autoriteiten de tarieven meegedeeld die worden berekend door Bornholmstrafikken, het exploitatiebedrijf van de veerboot. Volgens de Deense autoriteiten blijkt daaruit dat er geen verschil is in de tarieven die DSB en Gråhundbus worden berekend.

(127) De Deense autoriteiten hebben ook gegevens ter beschikking gesteld met betrekking tot de exploitatie van de veerbootverbinding Rønne-Ystad door de onderneming Bornholmstrafikken A/S. De regering heeft hiervoor een contract gesloten na een aanbestedingsprocedure:

— het contract tussen de regering en Bornholmstrafikken bevat een algemene verplichting voor Bornholmstrafikken om zijn aankomst- en vertrekuren af te stemmen op die van de exploitanten van de bus- en treinlijnen tussen Kopenhagen en Ystad;

— het bevat ook bepalingen die Bornholmstrafikken voor de looptijd van het contract verplichten tot samenwerking met de exploitanten van bus- en treinlijnen voor de lijn Kopenhagen-Ystad wat betreft de vervoersbewijzen, zodat de reizigers een combiticket voor de veerboot en de bus/trein kunnen kopen en daarbij een korting genieten;

— de maximumtarieven die Bornholmstrafikken mag vragen, zijn vastgelegd in het contract;

— het contract bevat geen enkele andere bepaling betreffende tarieven of kortingen en de regering ziet ook geen reden om later nieuwe eisen in te voeren op dit gebied.

(128) Volgens de Deense autoriteiten volgt hieruit dat de regering geen mogelijkheid heeft om invloed uit te oefenen op de activiteiten van Bornholmstrafikken behalve erop toe te zien dat Bornholmstrafikken de bepalingen van het contract naleeft. Bornholmstrafikken hanteert dezelfde tarieven voor DSB als voor Gråhundbus — en dat is altijd zo geweest gedurende de hele periode sinds 2000. DSB heeft dus geen voordeel genoten.

(129) De Deense autoriteiten delen evenwel mee dat het enige tarief dat alleen voor DSB geldt, het speciale tarief is voor DSB Orange, dat de overtocht van de Grote Belt omvat. Het gaat om een heel specifiek tarief dat slechts geldt voor klanten die een DSB Orange-ticket kopen van Jutland naar Bornholm. Volgens de Deense autoriteiten geeft Bornholmstrafikken korting voor dit specifieke ticket om meer klanten van Jutland naar Bornholm aan te trekken. Deze speciale korting wordt niet opgelegd door het contract tussen de Deense staat en de veerbootmaatschappij. Ze komt voort uit het commerciële streven meer klanten aan te trekken in Jutland en zodoende de hele klantenkring uit te breiden.

(130) Derhalve beschouwen de Deense autoriteiten dit als een algemene commerciële maatregel om nieuwe klanten aan te trekken door middel van kortingen. Ze preciseren dat Gråhundbus de lijn Kopenhagen-Ystad exploiteert en dus de Grote Belt niet oversteekt. Het ligt dan ook voor de hand dat de korting voor dit traject niet terug te vinden is in de tarieven van Gråhundbus.

(131) De Deense autoriteiten preciseren ook dat slechts zo'n [...] (*) reizigers gebruik zouden hebben gemaakt van deze aanbieding in de periode 2003-2008. Aangezien het ging om een initiatief van de maatschappijen zelf, kon deze aanbieding ook worden uitgebreid tot de busmaatschappijen die dezelfde dienst wilden aanbieden. Verder wordt vermeld dat deze aanbieding sinds 2009 niet meer gedaan wordt.

(132) Bijgevolg is Denemarken van mening dat DSB geen voordeel heeft genoten door de exploitatie van de lijn Kopenhagen-Ystad, noch in de vorm van een overcompensatie, noch in de vorm van bijzonder lage tarieven voor de overtocht Rønne-Ystad per veerboot.

Het vierde criterium van het Altmark-arrest

(133) Wat betreft de vraag of de compensatie was vastgesteld op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben moeten maken, zijn de Deense autoriteiten van mening dat in het kader van de oprichting van DSB als zelfstandige onderneming, alle noodzakelijke en uitvoerbare analyses zijn gemaakt.

(134) Ze merken bovendien op dat de scheiding van DSB van de staat was gebaseerd op het rapport-Bernstein, dat een gedetailleerde analyse bevat van de mogelijkheden om de efficiëntie van DSB te vergroten ⁽²⁰⁾ en dat later ook ten uitvoer is gelegd in het kader van een grootscheeps her-

structureringsplan in 1996. Deze maatregelen hebben de commerciële efficiëntie van DSB versterkt en de productiviteit verhoogd met 32 %.

(135) In het kader van de oprichting van DSB hebben de Deense autoriteiten een tienjaarsbegroting opgesteld, uitgaande van verscheidene uitgangsvoorwaarden, waaronder een verbetering van de productiviteit, en op basis daarvan is de exploitatiesubsidie van DSB voor de periode 1999-2004 vastgelegd.

(136) Deze begroting, die is opgenomen in wet nr. 249 van 11 juni 1999, ging uit van een verwachte RoE na belastingen van 6 %, wat de Deense autoriteiten een redelijke winst achtten.

(137) Volgens de Deense autoriteiten is de exploitatiesubsidie dus het resultaat van een algemene waardering van de kosten, de inkomsten en een redelijke winst op basis van de gegevens die beschikbaar waren in 1999 en de principes van de markteconomie. De opstelling van de tienjaarsbegroting, en ook de latere berekening van de contractuele betalingen aan DSB, zouden dus zijn gebeurd met inachtneming van het vierde criterium van het Altmark-arrest.

(138) De Deense autoriteiten herinneren bovendien aan de Unierechtspraak ⁽²¹⁾ en wijzen op de moeilijkheid, in deze zaak, om een concrete vergelijking te maken met een andere onderneming.

De verenigbaarheid

(139) Indien de Commissie echter tot de conclusie zou komen dat er staatsteun is toegekend aan DSB, zijn de Deense autoriteiten van mening dat deze in ieder geval verenigbaar is met de interne markt.

(140) Vanuit hun standpunt zijn de meest doorgedreven analyses en berekeningen die in de praktijk mogelijk waren, in het kader van de gesloten contracten gemaakt om een correcte berekening van de compensatie te garanderen.

(141) De Deense autoriteiten zijn het eens met de redenering van de Commissie in haar besluit tot inleiding van de procedure, dat de compensatie verenigbaar met de interne markt kan worden geacht, op voorwaarde dat voldaan is aan het derde criterium van het Altmark-arrest.

(142) Zoals hierboven aangegeven zijn de Deense autoriteiten van mening dat ze alles hebben gedaan wat redelijkerwijs kan worden verwacht om te garanderen dat DSB geen overcompensatie ontvangt en dat er derhalve — op zijn minst — moet worden besloten dat de contractuele betaling van DSB in het kader van de gesloten contracten verenigbaar is met de interne markt.

(*) Vertrouwelijke informatie.

⁽²⁰⁾ Het rapport-Bernstein is opgesteld in 1993 omdat het Deense ministerie van Vervoer om een expertise gevraagd had.

⁽²¹⁾ Met name het arrest-BUPA, reeds aangehaald, en het arrest van 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, TV 2/Danmark A/S e.a./Commissie, Jurispr. 2008, blz. II-2935.

- (143) Zoals reeds vermeld gaan de Deense autoriteiten daarentegen niet akkoord met de redenering van de Commissie wat betreft het onderscheid tussen contracten voor openbaarvervoersdiensten en openbardienstverplichtingen ten aanzien van de rechtmatigheid van de steun. Zij zijn van oordeel dat, indien DSB staatssteun heeft ontvangen, deze steun niet vooraf moest worden aangemeld. Indien de Commissie haar redenering zou handhaven, zou dat willen zeggen dat ze een fundamenteel en niet te rechtvaardigen onderscheid zou maken al naargelang een lidstaat die een onderneming die volledig in staatshanden is, de verplichting oplegt vervoerstaken uit te voeren, de omvang, kwaliteit en tarieven van de prestaties wel of niet in een contract opneemt.
- (144) Gezien het voorafgaande zijn de Deense autoriteiten van mening dat er geen reden is om een terugbetaling te eisen van staatssteun die als onverenigbaar met de interne markt kan worden beschouwd.

De loonbelasting

- (145) De Deense autoriteiten merken op dat, voortgaande op de informatie met betrekking tot de verwachtingen inzake de opheffing van de loonbelasting, de Commissie deze kwestie niet heeft onderzocht in de huidige procedure.
- (146) Voor zover nodig preciseren de Deense autoriteiten dat de wijzigingen van de loonbelasting zijn ingevoerd bij wet nr. 526 van 25 juni 2008 en van kracht zijn geworden op 1 januari 2009.

De rechtsgrond voor het onderzoek naar de verenigbaarheid

- (147) De Deense autoriteiten hebben in hun brief van 8 januari 2010 laten weten geen bijzondere opmerkingen te hebben over de keuze van de van toepassing zijnde rechtsgrond door de Commissie tussen Verordening (EEG) nr. 1191/69 of Verordening (EG) nr. 1370/2007.

6. OPMERKINGEN VAN DE BELANGHEBBENDE PARTIJEN NAAR AANLEIDING VAN DE INLEIDING VAN DE ONDERZOEKPROCEDURE

- (148) Er zijn opmerkingen ingediend door DSB, de begunstigde onderneming van de betrokken maatregelen en door DKT, de tweede klager. Opgemerkt zij dat Gråhundbus, de eerste klager, geen opmerkingen heeft ingestuurd.

6.1. OPMERKINGEN VAN DSB

- (149) Bij brief van 30 december 2008 heeft DSB zijn opmerkingen meegedeeld met betrekking tot het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure.
- (150) DSB geeft aan het volledig eens te zijn met de opmerkingen van de Deense autoriteiten en beperkt zich ertoe na te gaan of de Commissie, indien deze tot conclusie zou komen dat de contracten voor openbaarvervoersdiensten staatssteun vormen die onverenigbaar is met de interne markt, de terugbetaling van de steun kan eisen.

- (151) DSB is van mening dat de terugvordering van de steun, in deze zaak, in strijd zou zijn met het beginsel van gewettigd vertrouwen en bijgevolg zou indruisen tegen artikel 14, lid 1, 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 ⁽²²⁾.
- (152) Ten eerste is DSB van oordeel dat het rechtmatig kon geloven dat de contractuele betalingen van de Deense regering voor de contracten van 5 jaar en 10 jaar geen staatssteun vormden. DSB is immers van mening dat er geen duidelijkheid heerste over de controle die nodig was om na te gaan of er sprake is van staatssteun op het gebied van het wegvervoer.
- (153) Bovendien vindt DSB dat men zich moet terugdenken in de periode waarin de transactie werd gesloten, om na te gaan of de regering een voordeel heeft toegekend aan DSB. Het feit dat er enige onzekerheid kan bestaan over de kosten van de diensten en de eventueel andere inkomstenbronnen mag er niet toe leiden dat de staat geen akkoord meer kan sluiten en daarbij een prijs kan overeenkomen die in overeenstemming is met de marktomstandigheden. DSB stelt dat elk akkoord gepaard gaat met een zekere mate van onzekerheid en dat, in normale contractuele omstandigheden, het de onderneming is die dit risico draagt. Een dergelijk systeem waarbij DSB alleen het risico van onvoorziene schommelingen in de verkoop van vervoersbewijzen of de uitgaven draagt, is het beste middel om de onderneming te prikkelen haar diensten te verbeteren en meer reizigers aan te trekken ⁽²³⁾, waardoor de staat meer waarde kan krijgen voor de contractuele betalingen aan DSB en DSB een risico kan laten dragen in geval de resultaten achteruitgaan door bijvoorbeeld slecht beheer of verlies van inkomsten. DSB is aldus van mening dat de staat, op het moment dat de twee contracten werden gesloten, heeft gehandeld als een rationeel investeerder die zijn mogelijkheden optimaal heeft benut om een zo hoog mogelijk rendement te halen uit de genoemde contracten.
- (154) Ten tweede is DSB van mening dat zij een gewettigd vertrouwen mocht koesteren dat de contractuele betalingen in ieder geval voldeden aan de criteria die zijn vastgelegd in Verordening (EEG) nr. 1191/69 en een groepsvrijstelling genoten op grond van die verordening. DSB heeft twijfels bij de interpretatie die de Commissie geeft aan artikel 14 van genoemde verordening.
- (155) DSB wijst erop dat deel V van de verordening — dat geen bepalingen bevat met betrekking tot het compensatiebedrag — in tegenspraak is met de delen II tot IV van dezelfde verordening, die gedetailleerde bepalingen bevatten met betrekking tot het compensatiebedrag voor openbardienstverplichtingen. Volgens DSB heeft de verordening tot doel een redelijke compensatie voor ondernemingen te garanderen. Wanneer het gaat om verplichtingen die vrijwillig worden aangegaan, bevinden de vervoersondernemingen die een openbardienstcontract

⁽²²⁾ PB L 83 van 27.3.1999 blz. 1.

⁽²³⁾ Zie meer bepaald de punten 78 e.v. van het besluit van de Commissie van 25 januari 2006 betreffende steunmaatregel N 604/2005 — Duitsland — Overheidssteun voor busexploitanten in Landkreis Wittenberg (PB C 209 van 31.8.2006, blz. 7).

sluiten zich in een volledig andere situatie dan de ondernemingen die eenzijdig openbaredienstverplichtingen door de staat opgelegd krijgen, wat blijkt uit de verordening. Gezien deze omstandigheden kan de Commissie Verordening (EEG) nr. 1191/69 niet interpreteren in het licht van artikel 106, lid 2, VWEU ⁽²⁴⁾.

- (156) Tot slot is DSB het niet eens met de interpretatie die de Commissie geeft van artikel 17 van de Verordening, volgens welke de vrijstelling van voorafgaande aanmelding uitsluitend geldt voor de compensaties voor openbaredienstverplichtingen en niet voor de compensaties voor contracten voor openbaarvervoersdiensten.

De rechtsgrond voor het onderzoek naar de verenigbaarheid

- (157) DSB heeft zijn opmerkingen ingediend in een brief van 8 januari 2010. DSB betwist in wezen het feit dat de Commissie Verordening (EG) nr. 1370/2007 toepast op deze zaak.
- (158) DSB herinnert eraan dat de vervoerscontracten tussen DSB en de Deense staat zijn gesloten voor de vaststelling van de verordening en vóór de inwerkingtreding ervan. Indien de verordening moet worden toegepast, zou dat betekenen dat het gaat om wetgeving met terugwerkende kracht, wat volgens DSB in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen, zowel het beginsel van rechtszekerheid als het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen. DSB merkt ook op dat nergens kan uit worden opgemaakt dat de wetgever van de Europese Unie een terugwerkende kracht heeft willen geven aan Verordening (EG) nr. 1370/2007.
- (159) DSB wijst erop dat de verordening integendeel voorziet in een geleidelijke invoering van de nieuwe regels en dat de bepalingen van de verordening over het algemeen niet van toepassing zijn op reeds gesloten contracten van beperkte duur. Aangezien de duur van contracten in kwestie in overeenstemming is met hetgeen wordt voorgeschreven in de overgangsbepalingen, is DSB van mening dat ze uitsluitend vallen onder de wetgeving die van kracht was op het moment dat de contracten werden gesloten, zijnde Verordeningen (EEG) nr. 1191/69 en nr. 1107/70.
- (160) DSB baseert zich ook op de meest recente beschikkingspraktijk van de Commissie, waarbij deze oordeelde dat Verordening (EG) nr. 1370/2007 niet kon worden toegepast op contracten die werden gesloten vóór de inwerkingtreding van die verordening op 3 december 2009 ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Vanaf 1.12.2009 is artikel 86 VEG artikel 106 VWEU geworden. De bepalingen in beide Verdragen zijn inhoudelijk identiek. In het kader van dit besluit moeten verwijzingen naar artikel 106 VWEU waar nodig worden begrepen als verwijzingen naar artikel 86 VEG.

⁽²⁵⁾ Zie in dat verband Beschikking 2009/325/EG van de Commissie van 26 november 2008 betreffende steunmaatregel C 3/08 (ex NN 102/05) — Tsjechische Republiek inzake compensatie voor openbare dienstverlening voor Zuid-Moravische busmaatschappijen (PB L 97 van 16.4.2009, blz. 14) (overweging 111), en Beschikking 2009/845/EG van de Commissie van 26 november 2008 betreffende de steunmaatregel van Oostenrijk ten behoeve van Postbus in het district Lienz C 16/07 (ex NN 55/06) (PB L 306 van 20.11.2009, blz. 26) (overweging 104).

- (161) Subsidiair heeft DSB elementen aangevoerd om te bewijzen dat de contracten voor openbaarvervoersdiensten in ieder geval voldoen aan de bepalingen van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

6.2. OPMERKINGEN VAN DKT

- (162) Bij brief van 16 december 2009 heeft DKT haar opmerkingen meegedeeld met betrekking tot het besluit tot inleiding van de procedure. Deze opmerkingen worden hierna samengevat.

Voorafgaande opmerkingen

- (163) DKT verwijst naar alle inlichtingen die ze aan de Commissie heeft verstrekt in het kader van haar klacht en de uitwisseling die is voorafgegaan aan de inleiding van de procedure.
- (164) DKT merkt op dat het besluit van de Commissie om de procedure in te leiden slechts lijkt te verwijzen naar de contracten voor openbaarvervoersdiensten van DSB met betrekking tot haar klassieke spoorvervoersactiviteiten en niet naar de activiteiten van voorstadsvervoer die worden verricht door haar dochteronderneming dochteronderneming DSB S-tog a/s, die nochtans werden vermeld in haar aanvankelijke klacht.
- (165) DKT merkt op dat de contracten met betrekking tot het voorstadsvervoer van dezelfde aard zijn en dezelfde vragen opwerpen. Derhalve dringt DKT erop aan dat de Commissie ook de contracten voor openbaarvervoersdiensten voor het voorstadsvervoer betreft in het huidige onderzoek.
- (166) Over het algemeen is DKT van mening dat de criteria van het Altmark-arrest in deze zaak niet zijn vervuld en dat de contracten in kwestie derhalve vergezeld gaan van staatssteun. DKT is van mening dat deze steun onverenigbaar en onwettelijk is en dat de Commissie de terugvordering ervan moet bevelen.

Het eerste criterium van het Altmark-arrest

- (167) Hoewel de Commissie geen twijfels heeft geuit met betrekking tot de inachtneming van het eerste criterium van het Altmark-arrest, heeft DKT in dat verband niettemin opmerkingen geformuleerd.
- (168) DKT is van mening dat de grote manoeuvreerruimte van de lidstaten bij het bepalen van openbaredienstverplichtingen niet mag leiden tot arbitraire situaties waarbij derden het feit dat een activiteit wordt verricht in het kader van een openbaredienstcontract, niet ter discussie mogen stellen. Volgens DKT is de Commissie verplicht te motiveren waarom het noodzakelijk is een openbaredienstverplichting op te leggen.

- (169) Op basis van de rechtspraak van het Hof en de praktijk van de Commissie betwist DKT de analyse van de Commissie die stelt dat er geen kennelijke beoordelingsfout is gemaakt. DKT is met name van mening dat het bestaan van doelstellingen met betrekking tot de stiptheid, de kwaliteit en de regelmatigheid van de dienst niet volstaat om te zeggen dat een dienst een opdracht van openbare dienst vereist.
- (170) De Commissie zou dit eerder moeten analyseren in het licht van de in Verordening (EEG) nr. 1191/69 genoemde criteria en de evenredigheid van de openbardienstverplichtingen moeten onderzoeken. Volgens DKT zou de Commissie meer bepaald moeten onderzoeken of de exploitatie van de diensten overeenkomstig de doelstellingen van stiptheid, kwaliteit en regelmaat niet rendabel is.
- (171) DKT is immers van mening dat de compensaties voor de openbare dienst slechts gerechtvaardigd zijn indien de diensten niet rendabel zijn en indien een compensatie onmisbaar is voor hun exploitatie, wat inhoudt dat er een afzonderlijk onderzoek moet gebeuren voor elk van de betrokken spoorverbindingen.

Het tweede criterium van het Altmark-arrest

- (172) DKT betwist de redenering van de Commissie dat de tienjarenbegrotingen waarop de berekening van de compensaties van DSB is gebaseerd, volstaan om te beantwoorden aan het tweede criterium van het Altmark-arrest. Ze is van mening dat deze begrotingen geen parameters noch een gedetailleerde kostenanalyse bevatten, om te bepalen hoe hoog de compensaties moeten zijn voor elk van de betrokken spoorlijnen.

Het derde criterium van het Altmark-arrest

- (173) DKT is van mening dat dit derde criterium moeten worden geanalyseerd in samenhang met het vierde criterium van het Altmark-arrest. Immers, indien de onderneming niet kan worden beschouwd als een gemiddelde, goed beheerde onderneming, wordt het onderzoek van het derde criterium overbodig, aangezien het niet kan steunen op de analyse van de kosten van deze onderneming.

Het vierde criterium van het Altmark-arrest

- (174) DKT herinnert eraan dat de gunning van de betrokken contracten voor openbaarvervoersdiensten niet het voorwerp heeft uitgemaakt van een aanbesteding. Bovendien deelt DKT de twijfels van de Commissie of de tienjarenbegrotingen en de methodologie van de Deense staat volstaan om te voldoen aan het vierde criterium van het Altmark-arrest.
- (175) In dat verband wijst DKT erop dat de aanbestedingen die op sommige lijnen zijn georganiseerd, hebben aangetoond dat concurrenten van DSB in staat waren de dien-

sten te exploiteren voor een kostprijs die ongeveer 27 % lager was dan de kostprijs van DSB. Bovendien herinnert DKT eraan dat DSB personeel met een ambtenarenstatus in dienst heeft, zodat naleving van het vierde criterium van het Altmark-arrest is uitgesloten.

De onverenigbaarheid van de overcompensatie

- (176) DKT kan niet meegaan in de redenering van de Commissie inzake het onderzoek naar de verenigbaarheid van de steun. DKT is immers van mening dat Verordening (EEG) nr. 1191/69 een onderscheid maakt tussen enerzijds een benadering op basis van de werkelijke kosten, als opgenomen in de delen II, III en IV, en anderzijds een benadering op basis van de prijs die wordt aangeboden door de ene aanbieder in vergelijking met een concurrent voor dezelfde dienst, als opgenomen in deel V. Volgens DKT wordt dit onderscheid weerspiegeld in het verschil in aard tussen openbardienstverplichtingen en contracten voor openbaarvervoersdiensten, waarvoor andere procedure-eisen gelden.
- (177) Bijgevolg kan de redenering van de Commissie, die is gebaseerd op een benadering van de werkelijke kosten en de beginselen die samenhangen met de uitvoering van artikel 106, lid 2, VWEU, niet worden toegepast bij het onderzoek van de prijs die is bepaald in de contracten voor openbaarvervoersdiensten. DKT is van mening dat een dergelijke benadering in strijd is met de Gemeenschapsrechtspraak (Combus-arrest), de praktijk van de Commissie (communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst⁽²⁶⁾) en het besluit tot inleiding van de procedure, waarin het karakter van *lex specialis* van artikel 93 VWEU wordt bevestigd.
- (178) Aangezien de Commissie blijkbaar de benadering op basis van de werkelijke kosten wil toepassen op de contracten voor openbaarvervoersdiensten, heeft DKT toch opmerkingen omtrent deze benaderingswijze geformuleerd.
- (179) DKT is immers van mening dat de gegevens die de Deense autoriteiten hebben voorgelegd om aan te tonen dat er geen overcompensatie is, onjuist zijn. DKT voert hiervoor verscheidene argumenten aan:

- DSB heeft haar kosten aanzienlijk kunnen verlagen tijdens de deelname aan aanbestedingsprocedures voor sommige lijnen;
- de contracten voor openbaarvervoersdiensten vereisen dat DSB financieel gezond is, wat zich vertaalt in contractuele betalingen die hoger zijn dan strikt noodzakelijk om de kosten van de openbardienstverplichtingen te dekken;

⁽²⁶⁾ PB C 297 van 29.11.2005, blz. 4.

- het niveau van de contractuele betalingen is niet voldoende gerechtvaardigd en de tienjarenbegrotingen zijn op maat gemaakt om een zeker winstniveau van DSB te garanderen, zonder te steunen op een gedetailleerde analyse van de kosten en de inkomsten van DSB voor elk van de verbindingen;
 - de compensatieregeling is gebaseerd op een doelstelling van RoE en niet op de strikte compensatie van de meerkosten;
 - volgens de berekeningen van DKT zou de belangrijkste spoorverbinding tussen Kopenhagen en Århus rendabel zijn bij de verplichtingen die momenteel worden opgelegd aan DSB en was een openbare-dienstverplichting hiervoor niet nodig geweest;
 - bovendien zouden de vermeende productiviteitsstijgingen van DSB niet overeenstemmen met de financiële gegevens, waaruit een stijging van de personeelskosten ten opzichte van de ontvangsten in de desbetreffende periode blijkt;
 - DKT betwijfelt ook dat de contractuele betalingen verlaagd zijn met 1 miljard DKK. Volgens de jaarrekening van de onderneming zou de verlaging eerder 647 miljoen DKK bedragen;
 - DKT beweert dat de doelstellingen van DSB (in trein-kilometer) voor de periode 2000-2004 niet zijn gehaald — wat een verlaging van de contractuele betalingen zou hebben gerechtvaardigd — en dat DSB compensaties heeft gekregen voor rollend materieel waarvan ze de kosten niet heeft moeten dragen door vertragingen in de levering;
 - ten slotte vindt DKT dat DSB zelf had moeten kunnen instaan voor de financiële gevolgen van de vertragingen in de levering van het rollend materieel en met name van het vervangend materieel, gelet op de hoogte van haar resultaten. DSB zou 225 miljoen DKK hebben ontvangen van AnsaldoBreda bij wijze van vergoeding voor de vertragingen. Volgens DKT kwam deze vergoeding toe aan de Deense staat, aangezien deze het nadeel heeft geleden. DSB zou immers 104 miljoen DKK contractuele betalingen extra hebben ontvangen voor materieel dat niet in gebruik was.
- (180) De hoge winsten van DSB bewijzen volgens DKT dat de onderneming een overcompensatie heeft ontvangen om de volgende redenen:
- de resultaten van DSB overtreffen de winsten die een onderneming die is blootgesteld aan een soortgelijk risico, zijnde een laag risico, redelijkerwijs kan verwachten;
 - DKT herinnert aan een analyse die is uitgevoerd in het kader van haar klacht, waaruit blijkt dat de winstmarge vóór belasting van DSB (12,3 % voor 1999-2004 en 12,77 % voor 1999-2007) hoger is dan die van andere spoorvervoersondernemingen in Europa (2,21 %-4,47 % in het Verenigd Koninkrijk; 3,35 % in Zweden; 0,49-4,65 % in Duitsland en 0,8-3,77 % voor de SNCF) en hoger dan het niveau dat de Commissie heeft aangehaald in een vergelijkbare procedure ⁽²⁷⁾;
 - volgens DKT zijn de resultaten van DSB ook duidelijk hoger dan die van haar binnenlandse concurrenten, wat betreft de contracten voor openbaarvervoersdiensten (DSB (12,77 %); DSB S-tog (10,45 %); Arriva 4,39 %; Metro Service (6,18 %));
 - DKT benadrukt dat de resultaten van DSB duidelijk hoger zijn dan het niveau van 6 % rendement op het eigen vermogen, dat de Deense staat DSB als doel had gesteld. DKT raamt dit op een winst van 3,678 miljard DKK.
- (181) Ten slotte is DKT van mening dat het argument dat de ontvangst van dividend overcompensatie heeft voortkomen, moet worden verworpen om de volgende redenen:
- de contracten voor openbaarvervoersdiensten bevatten geen mechanisme voor terugbetaling van de contractuele betalingen in het geval dat deze hoger zijn dan vereist voor de strikte compensatie van de openbare-dienstverplichtingen;
 - de Deense staat verwacht hier zijn rol van belegger, aandeelhouder van een overheidsbedrijf en die van openbare instantie die openbare-dienstverplichtingen kan compenseren;
 - de ontvangst van dividend kan op zich de economische gevolgen van een overcompensatie niet tenietdoen, noch de mededingingsvervalsing, waarvan de gevolgen voelbaar blijven op de markt;
 - het argument van de ontvangst van dividend zou leiden tot discriminatie tussen overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen;
 - de communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst voorziet slechts in de mogelijkheid de winst over te dragen ten belope van 10 % ieder jaar;
 - er is geen direct verband tussen de overcompensatie en het dividendbedrag dat de Deense staat ontvangt. Het principe van de dividenduitkering is overigens bevestigd in de tienjarenbegrotingen, nog voor de vaststelling van de eventuele overcompensatie.
- ⁽²⁷⁾ Besluit van de Commissie van 23 oktober 2007 betreffende steunmaatregel C 47/07 — Contract voor openbare-dienstverlening tussen Deutsche Bahn Regio en de deelstaten Berlijn en Brandenburg (PB C 35 van 8.2.2008, blz. 13).

De loonbelasting

- (182) DKT wijst erop dat de vrijstelling van de loonbelasting door de Deense staat is afgeschaft in 2008. Ze verwijst naar het Deense wetsontwerp waarin de kostprijs van de onderwerping van DSB aan deze belasting werd geraamd op 80 miljoen DKK per jaar. Op basis daarvan gelooft DKT dat de belastingvrijstelling een aanzienlijke negatieve invloed heeft gehad op de mededinging ten belope van nagenoeg 800 miljoen DKK over tien jaar. DKT is van mening dat de Deense staat dit bedrag zou moeten terugvorderen.
- (183) Bovendien heeft DKT de aandacht van de Commissie gevestigd op het feit dat de Deense staat zou hebben besloten de onderwerping van DSB aan de belasting in de toekomst te compenseren door de contractuele betalingen te verhogen.
- (184) DKT wil dat de Commissie deze kwestie behandelt in het kader van de huidige procedure, aangezien procedure CP 78/06 waarnaar ze verwees in het besluit tot inleiding van de procedure, sindsdien is afgesloten.

De rechtsgrond voor het onderzoek naar de verenigbaarheid

- (185) Op 10 januari 2010 heeft DKT haar opmerkingen met betrekking tot de keuze van de juiste rechtsgrond tussen Verordening (EEG) nr. 1191/69 en Verordening (EG) nr. 1370/2007 meegedeeld aan de Commissie.
- (186) DKT is van mening dat het een rechtsdwaling zou zijn het onderzoek naar de verenigbaarheid van de steunmaatregelen te baseren op Verordening (EG) nr. 1370/2007 aangezien deze slechts van kracht is geworden op 3 december 2009. Na te hebben gewezen op bepaalde principes die samenhangen met de toepassing *ratione temporis* van de EU-staatssteunregels, betoogt DKT dat er een onderscheid moet worden gemaakt al naargelang er al dan niet voorafgaand kennisgeving is gedaan van de steunmaatregelen. DKT heeft zich daarvoor gebaseerd op het arrest-SIDE⁽²⁸⁾ van het Gerecht om aan te tonen dat de Commissie in deze zaak de verenigbaarheid zou moeten onderzoeken op basis van Verordening (EEG) nr. 1191/69.
- (187) DKT baseert zich daarvoor meer bepaald op het feit dat de desbetreffende contracten voor openbaarvervoersdiensten betrekking hebben op de perioden 1999-2004 en 2005-2014 en dat steun wordt verleend bij de maandelijkse contractuele betalingen. Verder merkt DKT op dat Verordening (EG) nr. 1370/2007 geen bepaling bevat met betrekking tot staatssteun die reeds is toegekend of die het voorwerp uitmaakt van een onderzoek. Bovendien wordt in het besluit tot inleiding van de procedure van 10 september 2008 niet verwezen naar de nieuwe verordening, hoewel deze reeds was vastgesteld. Tot slot wijst DKT nog op een tegenstrijdigheid met de mededeling van de Commissie betreffende de vaststelling van regels voor de beoordeling van onrechtmatig verleende staatssteun⁽²⁹⁾.

- (188) DKT is van mening dat Verordening (EG) nr. 1370/2007 alleen de juiste rechtsgrond kan vormen voor het onderzoek naar de verenigbaarheid wanneer het gaat om de toekomstige gevolgen van de contracten voor openbaarvervoersdiensten, met name de contractuele betalingen na 3 december 2009.

7. OPMERKINGEN VAN DENEMARKEN BIJ DE OPMERKINGEN VAN DE BELANGHEBBENDE PARTIJEN

- (189) Volgens Denemarken geven de opmerkingen van DKT geen aanleiding tot een andere beoordeling van de betrokken feiten. Denemarken houdt staande dat de vier criteria van het Altmark-arrest in deze zaak vervuld zijn en dat DSB geen overcompensatie heeft ontvangen.

De omvang van het onderzoek van de Commissie

- (190) Denemarken is van mening dat de formele onderzoekprocedure geen betrekking heeft op de contracten voor het vervoer in de hoofdstedelijke regio en dat het dus niet nodig is in te gaan op de standpunten van DKT met betrekking tot die contracten.
- (191) Denemarken wijst er evenwel op dat DSB S-tog a/s voor 100 % een dochteronderneming van DSB SV is en dat de gegevens van DSB S-tog a/s opgenomen zijn de geconsolideerde jaarrekening van de DSB-groep en de gegevens die zijn meegedeeld door de Deense autoriteiten.
- (192) De Deense autoriteiten hebben aangegeven dat de verwachte en contractuele betalingen voor het vervoer door S-tog eveneens bepaald zijn op basis van een RoE na belastingen van 6 %. Het resultaat van DSB S-tog a/s is opgenomen in de begroting van DSB SV en de contractuele betalingen aan de onderneming voor het langeafstandsvervoer en streekvervoer zijn daarop berekend. Bovendien is er in het geconsolideerde resultaat van DSB SV rekening gehouden met het bedrijfsresultaat van de dochteronderneming DSB S-tog a/s. Het resultaat van het vervoer van S-tog is dus verrekend in het algemene financiële resultaat van DSB SV.

De criteria van het Altmark-arrest

- (193) Volgens Denemarken doen de opmerkingen van DKT er geen twijfel over bestaan dat in dit geval de vier criteria van het Altmark-arrest vervuld zijn.
- (194) De Deense autoriteiten herinneren eraan dat de Commissie geen twijfels heeft geuit met betrekking tot het eerste criterium. De vraag of de lijn Kopenhagen-Århus een openbaredienstverplichting vormt, wordt overigens hierna behandeld.
- (195) Met betrekking tot het tweede criterium herinneren de Deense autoriteiten eraan dat de Commissie geen twijfels heeft geuit over de periode tot 2008 en ze wijzen erop dat de aan DSB betaalde compensatie voor de periode van 2009 tot 2014 eveneens is berekend op basis van een tienjaarsbegroting die is overgelegd aan de Commissie.

⁽²⁸⁾ Arrest van 15 april 2008, zaak T-348/04, *Société internationale de diffusion et d'édition SA (SIDE)/Commissie*, Jurispr. 2008, blz. II-625.

⁽²⁹⁾ PB C 119 van 22.5.2002, blz. 22.

- (196) De Deense autoriteiten zijn het niet eens met de opmerkingen van DKT betreffende het derde criterium en het feit dat eerst moeten worden onderzocht of aan het vierde criterium is voldaan. Ze zijn van mening dat de criteria perfect los van elkaar kunnen worden onderzocht in de volgorde die het Hof heeft gevolgd in het Altmark-arrest.
- (197) Tot slot verwerpen de Deense autoriteiten de argumenten die DKT aanvoert om aan te tonen dat niet voldaan is aan het vierde criterium. Ze preciseren dat de tienjarenbegrotingen zijn opgesteld op basis van alle beschikbare gegevens en een voldoende analyse van de kosten, waarbij rekening is gehouden met de verbeteringsperspectieven op de lange termijn. Bovendien is de begroting herzien bij de onderhandelingen over het tweede contract en zijn de contractuele betalingen daarbij verlaagd om rekening te houden met de toegenomen efficiëntie. De Deense autoriteiten hebben er bovendien op gewezen dat het feit dat de onderneming om historische redenen buitengewone lasten draagt wat betreft werknemers die aangenomen zijn onder openbaar statuut geen verband houdt met een goed of slecht beheer van de onderneming. Ze herinneren er ook aan dat er zeer grote verschillen bestaan in de structuur van het vermogen, het risicoprofiel enz. van de verschillende spoorwegondernemingen, hetgeen vergelijkingen met andere ondernemingen onmogelijk maakt. Het feit dat DSB First in staat was zich kandidaat te stellen voor de lijn Kystbanen met een — op het eerste gezicht — lagere prijs is geen weerspiegeling, noch een aanwijzing van het feit dat de betalingen aan DSB te hoog waren, aangezien deze inschrijving is ingediend door een andere onderneming en berust op andere parameters (alleen contractueel personeel, recenter materieel, minder personeel op de treinen).

De verenigbaarheid

- (198) Denemarken heeft eraan herinnerd zijn bedenkingen bij de redenering die de Commissie volgt inzake de tenuitvoerlegging van Verordening (EEG) nr. 1191/69, waaraan een groot gebrek aan rechtszekerheid zou kleven, met name wat betreft de verplichting tot voorafgaande aanmelding van de contracten voor openbaarvervoersdiensten.
- (199) Denemarken kan echter niet meegaan in de interpretatie van DKT wat betreft het gebruik van het woord „prijs” in artikel 14, lid 2, onder b), en de niet-toepasselijkheid van de staatssteunregels indien Verordening (EEG) nr. 1191/69 van toepassing is.

i) Algemene informatie met betrekking tot de analyse

- (200) Denemarken is het absoluut oneens met het argument van DKT dat het compensatiebedrag voor iedere lijn afzonderlijk zou moeten worden bepaald op basis van de kosten. Geen enkele rechtsgrond rechtvaardigt de eis dat de compensatie die wordt betaald in het kader van een algemeen contract voor de uitvoering van een openbare dienstverplichting, wordt berekend op basis van analyses op „microniveau” van elk van de verplichtingen die de dienstverrichter heeft aanvaard.
- (201) De Deense autoriteiten betwisten de interpretatie die DKT geeft aan het arrest-Fred Olsen (zaak T-17/02) en bena-

drukken dat het in deze zaak gaat om een coherent, geïntegreerd net dat wordt geëxploiteerd in het kader van een algemeen contract. De bepaling van het compensatiebedrag op basis van een analyse per lijn zou derhalve overbodig zijn en zou kunnen leiden tot misleidende resultaten. Dat zou resulteren in grotere onzekerheid betreffende de verdeling van de gemeenschappelijke lasten dan een overzichtstaat van alle inkomsten en uitgaven van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen die worden opgelegd door het contract

- (202) Ze herinneren er echter aan dat de boekhoudgegevens van DSB betreffende de prestaties in het kader van het contract afzonderlijk kunnen worden onderzocht, aangezien er verschillende boekhoudingen worden gevoerd.

ii) De lijn Kopenhagen-Århus

- (203) De Deense autoriteiten delen de mening niet dat een dienst die ook kan worden verstrekt zonder financiële steun, geen openbardienstverplichting kan vormen. De staat heeft zeker het recht om zo'n dienst op te nemen in een grotere coherente openbare dienst (eisen inzake dienstregelingen, capaciteit, tarieven enz.), wat in deze zaak het geval is. Immers, deze lijn is nauw geïntegreerd in de rest van de diensten van DSB, gezien de aansluitingen naar het noorden van Århus, de verbinding met andere lijnen en de groepering of de groepering van de treinen die op deze lijn rijden.
- (204) Bovendien hebben de Deense autoriteiten erop gewezen dat de aan DSB betaalde compensaties zijn berekend op basis van de inkomsten en lasten van het geheel van de openbardienstverplichtingen. Indien de openbardienstverplichtingen lijnen of diensten omvatten die winstgevend zouden kunnen zijn, is in de algemene berekening ook rekening gehouden met de inkomsten daarvan. De uitsluiting van lijnen die op zich rendabel zouden kunnen zijn, zou bijgevolg alleen maar leiden tot een verhoging van de totale steun die wordt toegekend aan DSB. Evenzo betekent het feit dat een niet-verliesgevende lijn is opgenomen, niet noodzakelijk dat er overcompensatie is.
- (205) Verder merkten de Deense autoriteiten op dat de berekeningen van DKT met betrekking tot de lijn Kopenhagen-Århus onjuist zijn en ze voeren elementen aan die dit bewijzen. Ze benadrukken dat DKT de berekeningen niet voldoende heeft gepreciseerd en wijzen erop dat de cijfers hen onbekend zijn. Volgens Denemarken zou een optimistische raming van de inkomsten op deze lijn uitkomen op een bedrag dat meer dan [...] miljoen DKK lager is dan het bedrag dat DKT noemt, [...].

iii) Productiviteit

- (206) De Deense autoriteiten weerleggen het argument dat DSB geen aanzienlijke productiviteitsstijging zou hebben gekend in 1999-2007. Ze trekken de rekenmethode van DKT, die is gebaseerd op een ratio van de nominale personeelskosten/omzet, in twijfel. De omzet van DSB is immers afhankelijk van een aantal micro- en macro-economische factoren die ervoor zorgen dat er geen constante evenredige correlatie is tussen de productie en de omzet (factoren: lokale concurrentie, ontwikkeling van de conjunctuur, beleidsprioriteiten, inflatie, evolutie van de sociale samenstelling van de reizigers enz.).

(207) De Deense autoriteiten stellen twee methoden voor om de productiviteit van DSB te beoordelen:

- de productie van DSB, namelijk het aantal reizigers-kilometer (jaarlijkse stijging met 1,8 % in de periode 1999-2007) in verhouding tot het aantal werknemers (voltijdequivalenten);
- de productie van DSB in verhouding tot de werkelijke personeelskosten (dit wil zeggen gecorrigeerd met de looninflatie).

(208) Uit deze twee methoden blijkt een productiviteitsstijging van respectievelijk 1,9 % en 2 % per jaar.

iv) Verlaging van de contractuele betalingen

(209) De Deense autoriteiten beweren dat de cijfers die DKT hieromtrent heeft voorgelegd, onjuist zijn. De „contractuele betalingen” in de boekhouding van DSB, die DKT aanhaalt, omvatten zowel de betalingen in het kader van het in deze zaak behandelde contract met de staat als andere betalingen met betrekking tot andere contracten (contracten die DSB heeft gesloten in Zweden, contract met Hovedstadens Udviklingsråd (HUR) en tijdelijk vervoerscontract voor de lijn Langå-Struer).

(210) Zij geven aan dat de verlaging met één miljard DKK duidelijk blijkt uit de begrotingswet voor 2003 (artikel 28.61.01, lid 10). Uit de begrotingswetten voor 2003 en 2004 blijkt bovendien dat de bedragen die in 2003 en 2004 zijn verlaagd, weer werden verhoogd. Denemarken heeft een overzichtstabel overhandigd waaruit blijkt dat de totale verlaging uiteindelijk 1018 miljoen DKK bedroeg.

v) Treinkilometer

(211) De Deense autoriteiten wijzen erop dat het door het contract opgelegde aantal treinkilometer lager is dan het cijfer dat DKT noemt, aangezien er rekening moet worden gehouden met de aanbesteding voor de vervoersdienst van Jutland naar het centrum en het westen van november 2003. Ze overleggen een tabel met de juiste cijfers. Daaruit blijkt dat DSB in totaal 1,5 miljoen treinkilometer meer heeft afgelegd dan bepaald in het contract. Men kan dus niet beweren dat DSB een compensatie heeft ontvangen voor niet-geleverde diensten. Bovendien wijzen ze erop dat DSB driemaandelijkse een rapport van de productie in het kader van het contract heeft ingediend bij het ministerie van Vervoer.

vi) Resultaten van DSB

(212) Denemarken is van mening dat de begrotingsraming van DSB — gebaseerd op een geraamde winstmarge van 6 % — redelijk en realistisch was. Het feit dat de werkelijke winstmarge hoger was dan geraamd, is toe te schrijven aan een reeks niet te voorzien omstandigheden. De regering heeft het effect daarvan tenietgedaan door middel

van enerzijds een uitzonderlijke verlaging van de contractuele betalingen en anderzijds een inning van dividend.

(213) De Deense autoriteiten betwijfelen bovendien de juistheid van de gegevens over de resultaten van de andere Europese ondernemingen voor reizigersvervoer per spoor. Ze wijzen er ook op hoe moeilijk het is dergelijke gegevens te vergelijken (verschillen in de vermogensstructuur en het niveau van de kapitaalsinvesteringen, exploitatierisico's, macro-economische en structurele factoren die de boekhouding van de bedrijven beïnvloeden). Ze verwijzen naar een verslag dat is opgesteld door de Commissie volgens hetwelk DSB niet rendabeler is dan haar concurrenten op de Europese markt.

(214) Denemarken betwist overigens niet dat de resultaten van DSB gunstiger zijn dan geraamd in de aanvankelijke begrotingen. De Deense autoriteiten brengen echter verduidelijkingen aan met betrekking tot de gevolgen van de ontwikkeling van de belastingtarieven. Ze overhandigen een overzichtstabel van de resultaten van DSB.

(215) Denemarken heeft ten slotte recente gegevens verstrekt over de financiële situatie van DSB en gepreciseerd dat het resultaat na belastingen voor de openbaredienstactiviteit 670 miljoen DKK bedroeg in 2007 en 542 miljoen DKK in 2008.

vii) Dividendbeleid

(216) Denemarken is van mening dat het dividendbeleid, gekoppeld aan een minutieuze begroting, een heel doeltreffend middel is om overcompensatie tegen te gaan, aangezien het een flexibel instrument is om overcompensatie te voorkomen in het geval dat de werkhypothesen van de begroting blijken tekort te schieten. Het dividendbeleid vult de minutieuze begroting aan waarop het vervoerscontract is gebaseerd.

(217) De Deense autoriteiten herinneren eraan dat de compensatie van tevoren is bepaald op basis van een gestaafde raming van de lasten en opbrengsten en dat ze geen bron vormt die DSB onbeperkt kan benutten. Ze preciseren ook dat indien het werkelijke resultaat lager zou zijn dan de geraamde begroting — bijvoorbeeld door een afwijking in de kosten (verkeerd beheer, stijging van de loonkosten, lasten of aankopen) of een daling van de inkomsten door een lager aantal reizigers dan geraamd — DSB ook geen aanspraak kan maken op aanvullende compensatie van de staat. DSB draagt dus ook een zeker risico in geval van slechte prestaties.

(218) De Deense autoriteiten zijn bijgevolg van mening dat het dividendbeleid een aanvullende bescherming biedt tegen overcompensatie in het geval dat het resultaat positiever is dan geraamd. Het is een flexibel instrument waarmee de staat ervoor kon zorgen dat een bepaald bedrag wordt onttrokken aan de onderneming.

(219) Denemarken preciseert dat DSB niet heeft kunnen profiteren van de eventuele beschikbaarheid van liquide middelen om de mededinging op de markt te vervalsen door andere diensten aan te bieden enz., meer bepaald via kruissubsidiëring.

(220) De Deense autoriteiten preciseren bovendien dat het totaalbedrag van het dividend voor de boekjaren van 1999 tot 2007 3469 miljoen DKK hoger was dan voorzien in de begroting. In 2007 heeft DSB 607 miljoen DKK dividend uitgekeerd aan de Deense staat en 359 miljoen DKK in 2008.

(221) Denemarken wijst erop dat, hoewel het waar is dat de dividenduitkeringen niet uitsluitend zijn uitgevoerd op basis van de berekening van de eventuele overcompensatie, het bedrag van het ontvangen dividend duidelijk hoger is dan het verschil tussen de geraamde en de werkelijke resultaten. Het overtollige resultaat van DSB in vergelijking met de geraamde cijfers heeft de onderneming integraal verlaten in de vorm van dividend. Bijgevolg is Denemarken van mening dat er geen overcompensatie is geweest.

viii) Invoering van een terugbetalingsmechanisme

(222) In de kader van de formulering van zijn opmerkingen en de discussies met de Commissie heeft Denemarken aangegeven een terugbetalingsmechanisme te willen opnemen in de betrokken contracten voor openbaarvervoersdiensten met DSB.

(223) Het geplande mechanisme heeft de volgende kenmerken.

Het functioneren van het terugbetalingsmechanisme

(224) Indien de Deense autoriteiten van tevoren perfect op de hoogte zouden zijn van de prestatiegegevens van DSB, zou het compensatiemechanisme beantwoorden aan de volgende vergelijking:

$$\text{Totaal inkomsten (reizigers + contractuele betalingen)} - \text{redelijke winst} - \text{totaal uitgaven} = 0$$

(225) De Deense autoriteiten merken echter op dat ze vooraf niet perfect op de hoogte kunnen zijn van de resultaten voor de hele duur van de meerjarencontracten en dat de vergelijking bijgevolg in de praktijk slechts zelden gelijk zal zijn aan nul.

(226) In de huidige regeling wordt de vergelijking aangepast aan de resultaatzijde (rechterzijde van de vergelijking) door middel van het dividendbeleid. Een andere oplossing die de Deense autoriteiten overwegen, bestaat erin het inkomstentotaal (linkerzijde van de vergelijking) aan

te passen, waarbij jaarlijks de contractuele betalingen worden aangepast via een terugbetalingsmechanisme.

(227) De omvang van de aanpassing zou moeten overeenstemmen met de brutoverlaging in de onderstaande vergelijking.

$$\text{Totaal inkomsten} - \text{redelijke winst} - \text{totaal uitgaven} = \text{brutoverlaging}$$

Correcties met betrekking tot efficiëntie en kwaliteitsverbeteringen (nettoverlaging)

(228) Om ervoor te zorgen dat DSB blijvend wordt aangespoord om haar rendement te verbeteren en nieuwe reizigers aan te trekken, moet de terugbetalingsclausule volgens de Deense autoriteiten voorzien in een beloning voor de onderneming wanneer de prestatie beter is dan vooraf bepaalde parameters. Zo zou DSB in staat moeten zijn om een deel van de brutoverlaging te behouden voor zover de bruto verlaging (wat overeenstemt met een redelijke winst/RoE hoger dan vastgelegd in de vergelijking) toe te schrijven is aan:

— een kostenverlaging uitgedrukt in reizigerskilometer en/of

— een stijging van het aantal reizigers gemeten in reizigerskilometer.

(229) Derhalve zijn de Deense autoriteiten van plan het terugbetalingsmechanisme op de volgende manier te modulieren:

— indien DSB haar kosten (per reizigerskilometer — hierna ook „reiz.km” genoemd) verlaagt ten opzichte van de gemiddelde kosten in de laatste vier jaar, wordt deze verbetering berekend (procentueel verschil in kosten vermenigvuldigd met een totale kostprijs); en

— indien het aantal reizigers stijgt, wordt de stijging van het reizigersverkeer, uitgedrukt in reizigerskilometer, vermenigvuldigd met 0,80 DKK, en zal de brutoverlaging ook worden verminderd met dit bedrag ⁽³⁰⁾.

(230) De Deense autoriteiten hebben gepreciseerd dat het totaalbedrag van de verlagingen wegens prestatieverbeteringen niet hoger mag zijn dan de brutoverlaging van een gegeven jaar. De nettoverlaging zal zich derhalve situeren tussen nul en de brutoverlaging.

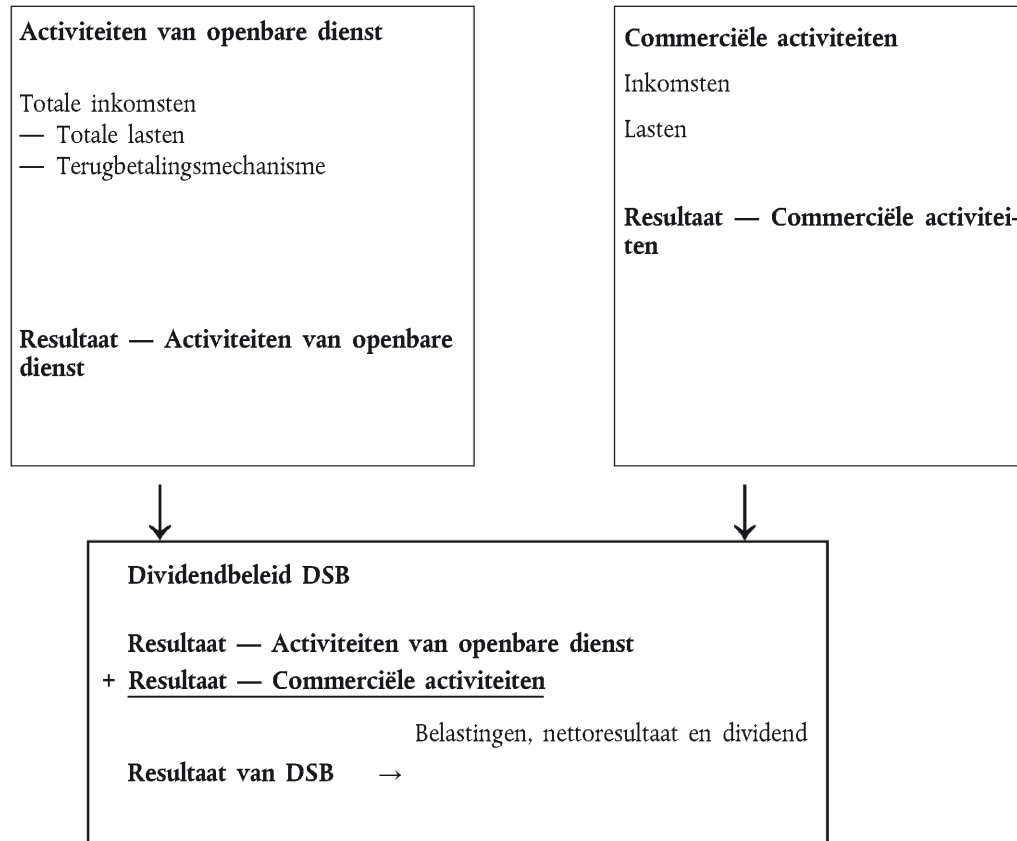
(231) Het terugbetalingsmechanisme zou derhalve de volgende vergelijking moeten volgen:

$$\text{Terugbetalingsmechanisme} = \text{brutoverlaging} - \text{variabele } (\Delta \cdot \Delta \text{ reiz.km}) = \text{nettoverlaging}$$

⁽³⁰⁾ Het bedrag van 0,80 DKK stemt bij benadering overeen met de inkomsten per reizigerskilometer in het regionale en interregionale spoorvervoer.

Gevolg voor het dividendbeleid

- (232) De Deense autoriteiten hebben benadrukt dat de invoering van een dergelijk terugbetalingsmechanisme een aanzienlijk effect zou hebben op het dividendbeleid van de Deense staat, zoals opgegeven in de onderstaande tabel:

*Terugbetalingsmechanisme en maximumniveau van de redelijke winst*

- (233) De Deense autoriteiten hebben ook aangegeven dat dit terugbetalingsmechanisme zou worden aangevuld door de invoering van een bovengrens om ervoor te zorgen dat de winst die wordt toegekend aan DSB niet hoger is dan wat wordt beschouwd als een redelijke winst.
- (234) De Deense autoriteiten hebben overwogen deze bovengrens te koppelen aan het RoE van DSB, die boven het niveau van 6 % dat is vastgesteld in de contracten rekening houdt met de extra winst uit efficiëntieverhogingen of de stijging van het aantal reizigers. Deze bovengrens wordt bepaald op grond van de volgende vergelijking:

$$\frac{\text{Redelijke winst (6 \%)} + \text{variabele } (\Delta. + \Delta \text{ reiz.km})}{\text{Eigen vermogen}} < 12 \%$$

- (235) Zo kunnen de stimulansen in het terugbetalingsmechanisme extra winst opleveren voor DSB indien de onderneming haar kostenstructuur verbetert of indien het aantal reizigers toeneemt ($\Delta. + \Delta \text{ reiz.km}$).
- (236) De Deense autoriteiten hebben gepreciseerd dat er in de berekening alleen rekening is gehouden met het deel van het eigen vermogen van DSB dat overeenstemt met haar openbardienstactiviteit, wat mogelijk is dankzij de boekhoudkundige scheiding.

- (237) Volgens dit mechanisme kan de bovengrens van de redelijke winst worden bepaald op een RoE van 12 %. De Deense autoriteiten preciseren dat de jaarlijkse grens niet hoger kan zijn dan 10 % gespreid over drie jaar.

Empirische studie

- (238) De Deense autoriteiten hebben aan de Commissie een analyse overgelegd die empirisch bewijst wat de gevolgen zouden zijn geweest van een dergelijk terugbetalingsmechanisme in de periode 2004-2008. Zie onderstaande tabel:

Activiteiten van openbare dienst (miljoen DKK)	Resultaat voor belastingen	Redelijke winst (RoE 6 % voor belastingen)	Brutoterugbetaling	Schatting van eigen vermogen	Reiz.km (miljoen)	Kosten per reiz.km (DKK/km)	Verschil kosten per reiz.km (4 jaar)	Efficiëntieverhoging DSB	Stijging aantal reiz.km	Totale winst DSB	Terugbetaling — nettoverlaging	Resultaat van DSB	Rendement op eigen vermogen na terugbetalingsmechanisme (%)	Gemiddelde RoE na terugbetaling (%)
2004	943	594	349	6 931	4 353	1,25	3 %	151	78,4	230	119	824	11,9	
2005	919	575	344	6 906	4 392	1,32	- 3 %	0	31,2	31,2	312	607	8,8	
2006	977	583	394	6 994	4 526	1,3	- 2 %	0	107	107	287	690	9,9	10,2
2007	724	569	155	7 108	4 635	1,31	2 %	115	87	202	0	724	10,2	9,6
2008	717	523	188	6 609	4 759	1,33	- 2 %	0	99	99	89	628	9,5	9,9

- (239) De toepassing van het terugbetalingsmechanisme zou derhalve hebben geleid tot een RoE van DSB in de periode 2004-2008 van tussen 8,8 % en 11,9 %.

die deze vrijstelling genoten, waaronder DSB. Er is rekening gehouden met de vrijstelling in het contract en bij aanbestedingen met betrekking tot de vervoerscontracten enz., zodat alle inschrijvers op een gelijke voet stonden.

- (240) Wegens de regel van gemiddeld 10 % over 3 jaar, die met 0,2 % overschreden wordt in 2006, zou het terugbetalingsmechanisme geleid hebben tot een aanpassing van 38 miljoen DKK voor dat jaar.

- (243) Met betrekking tot een eventuele compensatie van DSB ingevolge de onderwerping aan de loonbelasting, merken de Deense autoriteiten op dat er bij de berekening van de contractuele betalingen aan DSB aanvankelijk was van uitgegaan dat DSB geen loonbelasting verschuldigd was. De compensatie was dus al „verminderd” met dat bedrag. Aangezien DSB voortaan wel aan de loonbelasting is onderworpen, was de berekeningsgrondslag van de compensatie niet meer geldig en werd een compensatie betaald aan DSB om rekening te houden met deze wijziging van de rekenparameters. Deze compensatie bedraagt bij benadering 80 miljoen DKK per jaar en heeft alleen betrekking op de openbaredienstactiviteiten van DSB.

Loonbelasting

- (241) Denemarken herinnert eraan dat de vrijstelling van de loonbelasting is afgeschaft.
- (242) Volgens de Deense autoriteiten heeft deze vrijstelling geen economisch voordeel opgeleverd voor de bedrijven

- (244) Volgens Denemarken heeft de vrijstelling van de loonbelasting en de latere afschaffing van deze vrijstelling dus een neutraal effect gehad op de financiën van DSB.

8. BEOORDELING VAN DE MAATREGELEN IN DE CONTRACTEN VOOR OPENBAARVERVOERSDIENSTEN

8.1. REIKWIJDE VAN HET BESLUIT

- (245) Dit besluit heeft betrekking op de verenigbaarheid van de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en Danske Statsbaner met de EU-staatssteunregels.
- (246) De inleiding van de procedure op 10 september 2008 en, met name, de opmerkingen van de Deense autoriteiten en de belanghebbende partijen hebben de Commissie in staat gesteld de reikwijdte en het toepassingsgebied van de verschillende betrokken contracten voor openbaarvervoersdiensten, de wijze van berekening van de compensaties voor de openbare dienst, alsook alle omstandigheden die hebben kunnen leiden tot overcompensatie van Danske Statsbaner te preciseren.
- (247) De Commissie heeft voor de perioden 2000-2004 en 2005-2014 vier contracten voor openbaarvervoersdiensten voor grote, regionale en lokale lijnen geïdentificeerd die elementen van staatssteun zouden kunnen omvatten (zie de overwegingen 28, 46, 50 en 69). Daarbij komen de aanvullende contracten die zijn gesloten om het hoofd te bieden aan de vertragingen in de levering van rollend materieel (zie overweging 114).
- (248) De Commissie merkt in dat verband op dat de belanghebbende partijen hun opmerkingen hebben meegedeeld over de verschillende discussiepunten en twijfels die de Commissie naar voren heeft gebracht in haar besluit tot inleiding van de procedure, en dit voor al deze contracten.
- (249) De Commissie onderzoekt eveneens de gevolgen van andere maatregelen van fiscale aard voor de verenigbaarheid van de betrokken compensaties voor de openbare dienst ⁽³¹⁾.

8.2. DE VRAAG OF ER SPRAKE IS VAN STAATSSTEUN

- (250) Artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt het volgende: „Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”.

⁽³¹⁾ Bovendien herinnert de Commissie aan haar besluit tot inleiding van de procedure, dat heeft geleid tot de vaststelling dat DSB geen enkele expliciete of impliciete garantie heeft gekregen van de Deense staat zodat zij kredietvoorwaarden kunnen genieten die gunstiger zijn dan die welke worden aangeboden aan particuliere ondernemingen. Zie, voor een soortgelijke situatie en een soortgelijke conclusie, het arrest van 26 juni 2008, zaak T-442/03, SIC — Sociedade Independente de Comunicação SA/Commissie, Jurispr. 2008, blz. II-1161, de punten 121 tot 127.

8.2.1. STAATSMIDDELEN

- (251) Het contract voor openbaarvervoersdiensten voorziet in de betaling van een compensatie voor de uitvoering van contracten voor openbaarvervoersdiensten aan DSB uit de Deense rijksbegroting. Deze compensatie wordt dus betaald uit staatsmiddelen.

8.2.2. SELECTIVITEIT

- (252) DSB, een onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, is de enige begunstigde van de compensaties voor de openbare dienst die zijn bepaald in de contracten. De maatregel is dus selectief in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

8.2.3. ECONOMISCH VOORDEEL

- (253) Volgens het Hof van Justitie krijgt een onderneming geen economisch voordeel indien de compensatie voor de openbare dienst voldoet aan de vier criteria die zijn vastgelegd in het Altmark-arrest. Er moet dus worden onderzocht of de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen de Deense regering en DSB cumulatief voldoen aan deze vier criteria.
- (254) Aangezien de criteria van het Altmark-arrest cumulatief zijn, is het voldoende dat een van deze criteria niet in acht wordt genomen, om te besluiten dat de onderzochte maatregelen een selectief voordeel opleveren. Omwille van de duidelijkheid, en gelet op de specifieke omstandigheden van deze zaak, zal de Commissie in de eerste plaats nagaan of de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast is met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en daarvoor een compensatie ontvangt die bepaald is op basis van objectieve en transparante parameters (twee eerste Altmark-criteria). Vervolgens zal zij onderzoeken of deze onderneming gekozen is in het kader van een openbare aanbesteding of anderszins of de compensatie die aan de onderneming wordt betaald, is vastgesteld op basis van een analyse van de kosten van een gemiddelde, goed beheerde onderneming (vierde criterium van Altmark).

Eerste criterium: de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast met de uitvoering van duidelijk omschreven openbardienstverplichtingen

- (255) In haar besluit tot inleiding van de procedure, heeft de Commissie vastgesteld dat DSB daadwerkelijk belast was met de uitvoering van duidelijk omschreven openbardienstverplichtingen en dat bijgevolg voldaan was aan het eerste criterium van het Altmark-arrest.
- (256) Hoewel de Commissie geen twijfels geuit heeft omtrent dit criterium, heeft DKT haar redenering aangevochten en gesteld dat de Commissie de noodzaak en de evenredigheid van de openbardienstverplichtingen had moeten onderzoeken.

- (257) DKT is ook van mening dat de noodzaak voor iedere lijn afzonderlijk moet worden onderzocht en dat de evenredigheid moet worden beoordeeld gelet op de mogelijkheden tot rendabiliteit van elk van de betrokken lijnen, rekening houdend met de beperkingen en eisen die worden opgelegd door de autoriteit. Om haar redenering te staven haalt DKT het voorbeeld aan van de spoorlijn Kopenhagen-Århus, waarvoor contracten voor openbaarvervoersdiensten zijn gesloten, terwijl deze lijn volgens een analyse van DKT op zich winstgevend zou zijn.
- (258) De Deense autoriteiten hebben deze argumenten en de berekeningen van DKT betreffende de spoorlijn Kopenhagen-Århus verworpen omdat deze niet voldoende gedetailleerd zouden zijn en niet overeenstemmen met de cijfers waarover zij beschikken. Volgens de Deense autoriteiten zou de betrokken lijn eveneens verliesgevend zijn.
- (259) De Commissie herinnert eraan dat in de sector van het reizigersvervoer over de weg, de noodzaak van een dienst van algemeen economisch belang moet worden beoordeeld op grond van artikel 93 VWEU en de wetgeving, in dit geval Verordening (EEG) nr. 1191/69 tot 3 december 2009 en, voor de periode nadien, Verordening (EG) nr. 1370/2007.
- (260) Artikel 1, lid 4, van Verordening (EEG) nr. 1191/69 luidt als volgt:
- „Om toereikende vervoerdiensten te waarborgen, met name rekening houdend met sociale, milieu- en ruimtelijke ordeningsfactoren, of om bepaalde tariefvoorwaarden te bieden aan bepaalde categorieën reizigers kunnen de bevoegde instanties van de lidstaten evenwel openbare dienstcontracten afsluiten met een vervoersonderneming.”.
- (261) Artikel 14, lid 1, van de genoemde verordening bepaalde de inhoud en de kenmerken van de openbare dienstcontracten — normen inzake continuïteit, regelmaat, capaciteit en kwaliteit, welbepaalde prijzen en voorwaarden.
- (262) De openbare dienstverplichtingen zijn als volgt gedefinieerd in artikel 2, onder e), van Verordening (EG) nr. 1370/2007:
- „door een bevoegde instantie met het oog op de algemene dienstverlening inzake openbaar personenvervoer omschreven of vastgestelde prestatie die een exploitant, indien hij zich door zijn eigen commerciële belangen zou laten leiden, zonder compensatie niet, of niet in dezelfde mate of onder dezelfde voorwaarden, zou leveren”.
- (263) De Commissie merkt op dat de specifieke geldende wetgeving geenszins de mogelijkheid beperkt taken van openbare dienst toe te vertrouwen die betrekking hebben op een geheel van lijnen om te zorgen voor een coherent vervoerssysteem, met name om een zekere continuïteit van het vervoer te waarborgen. Er wordt geen criterium gesteld met betrekking tot de rendabiliteit of niet-rendabiliteit van de individuele lijnen. Ten slotte wordt deze mogelijkheid ook niet beperkt door het bestaan van vergelijkbare vervoersdiensten, zoals de eerste klager aanvoerde voor het specifieke geval van de lijn Kopenhagen-Ystad.
- (264) De Commissie is eveneens van oordeel dat de door DKT aangevoerde argumenten met betrekking tot andere vervoerswijzen niet relevant zijn omdat de wetgever andere regels heeft opgesteld voor elk van deze vervoerswijzen, aangezien de mate van openstelling voor mededinging en de specifieke eigenschappen voor de gebruiker en de overheid anders zijn voor de verschillende vervoerswijzen.
- (265) Het feit dat een vervoersdienst betrekking heeft op een grensoverschrijdende of internationale verbinding doet geen afbreuk aan de mogelijkheid deze te exploiteren in het kader van een opdracht van openbare dienst. Wat dat betreft, benadrukt de Commissie dat er zelfs in sectoren die volledig zijn opengesteld voor mededinging diensten van algemeen economisch belang bestaan voor internationale verbindingen ⁽³²⁾.
- (266) Derhalve is de Commissie van mening dat Denemarken geen kennelijke beoordelingsfout begaat wanneer het een of meer rendabele lijnen opneemt in een contract voor openbaarvervoersdiensten, op voorwaarde dat deze lijnen passen in een coherent vervoerssysteem, ongeacht of dergelijke lijnen bestaan, wat Denemarken in casu ontkent. De Commissie wijst er ook op dat indien een lijn van het systeem winstgevend zou zijn, er rekening moet worden gehouden met de inkomsten van deze lijn in de algemene berekening van de lasten en inkomsten van de betrokken diensten voor de bepaling van de noodzakelijke compensatie. Daaruit volgt dat de resultaten van een rendabele lijn uiteindelijk leiden tot een verlaging van de financiële compensatie die noodzakelijk is voor de exploitatie van de andere, niet-rendabele lijnen, van het systeem. Bij gebrek aan precieze regels kan de lidstaat vrij de omvang bepalen van de openbare dienst waarmee hij een onderneming wil belasten, om te zorgen voor een toereikend vervoerssysteem.
- (267) De Commissie is van mening dat de voorafgaande beoordelingen worden ondersteund door de vaste rechtspraak die het volgende stelt:
- „Wat betreft de bevoegdheid tot bepaling van de aard en de omvang van een taak van algemeen economisch belang in de zin van het Verdrag en van de mate van controle die de gemeenschapsinstellingen in die context moeten uitoefenen, blijkt uit [...] de rechtspraak van het Gerecht, dat de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen en dat de Commissie de omschrijving van die diensten door een lidstaat enkel in geval van een kennelijke fout ter discussie kan stellen.” ⁽³³⁾.
- ⁽³²⁾ Zie in dit verband Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap en met name artikel 16 (PB L 293 van 31.10.2008, blz. 3); zie ook de communautaire richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer, met name punt 9, tweede alinea (PB C 13 van 17.1.2004, blz. 3).
- ⁽³³⁾ Zie het arrest-SIC/Commissie, reeds aangehaald, de punten 195-196, alsmede het arrest-BUPA/Commissie, reeds aangehaald, punt 166, en het arrest van 15 juni 2005, zaak, T-17/02, Olsen/Commissie, Jurispr. blz. II-2031, punt 216.

- (268) De rol van de Commissie beperkt zich er derhalve toe, na te gaan of Denemarken geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt bij de bepaling van de omvang van de openbaredienstverplichtingen van de betrokken contracten.
- (269) Bijgevolg is de Commissie van oordeel dat uit de rechtsgrond in het nationale recht van het contract, namelijk de Deense wet inzake het spoorvervoer, blijkt dat DSB is belast met de uitvoering van een openbare dienst op basis van contracten die zijn gesloten met het Deense ministerie van Vervoer. Ze wijst er eveneens op dat deze contracten de verplichtingen van DSB gedetailleerd bepalen wat betreft de verplichte lijnen, de stiptheid, de kwaliteit en de frequentie van de treindiensten, voor een bepaalde duur (contracten voor de perioden 2000-2004 en 2005-2014).
- (270) De Commissie merkt op dat Denemarken heeft bewezen dat het doel van de betrokken contracten voor openbaarvervoersdiensten erin bestond een coherent en uitgebreid vervoerssysteem te creëren dat een dienstverlening van kwaliteit biedt aan de reizigers en dat voorziet in de beoogde treinverbindingen op het grondgebied.
- (271) Met betrekking tot het specifieke geval van de lijn Kopenhagen-Ystad merkt de Commissie op dat de Deense autoriteiten de omstandigheden en de verschillende stappen die hebben geleid tot de opname in het vervoerssysteem van de contracten voor openbaarvervoersdiensten hebben verduidelijkt. De Deense autoriteiten hebben uitgelegd dat deze lijn achtereenvolgens werd geëxploiteerd in „vrij verkeer” tot 2002, daarna als „openbare dienst” zonder aanvullende compensatie tot 31 december 2004 en ten slotte als deel van het contract voor openbaarvervoersdiensten voor de periode 2005-2014 (zie in dat verband overweging 122). Ze wijzen erop dat deze lijn verliesgevend was toen ze in „vrij verkeer” werd geëxploiteerd en dat de exploitatie van de lijn voor 2005 niet werd gesteund met openbare middelen.
- (272) De Commissie neemt eveneens nota van het feit dat de Deense autoriteiten verklaren dat ze het eiland Bornholm niet alleen met Kopenhagen, maar ook met de rest van het Deense grondgebied wilden verbinden — zoals blijkt uit het tariefaanbod dat de verbindingen tussen Jutland en Bornholm (DSB Orange) moest stimuleren. De Deense autoriteiten waren bovendien van mening dat de spoordienst beantwoordde aan enkele behoeften waarin de bestaande busdienst niet voorzag, zoals de verbinding met naburige Zweedse steden, waarbij de trein stopte in de drie Zweedse steden Fösieby (Malmö), Svedala en Skurup. Deze verbinding beantwoordde ook aan het verlangen meer toegangsmogelijkheden tot het eiland Bornholm te bieden. Zoals aangegeven in overweging 263, wijst de Commissie erop dat het feit dat deze lijn door een andere lidstaat gaat en daar stopplaatsen heeft, geen reden is om het bestaan van een openbaredienstverplichting of een dienst van algemeen economisch belang in twijfel te trekken. In dat opzicht moet er rekening worden gehouden met het belang dat de Deense burgers kunnen hebben bij een betere verbinding met de betrokken Zweedse steden.
- (273) Deze elementen vervolledigen die welke zijn uitgelegd in het besluit tot inleiding van de procedure en sterken de Commissie in haar conclusie dat de Deense regering geen kennelijke beoordelingsfout heeft begaan toen ze de lijn Kopenhagen-Ystad opnam, lijn die onder het stelsel van de contracten voor openbaarvervoersdiensten valt.
- (274) Algemeen genomen bevestigt de Commissie haar aanvankelijke conclusie dat is voldaan aan het eerste criterium van het Altmark-arrest.
- Tweede criterium: de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, zijn vooraf op een objectieve en transparante wijze vastgesteld***
- (275) De Commissie heeft in haar besluit tot inleiding van de procedure vermeld dat het niveau van de compensaties van DSB om te voldoen aan de eisen van de openbare dienst was bepaald op basis van een begrotingsraming voor tien jaar. De Commissie beschikte in dat stadium slechts over de tienjarenbegroting voor de periode 1999-2008. Ze heeft toen twijfels geuit met betrekking tot de periode 2009-2014 waarvoor ook contracten voor openbaarvervoersdiensten waren gesloten.
- (276) In hun opmerkingen hebben de Deense autoriteiten verduidelijkt welke parameters van toepassing waren voor deze tweede periode door de Commissie in het bezit te stellen van de tienjarenbegroting voor de periode 2005-2014, die was opgesteld met het oog op de operationele ontwikkelingsperspectieven van DSB in de betrokken periode. Ze hebben aldus bevestigd dat de in de contracten voor openbaarvervoersdiensten vastgelegde compensaties berustten op begrotingsramingen voor tien jaar.
- (277) DKT betwistte echter dat deze begrotingsramingen kunnen volstaan om te voldoen aan de eisen van het Altmark-arrest, aangezien de gekozen parameters niet gedetailleerd genoeg vermeld werden en de compensaties hadden moeten berusten op een analyse voor iedere lijn afzonderlijk.
- (278) De eerste begroting 1999-2008 was opgesteld op basis van een gedetailleerde prospectieve economische analyse van DSB. Deze was opgesteld als basis voor de voorbereiding van de wet tot oprichting van DSB als zelfstandige onderneming (zie overweging 8). Vervolgens werd ze in de lente van 1999 geactualiseerd en voorgelegd aan de commissie Financiën van het Deense Parlement en goedgekeurd in het kader van de goedkeuring van wet nr. 249 van 11 juni 1999.
- (279) Deze begroting ging met name uit van de volgende hypothesen:
- een stijging van de prijzen van de vervoersbewijzen in overeenstemming met de inflatie (index van de nettoprijzen),
 - een gemiddelde productiviteitsstijging met 2 % per jaar,

- een jaarlijkse rentevoet van 5 %,
 - een RoE na belastingen van 6 %,
 - de uitvoering van investeringen in rollend materieel ten belope van ongeveer 10 miljard DKK,
 - niveaus van productie (treinkilometer) en verkoop (reizigerskilometer) gepreciseerd in verscheidene tabellen en met als uitgangspunt voor 1999: 41 miljoen treinkilometer en 4 023 miljard reizigerskilometer voor het regionale, *intercity* en internationale vervoer en, respectievelijk, 15,6 miljoen treinkilometer en 1 208 miljard reizigerskilometer voor het voorstedelijke vervoer.
- (280) De Deense autoriteiten hebben gepreciseerd dat de tweede begrotingsraming voor tien jaar voor 2005-2014 was gebaseerd op de volgende gegevens en hypothesen:
- een jaarlijkse algemene inflatie van 2,5 %,
 - een stijging van de prijzen van de vervoersbewijzen met 2,5 %, in overeenstemming met de inflatie,
 - een gemiddelde productiviteitsstijging met 2,5 % per jaar,
 - een jaarlijkse rentevoet van 5,15 %,
 - een RoE na belastingen van 6 %,
 - investeringen in rollend materieel ten belope van ongeveer 10 miljard DKK,
 - een stijging met ongeveer 20 % van het afgelegde aantal kilometers,
 - een stijging met ongeveer 20 % van het aantal reizigers,
 - vrijstelling van de loonbelasting voor het personeel van DSB.
- (281) Op basis van deze elementen is de Commissie van mening dat de uitgetrokken begrotingsmiddelen berusten op redelijke gegevens en hypothesen en voldoende gedetailleerd zijn om de parameters te bepalen voor de berekening van de compensaties. Bovendien merkt de Commissie op dat er aanpassingen zijn gedaan om rekening te houden met de herziening van de vergoedingen in 2003 en dat het Deense ministerie van Vervoer al deze parameters heeft uitgelegd in de relevante wetgeving⁽³⁴⁾. Verder wijst de Commissie erop dat de contractuele betalingen vooraf zijn bepaald, aangezien het bedrag wordt genoemd in de contracten, op jaarbasis, voor de hele periode van de contracten.
- (282) Zoals voordien aangegeven is de Commissie van oordeel dat, in het kader van contracten voor openbaarvervoersdiensten die voorzien in een vervoerssysteem dat verscheidene, onderling afhankelijke, lijnen omvat, de lidstaat niet noodzakelijk het compensatiebedrag voor elk van de lijnen afzonderlijk moet bepalen. Het tweede criterium van het Altmark-arrest vereist dat de lidstaat vooraf, op een transparante en objectieve wijze, de parameters vastlegt op basis waarvan het globale bedrag van de betalingen ter compensatie van de verplichtingen die voortkomen uit het contract, wordt bepaald.
- (283) Derhalve kan de Commissie besluiten dat de contractuele betalingen zijn berekend op basis van parameters die vooraf op een objectieve en transparante wijze zijn vastgesteld en dat ook aan het tweede criterium van het Altmark-arrest is voldaan.
- Vierde criterium: aanbesteding of vaststelling van de noodzakelijke compensatie op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die is uitgerust met de vereiste middelen, zou hebben gemaakt**
- (284) Er is geen aanbesteding gehouden voor het contract voor openbaarvervoersdiensten. Derhalve moet worden nagegaan of het bedrag van de compensatie is bepaald op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met middelen is uitgerust dat zij aan deze openbaredienstverplichtingen kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen na te komen.
- (285) Denemarken is van mening dat aan dit criterium is voldaan en heeft opmerkingen ingediend teneinde de twijfels weg te nemen van de Commissie over de methodologie die is gebruikt om het bedrag van de contractuele betalingen en de algemene compensatie van openbaredienststopdrachten te bepalen.
- (286) De Deense autoriteiten hebben immers opgemerkt dat de omvorming van DSB tot een zelfstandig overheidsbedrijf gepaard ging met een grondige economische analyse (rapport-Bernstein) en maatregelen om de efficiëntie en de productiviteit van de onderneming te versterken. Bovendien zijn doelstellingen inzake efficiëntieverbeteringen opgenomen in de tienjarenbegrotingen op basis waarvan de contractuele betalingen waren berekend. De Deense autoriteiten voeren aan dat het nagestreefde RoE van 6 % een redelijke winst vormt. Ze hebben er dus volgens hen voor gekozen het compensatiebedrag te bepalen volgens een benaderingswijze die berust op een algemene waardering van de beschikbare gegevens en een verwachte efficiëntieverbetering, overeenkomstig de beginselen van de markteconomie.

⁽³⁴⁾ Deense wet nr. 112 van 2004.

- (287) Voorts hadden de Deense autoriteiten aanvankelijk gegevens (ratio's) verstrekt om vergelijkingen met andere spoorwegondernemingen mogelijk te maken. In zijn opmerkingen in het kader van de procedure wees Denemarken er echter op hoe moeilijk het is om de financiële resultaten van nationale of Europese spoorwegondernemingen te vergelijken. Deze moeilijkheid is toe te schrijven aan de specifieke eigenschappen van deze ondernemingen en de betrokken markten en een gebrek aan vergelijkbaarheid van de boekhoud- en financiële gegevens, met name in de spoorwegsector.
- (288) Bovendien heeft DKT opgemerkt dat een dochteronderneming van DSB heeft ingeschreven op een aanbesteding en daarbij diensten heeft aangeboden tegen een lagere prijs dan die waartoe DSB zich verbonden heeft in het kader van de contracten voor openbaarvervoersdiensten. De Deense autoriteiten hebben benadrukt dat DSB en haar dochteronderneming DSB First niet kunnen worden vergeleken, dat het gaat om twee verschillende ondernemingen met verschillende kenmerken en kostenstructuren (personeel, materieel, commerciële praktijken).
- (289) De Commissie erkent dat het Deense ministerie van Vervoer maatregelen heeft genomen — financiële studies en herstructureringsmaatregelen — om van DSB een doelmatige, zelfstandige onderneming te maken. Ze wijst ook op de gekwantificeerde doelstellingen inzake RoE en productiviteitsverbetering.
- (290) De Commissie vestigt verder de aandacht op de geringe vergelijkbaarheid van de ondernemingen van de sector, die zowel door Deense autoriteiten als door DKT wordt erkend, waardoor het niet mogelijk is de prestatie-indicatoren van DSB naast die van andere ondernemingen te leggen.
- (291) De Commissie voegt hieraan toe dat de prestaties van de dochteronderneming DSB First die als voorbeeld zijn aangehaald, er lijkt op te wijzen dat DSB op langere termijn nog productiviteitswinsten kan behalen door alle of een deel van de maatregelen toe te passen die DSB First heeft gebruikt om haar kosten te drukken.
- (292) Daaruit volgt dat de Commissie niet in staat is om met zekerheid te stellen dat de compensatie die is toegekend aan DSB, inderdaad is bepaald op basis van een analyse van de werkelijke kosten van een gemiddelde, goed beheerde onderneming die is uitgerust met de vereiste vervoersmiddelen.
- (293) Derhalve besluit de Commissie dat niet voldaan is aan het vierde criterium van het Altmark-arrest.
- (294) Aangezien de criteria die het Hof heeft vastgelegd in het Altmark-arrest cumulatief zijn, is het in dit stadium van de redenering niet nodig het derde criterium te onderzoeken en na te gaan of er overcompensatie is. Bijgevolg is de Commissie van oordeel dat de compensatie DSB een economisch voordeel heeft kunnen opleveren.
- 8.2.4. VERVALSING VAN DE MEDEDINGING EN ONGUNSTIGE BEÏNVLOEDING VAN HET HANDELSVERKEER TUSSEN DE LIDSTATEN
- (295) Het economische voordeel is gegeven aan een vervoersonderneming die actief is in het spoorvervoer in Denemarken en ook in de buurlanden. In Denemarken is de markt van het reizigersvervoer per spoor opengesteld voor mededinging. Bijgevolg kan worden gesteld dat de financiële steun de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.
- (296) Zoals het Hof opmerkt in zijn arrest-Altmark hebben verscheidene lidstaten hun nationale markt reeds opengesteld, waaronder bepaalde buurlanden van Denemarken, zoals Zweden en Duitsland. De historische spoorwegondernemingen van deze landen en ook nieuwkomers hebben activiteiten ontwikkeld in verscheidene lidstaten van de Gemeenschap. Bijgevolg dreigt steun aan een Deense spoorwegonderneming het handelsverkeer tussen de lidstaten die hun reizigersvervoer per spoor reeds hebben opengesteld voor mededinging of waarvan de ondernemingen aanwezig zijn op de opengestelde nationale markten, ongunstig te beïnvloeden.
- (297) Daarenboven dient rekening te worden gehouden met de mededinging tussen de verschillende vervoerswijzen, bijvoorbeeld het reizigersvervoer per bus.
- (298) De steunmaatregelen dreigen bijgevolg het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden.
- (299) De Commissie concludeert dat de compensaties voor de openbaarvervoersdienst staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
- 8.3. VERENIGBAARHEID MET DE INTERNE MARKT
- 8.3.1. RECHTSGROND VOOR DE VERENIGBAARHEID MET HET VWEU
- (300) Artikel 93 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt de voorwaarden voor de verenigbaarheid van de „steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip „openbare dienst” verbonden, verplichte dienstverrichtingen”. Dit artikel vormt een *lex specialis* ten aanzien van artikel 106, lid 2, ⁽³⁵⁾ en artikel 107, leden 2 en 3, VWEU.

⁽³⁵⁾ Overweging 17 van Beschikking 2005/842/EG.

- (301) Volgens het Hof wordt met de Verordeningen (EEG) nr. 1191/69 en. (EEG) nr. 1107/70 van 4 juni 1970 betreffende de steunmaatregelen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren ⁽³⁶⁾ artikel 93 VWEU op uitputtende wijze ten uitvoer gelegd, artikel dat bijgevolg dus niet meer rechtstreeks kan worden toegepast ⁽³⁷⁾.
- (302) In haar besluit tot inleiding van de procedure is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de betrokken compensaties onverenigbaar met de interne markt kunnen worden geacht op basis van Verordening (EEG) nr. 1107/70.
- (303) In hetzelfde besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de contracten tussen de Deense regering en Danske Statsbaner openbaredienstcontracten waren in de zin van artikel 14 van Verordening (EEG) nr. 1191/69 en dat de verenigbaarheid van de betrokken steun moest worden onderzocht op basis van deze verordening.
- (304) De Commissie merkt echter op dat Verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg op 3 december 2009 in werking is getreden en de Verordeningen (EEG) nr. 1191/69 en (EEG) nr. 1107/70 heeft ingetrokken. De Commissie is van mening dat het onderzoek naar de verenigbaarheid voortaan moet worden gebaseerd op Verordening (EG) nr. 1370/2007, aangezien dat de wetgeving is die van toepassing is op het moment waarop de Commissie haar besluit vaststelt.
- (305) Wat dit betreft, merkt de Commissie op dat de Deense autoriteiten geen opmerkingen hebben geformuleerd over deze verandering van rechtsgrond. DSB en DKT hebben daarentegen wel geargumenteerde dat de Commissie haar oordeel moet baseren op de regelgeving die van kracht was op het moment dat de contracten werden gesloten.
- (306) Na onderzoek van de argumenten van DSB en DKT is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de aangedragen argumenten niet afdoen aan haar conclusie ten aanzien van de toepassing *ratione temporis* van de EU-staatssteunregels, en dat zij bijgevolg haar redenering moet baseren op de wet- en regelgeving die van toepassing is op het moment waarop ze haar besluit vaststelt. De Commissie is van oordeel dat de contracten voor openbaarvervoersdiensten moeten worden beoordeeld op basis van Verordening (EG) nr. 1370/2007, en wel hierom.
- (307) Ten eerste merkt de Commissie op dat Verordening (EG) nr. 1370/2007 zelf voorziet in bepalingen met betrekking tot de inwerkingtreding en de toepassing *ratione temporis*. Overeenkomstig artikel 12 is Verordening (EG) nr. 1370/2007 in werking getreden op 3 december 2009. Krachtens artikel 10, lid 1, is Verordening (EEG) nr. 1191/69 op diezelfde datum ingetrokken. De Commissie kan zich dus niet baseren op Verordening (EEG) nr. 1191/69 aangezien die niet meer van kracht is op het moment van het besluit van de Commissie, maar is daarentegen verplicht haar oordeel te baseren op Verordening (EG) nr. 1370/2007.
- (308) Ten tweede stelt de Commissie vast dat Verordening (EG) nr. 1370/2007 geen enkele aanwijzing bevat dat deze verordening mag worden toegepast op contracten voor openbaarvervoersdiensten die voortgaand aan de inwerkingtreding van de verordening zijn gesloten. Artikel 8, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bevat immers overgangsbepalingen voor de contracten die gesloten zijn vóór de inwerkingtreding ervan. Deze bepaling is in feite een afwijking van de toepassing van artikel 8, lid 2, van de verordening en heeft betrekking op de inachtneming van de regels in verband met de gunning van de contracten, als bepaald in artikel 5. Er zij op gewezen dat deze uitzonderlijke overgangsbepalingen met betrekking tot de gunning van de contracten niet nodig zouden zijn geweest indien de contracten voor openbaarvervoersdiensten die werden gesloten vóór de inwerkingtreding van de verordening zouden zijn uitgesloten van het toepassingsgebied. Bijgevolg bevestigt artikel 8 dat de andere bepalingen van de verordening van toepassing zijn op deze contracten.
- (309) Ten derde preciseert de Commissie dat haar mededeling betreffende de vaststelling van regels voor de beoordeling van onrechtmatig verleende staatssteun ⁽³⁸⁾ niet van toepassing is in deze zaak. In deze mededeling is uitdrukkelijk vermeld dat ze geen afbreuk doet aan de interpretatie van de verordeningen van de Europese Raad en de Commissie inzake staatssteun. Verordening (EG) nr. 1370/2007 voorziet nu juist in regels voor de voorlopige toepassing.
- (310) Ten vierde wijst de Commissie erop dat het Hof van Justitie tevens het beginsel heeft bevestigd dat een nieuwe regeling onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een in het kader van de oude regeling ontstane situatie. Het Hof heeft voorts verklaard dat aan het vertrouwensbeginsel niet een dusdanig ruime draagwijdte mag worden gegeven dat een nieuwe regeling nooit van toepassing kan zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan ⁽³⁹⁾.
- (311) Ten vijfde is het Hof van oordeel dat de materiële rechtsregels van de Europese Unie aldus moeten worden uitgelegd dat zij alleen gelden ten aanzien van vóór hun inwerkingtreding verworven rechtsposities voor zover er blijkt hun bewoordingen, doelstelling of opzet zulke gevolgen aan dienen te worden toegekend ⁽⁴⁰⁾. Deze laatste voorwaarde is duidelijk vervuld in het geval van Verordening (EG) nr. 1370/2007, zoals hierboven aange-toond.

⁽³⁶⁾ PB L 130 van 15.6.1970, blz. 1.

⁽³⁷⁾ Arrest-Altmark Trans, reeds aangehaald, de punten 101, 106, 107.

⁽³⁸⁾ PB C 119 van 22.5.2002, blz. 22.

⁽³⁹⁾ Zie het arrest van 11 december 2008, zaak C-334/07 P, *Commissie/Freistaat Sachsen*, Jurispr. 2008, blz. I-9465, punt 43.

⁽⁴⁰⁾ Arrest-Freistaat Sachsen, reeds aangehaald, punt 44.

(312) Ten zesde merkt de Commissie op dat het Hof in hetzelfde arrest heeft verklaard dat, wanneer de regeling die gold toen een lidstaat een voorgenomen steunregeling heeft aangemeld, wordt gewijzigd alvorens de Commissie haar beschikking geeft, de Commissie haar uitspraak op grond van de nieuwe regels moet geven⁽⁴¹⁾. Het Hof heeft ook gepreciseerd dat de aanmelding van een voorgenomen steunmaatregel of steunregeling door een lidstaat geen definitieve rechtssituatie of gewettigde verwachting schept die impliceert dat de Commissie zich over de verenigbaarheid ervan met de interne markt uitsprekt op grond van de regels die gelden op de datum van de aanmelding. Het zou dan ook indruisen tegen deze redenering, om toe te staan dat een lidstaat die de verplichting tot voorafgaande aanmelding niet is nagekomen, een definitieve rechtssituatie kan scheppen door onrechtmatig staatssteun te verlenen.

(313) Ten slotte oordeelt de Commissie dat het arrest-SIDE niet relevant is in deze zaak⁽⁴²⁾. Dit arrest heeft betrekking op de toepassing van een bepaling van primair recht, namelijk artikel 87, lid 3, onder d), VEG. Het Gerecht heeft in dat arrest vastgesteld dat het VEG geen overgangsbepaling bevat voor de toepassing van dit artikel, noch enige aanwijzing dat het bedoeld was om te worden toegepast op situaties die zijn ontstaan vóór de inwerkingtreding ervan⁽⁴³⁾. Deze situatie is dus niet vergelijkbaar met het geval dat wordt onderzocht in deze zaak. Immers, Verordening (EG) nr. 1370/2007 bevat wel overgangsbepalingen, waaruit de Commissie kan afleiden dat de verordening van toepassing is op de contracten voor openbaarvervoersdiensten die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding ervan, met uitzondering van de regels in verband met de daadwerkelijke gunning van de contracten.

(314) Bijgevolg is Verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing op het hier behandelde geval.

8.3.2. VERENIGBAARHEID MET DE INTERNE MARKT OP GROND VAN VERORDENING (EG) Nr. 1370/2007

(315) Artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bepaalt het volgende: „Wanneer een bevoegde instantie besluit aan een bepaalde exploitant een exclusief recht en/of een compensatie, van welke aard ook, toe te kennen voor de naleving van openbare dienstverplichtingen, is zij verplicht een openbare dienstcontract te sluiten.”. De openbare dienstverplichtingen in casu zijn toevertrouwd aan DSB door middel van verscheidene contracten voor openbaarvervoersdiensten, zoals vermeld in overweging 247.

Inhoud van de contracten voor openbaarvervoersdiensten

(316) Artikel 4 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bepaalt de verplichte inhoud van de openbare dienstcontracten. Hierna onderzoekt de Commissie achtereenvolgens de

verschillende elementen die worden beschreven in deze bepaling van de verordening.

(317) Volgens lid 1, onder a), van datzelfde artikel wordt in openbare dienstcontracten „duidelijk omschreven welke openbare dienstverplichtingen door de exploitant van openbare diensten worden nagekomen en in welke gebieden deze verplichtingen van toepassing zijn”. Uit de beoordeling van de Commissie van de betrokken contracten in het licht van het eerste criterium van het Altmark-arrest, zowel in haar besluit tot inleiding van de procedure als hierboven (zie overweging 274), blijkt dat deze voorwaarde in casu is vervuld.

(318) Bij de beoordeling van het tweede criterium van het Altmark-arrest (zie overweging 269) heeft de Commissie besloten dat de contractuele betalingen zijn berekend op basis van parameters die vooraf op een objectieve en transparante wijze zijn bepaald, zodat kan worden geoordeeld dat lid 1, onder b), van artikel 4 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 in casu eveneens is nagekomen. Deze bepaling schrijft voor dat voor openbare dienstcontracten „vooraf op objectieve en transparante wijze [wordt] vastgesteld: i) op basis van welke parameters de eventuele compensaties worden berekend, en ii) wat de aard en omvang van eventuele exclusieve rechten is, zodanig dat overcompensatie wordt voorkomen.”. De vraag of de betrokken contracten overcompensatie inhouden, zal hieronder worden onderworpen aan een gedetailleerde analyse. Verder merkt de Commissie op dat deze openbare dienstcontracten de wijze van verdeling van de kosten met betrekking tot de dienstverlening vastleggen. Wat betreft het bestaan van een redelijke winst verwijst de Commissie naar onderstaande redenering.

(319) De Commissie merkt op dat de betrokken openbare dienstcontracten de wijze van verdeling van de inkomsten uit de verkoop van vervoersbewijzen vastleggen, overeenkomstig artikel 4, lid 2. In deze zaak mag DSB deze inkomsten houden.

(320) Ook de looptijd van de openbare dienstcontracten, 5 en 10 jaar, is in overeenstemming met artikel 4, lid 3, dat de maximumduur van contracten voor diensten voor reizigersvervoer per spoor of met andere vormen van spoorvervoer vastlegt op 15 jaar.

(321) Aangezien de andere bepalingen niet relevant zijn voor dit geval, besluit de Commissie dat de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie en DSB met artikel 4 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 in overeenstemming zijn.

Gunning van contracten voor openbaarvervoersdiensten

(322) Artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bepaalt de regels voor de gunning van contracten voor openbaarvervoersdiensten. Artikel 8 van deze verordening voorziet echter ook in enkele overgangsregels wat dit betreft.

⁽⁴¹⁾ Arrest-Freistaat Sachsen, reeds aangehaald, punt 53.

⁽⁴²⁾ Zie voetnoot 28.

⁽⁴³⁾ Arrest-SIDE, reeds aangehaald, punt 56.

(323) De Commissie merkt op dat alle onderzochte openbare dienstcontracten betrekking hebben op diensten voor reizigersvervoer per spoor en dat ze allemaal rechtstreeks door het Deense ministerie van Vervoer gegund zijn aan DSB. Bovendien zijn deze contracten ondertekend enerzijds voor 26 juli 2000 en anderzijds na 26 juli 2000 en voor 3 december 2009. Ze zijn gesloten voor een duur van respectievelijk 5 en 10 jaar. De Commissie stelt derhalve vast dat de gunning van openbare dienstcontracten in overeenstemming is met de overgangsbepalingen van artikel 8, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

(324) In artikel 8, lid 2, is het volgende bepaald: „Onverminderd lid 3 verloopt de gunning van een openbare dienstcontract voor vervoer per spoor en over de weg volgens artikel 5, en wel vanaf 3 december 2019.”. Op grond daarvan konden de openbare dienstcontracten in kwestie zeker rechtstreeks worden gegund.

(325) Verder is in dit lid het volgende bepaald: „Tijdens deze overgangsperiode nemen de lidstaten maatregelen om geleidelijk te voldoen aan artikel 5, teneinde te vermijden dat zich ernstige structurele problemen voordoen, in het bijzonder wat betreft de vervoerscapaciteit.”. Er zij op gewezen dat artikel 5, lid 6, de bevoegde autoriteiten de mogelijkheid laat om openbare dienstcontracten voor spoorvervoer rechtstreeks te gunnen.

(326) Bijgevolg oordeelt de Commissie dat de betrokken openbare dienstcontracten in overeenstemming zijn met de gunningsregels van artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

Compensaties voor contracten voor openbaarvervoersdiensten

(327) Artikel 6, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bepaalt: „Ongeacht de gunningwijze van een contract voldoet elke compensatie uit hoofde van een algemene regel of een openbare dienstcontracten aan de bepalingen van artikel 4. Ongeacht hun aard voldoen compensaties die worden verleend uit hoofde van een overeenkomstig artikel 5, leden 2, 4, 5 of 6, of uit hoofde van een algemene bepaling onderhands gegund openbare dienstcontract, bovendien aan de bepalingen in de bijlage.”.

(328) Derhalve moet de verenigbaarheid van de compensaties voor de openbare dienst worden beoordeeld op grond van de bepalingen van de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007, aangezien de betrokken contracten rechtstreeks zijn gegund conform artikel 5, lid 6, van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

(329) Deze bijlage bevat de volgende precisering: „Een compensatie mag niet hoger zijn dan het netto financiële effect van de som van de positieve of negatieve effecten van de nakoming van de openbare dienstcontracten op de kosten en ontvangsten van een exploitant van openbare diensten.”. Dat betekent in wezen dat de Commissie moet controleren of de contractuele betalingen niet hebben

geleid tot overcompensatie, rekening houdend met een redelijke winst voor DSB. Daartoe baseert ze zich op de criteria die in de bijlage zijn bepaald.

(330) De Commissie merkt op dat de kosten en opbrengsten in casu zijn berekend overeenkomstig de geldende boekhoudkundige en fiscale regels. Ze herinnert eraan dat het op DSB van toepassing zijnde rechtskader inzake boekhoudnormen en nationale mededingingsregels voorschrijft dat de onderneming een aparte boekhouding voert voor de verschillende activiteiten. De contractuele betalingen aan DSB op grond van de contracten voor openbaarvervoersdiensten worden afzonderlijk geboekt van de activiteiten die worden verricht op commerciële basis. Deze regels dienen om kruissubsidiëring te voorkomen.

(331) Hoewel de contracten voor openbaarvervoersdiensten bepalingen bevatten met betrekking tot de controle en de herziening van de compensatie, merkt de Commissie op dat deze mechanismen geen eventuele overcompensatie kunnen voorkomen en dat de contracten niet voorzien in een mechanisme voor terugbetaling van de compensatie.

(332) De Commissie is immers van mening dat eventuele overcompensatie slechts kan worden voorkomen door een terugbetalingsmechanisme in te voeren. Bijgevolg moeten de openbare dienstcontracten tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB zodanig worden gewijzigd dat ze voldoen aan de hierboven gestelde voorwaarden, meer bepaald door een terugbetalingsmechanisme in te voeren.

(333) In haar besluit tot inleiding van de procedure heeft de Commissie betwijfeld of het compensatiebedrag was beperkt tot hetgeen noodzakelijk is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen te dekken. Deze twijfels berusten op de redenen die zijn uiteengezet in de beoordeling van de inachtneming van het derde criterium van het Altmark-arrest, namelijk:

i) *De winsten van DSB*

ii) *De vertragingen in de levering van het rollend materieel*

iii) *De lijn Kopenhagen-Ystad.*

(334) De Commissie zal deze drie elementen achtereenvolgens onderzoeken om na te gaan of er overcompensatie is geweest in het kader van de uitvoering van de contracten voor openbaarvervoersdiensten en welke maatregelen er nodig zijn om overcompensatie in de toekomst te voorkomen. Daartoe houdt de Commissie rekening met de definitie van redelijke winst in punt 6 van de bijlage, namelijk: „een vergoeding [...] die overeenstemt met de gebruikelijke kapitaalbeloning in de sector in een bepaalde lidstaat, rekening houdend met het risico, of het ontbreken daarvan, voor de exploitant van de openbare dienst ingevolge de tussenkomst van de overheid”.

i) De winsten van DSB

- (335) De Commissie heeft de ontwikkeling van het eigen vermogen en de resultaten van DSB wat betreft de activiteiten van openbare dienst onderzocht voor de looptijd van de betrokken contracten. Dit onderzoek berustte hoofdzakelijk op de gedetailleerde analyse van de financiële situatie van DSB in de periode 1999-2006, die uitgevoerd is door KPMG op 30 januari 2008 in opdracht van de Deense staat. De Deense autoriteiten hebben bovendien aanvullende gegevens met betrekking tot de boekjaren 2007 en 2008 en toelichting verstrekt in het kader van de formele onderzoekprocedure.
- (336) De Commissie neemt met name nota van de informatie die de Deense autoriteiten hebben verstrekt om deze ontwikkeling ten aanzien van de tienjarenbegrotingen te verklaren, meer bepaald met betrekking tot de vaststelling van de oprichtingsbegroting van DSB in 1999, de wijziging van bepaalde boekhoudregels en het belastingpercentage. De ontwikkeling van de afschrijvingskosten, het financiële beheer en de rentevoeten zijn eveneens verklarende factoren. Verder erkent ze dat DSB haar efficiëntie heeft kunnen opdrijven en daardoor haar resultaten en haar financiële situatie heeft kunnen verbeteren.
- (337) De Commissie is echter van mening dat al deze elementen van dien aard waren dat ze het kosten- of opbrengstenniveau van DSB voor de exploitatie van de vervoersdiensten als bepaald in de verschillende contracten voor openbaarvervoersdiensten konden wijzigen. Derhalve had de verbetering van de financiële situatie van DSB moeten leiden tot een lastenverlaging voor de Deense staat met betrekking tot de exploitatie van de genoemde diensten ten aanzien van de tienjarenbegrotingen. Deze vermindering hield dus een algemene verlaging van de compensaties voor de openbare dienst in.
- (338) Bij gebrek aan een gelijkwaardig correctie van de contractuele betalingen, is de Commissie van mening dat deze verschillende factoren erop neerkomen dat DSB compensaties heeft ontvangen die hoger zijn dan de kosten voor het verrichten van een openbaredienstverplichting, vermeerderd met een redelijke winst van 6 %. De Commissie merkt op dat de contractuele betalingen slechts het voorwerp hebben uitgemaakt van een verlaging in de jaren 2002, 2003 en 2004 ten belope van 1 018 miljard DKK.
- (339) De Commissie wijst er echter op dat de Deense autoriteiten, gelet op al deze elementen, niet betwisten dat de rendabiliteit van DSB hoger was dan aanvankelijk gepland in de tienjarenbegrotingen, die aan de basis lagen van de berekening van de compensaties voor de openbare dienst. Deze vaststelling blijkt ook uit de opmerkingen van de belanghebbende partijen, ook al is het moeilijk om de prestaties van de spoorwegondernemingen in Denemarken en Europa te vergelijken, zoals hierboven is aangegeven (zie de overwegingen 290-292).
- (340) De Commissie merkt ook op dat de resultaten van DSB S-tog a/s, een volle dochteronderneming van DSB SV, worden geconsolideerd op het niveau van de moederonderneming en dat de verwachte redelijke winst dezelfde is voor de twee ondernemingen. Bijgevolg onderzoekt de Commissie de winsten op grond van de verschillende contracten voor openbaarvervoersdiensten samen op het niveau van DSB.
- (341) Aldus stelt de Commissie vast dat uit de boekhouding van DSB blijkt dat het resultaat na belastingen van DSB in de periode 1999-2006 2,715 miljard DKK hoger was dan in de begrotingsraming. Uit de gegevens van de Deense autoriteiten blijkt dat DSB een resultaat na belastingen van 670 miljoen DKK boekte in 2007 en van 542 miljoen DKK in 2008, ofwel respectievelijk 227 miljoen DKK en 97 miljoen DKK hoger dan geraamd in de begroting voor deze twee jaren ⁽⁴⁴⁾. De Commissie schat dat over de gehele periode 1999-2008 de winst van DSB 3,039 miljard DKK hoger uitkwam dan geraamd in de aanvankelijke begrotingen.
- (342) De Commissie is van mening dat deze winsten aantonen dat de contractuele betalingen hoger waren dan nodig om de kosten te dekken van de uitvoering van een openbaredienstverplichting, vermeerderd met een redelijke winst.
- (343) De Commissie herinnert er echter aan dat deze winsten volgens de Deense autoriteiten niet hebben geleid tot een kapitaalsvermeerdering voor DSB die hoger was dan aanvankelijk gepland in de begrotingsraming. De Deense autoriteiten voeren immers aan dat een deel van de winsten teruggevloeid zijn naar de Deense staat in de vorm van dividend.
- (344) De Commissie bevestigt dat DSB inderdaad 4,826 miljard DKK dividend heeft uitgekeerd aan de Deense staat tussen 1999 en 2007. Dit bedrag stemt overeen met nagenoeg 3,5 miljard DKK meer dividend voor de periode 1999-2007 dan gepland in de begrotingsramingen. In 2008 heeft DSB ook 359 miljoen DKK overgemaakt aan de Deense staat, ofwel ongeveer 150 miljoen meer dan gepland in de begrotingsramingen ⁽⁴⁵⁾. De Commissie merkt op dat de Deense staat tussen 1999 en 2008 in totaal ongeveer 3,65 miljard DKK extra dividend heeft ontvangen.

⁽⁴⁴⁾ Berekeningen uitgevoerd op basis van het door de Deense autoriteiten aan de Commissie verstrekte rapport van KPMG (tabel 2.4 en geactualiseerde tabellen 2.2, 2.3 en 2.28).

⁽⁴⁵⁾ Dit bedrag is berekend op basis van een resultaat na belastingen dat in de begroting is geraamd op 399 miljoen DKK voor het jaar 2008 en de in overweging 102 van dit besluit vermelde regel dat de helft van de winst na belastingen van DSB wordt uitgekeerd als dividend.

- (345) Anders dan de Deense autoriteiten is de Commissie niet van mening dat het dividendbeleid kan worden gelijkgesteld aan een terugbetalingsclausule die het mogelijk maakt de compensaties voor de uitvoering van een openbaardienstverplichting aan te passen en overcompensatie te voorkomen. De uitkering van dividend beantwoordt niet op een structurele manier aan de eisen die zijn vastgelegd in Verordening (EG) nr. 1370/2007 en met name de bijlage daarbij. Immers, de uitkering van dividend is afhankelijk van de beslissing van de aandeelhouders van de onderneming en heeft niet het vereiste automatische karakter om overcompensatie te voorkomen. Bovendien wordt dividend doorgaans pas later in het jaar uitgekeerd, terwijl de compensatiecorrecties moeten gebeuren aan het einde van het boekjaar.
- (346) In dit specifieke geval erkent de Commissie dat de Deense staat in de periode 1999-2008 bijkomend dividend (in vergelijking met wat aanvankelijk begroot was) heeft geïnd voor een totaal bedrag dat duidelijk hoger is

dan de winsten van DSB. De Commissie merkt op dat het extra dividend dat Denemarken heeft geïnd, ongeveer 20 % hoger is dan de winsten van DSB.

- (347) In het algemeen merkt de Commissie op dat, in boekhoudkundig opzicht, de uitkering van dividend pas plaatsvindt nadat het resultaat al is bepaald en dat dit gewoonlijk geen oplossing is om overcompensatie te voorkomen. De Commissie kan echter niet anders dan vaststellen dat de Deense staat er door de inning van dividend van de onderneming die hij volledig in handen had, in geslaagd is de overtollige winstsituatie van DSB volledig recht te zetten, zodat DSB in werkelijkheid geen overcompensatie heeft genoten. De economische gevolgen van de winst boven de aanvankelijk geplande 6 % zijn immers geneutraliseerd door de uitkering van dividend en DSB heeft deze winst niet kunnen aanwenden om haar eigen vermogen te vergroten of zichzelf te verrijken.

(in miljoen DKK)

Resultaten DSB SV	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Totaal
Reële inkomsten reizigers	3 278	3 550	3 789	3 895	3 888	4 052	4 164	4 264	4 391	4 541	
Contractuele betalingen	3 296	3 460	3 820	3 642	4 147	3 968	4 326	4 342	4 247	4 130	
Reële kosten	(6 728)	(6 869)	(6 304)	(6 362)	(7 362)	(7 182)	(7 647)	(7 792)	(7 940)	(8 326)	
Reëel exploitatieresultaat na belastingen	595	777	846	774	697	664	745	726	767	558	
Uitgekeerde dividenden	135	268	103	610	649	736	895	775	655	364	5 190
Aanvankelijk geplande dividenden	50	51	53	183	188	192	212	205	222	223	1 579
Reële extra dividenden	85	217	50	427	461	544	683	570	433	141	3 611

- (348) De Commissie vestigt er de aandacht op dat deze conclusie betrekking heeft op DSB SV, aangezien de resultaten van DSB S-tog a/s geconsolideerd zijn op het niveau van de moederonderneming en het dividendbeleid ook wordt bepaald op het niveau van deze entiteit.
- (349) De Commissie benadrukt echter dat deze redenering niet volstaat om de afwezigheid van overcompensatie blijvend te garanderen voor de hele looptijd van de contracten voor openbaarvervoersdiensten. De conclusie is gebaseerd op een empirisch en uitvoerig onderzoek van de boekhouding van DSB over de voorbije periode, maar het dividendbeleid is geen structurele oplossing voor de nodige jaarlijkse aanpassingen van de compensaties voor de openbare dienst.
- (350) In dat verband merkt de Commissie op dat de Deense autoriteiten van plan zijn de lopende openbaardienstcontracten te wijzigen teneinde een terugbetalingsmechanisme in te voeren. Het hierboven beschreven terugbetalings-

mechanisme (zie de overwegingen 222-240) moet het mogelijk maken het bedrag van de contractuele betalingen te corrigeren op basis van een boekhoudkundige vergelijking. Een dergelijk mechanisme zou ervoor zorgen dat de eventueel te veel ontvangen bedragen worden teruggegeven aan de staat op basis van de resultaten aan het einde van het boekjaar, zodanig dat de RoE van DSB binnen de door de staat vastgelegde grenzen blijft.

- (351) Het terugbetalingsmechanisme voorziet in een aanpassing van de contractuele betalingen aan het einde van het boekjaar (zie overweging 227). De toepassing van het mechanisme overeenkomstig de volgende vergelijking leidt tot een brutoverlaging van de contractuele betalingen teneinde een redelijke winst van 6 % RoE te handhaven:

$$\text{Totaal inkomsten} - \text{redelijke winst} - \text{totaal uitgaven} = \text{brutoverlaging}$$

(352) De Commissie is van oordeel dat dit terugbetalingsmechanisme voldoet aan de eisen van de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007 en de communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst ⁽⁴⁶⁾. De Commissie merkt op dat een dergelijk systeem vergelijkbaar is met de controles die worden beschreven in deel 3 van deze kaderregeling. Ze merkt ook op dat het basisniveau van de redelijke winst blijft vastgesteld op 6 % RoE, wat naar haar mening een redelijk niveau is voor dit type activiteit, gelet op de winsten van de huidige concurrenten van DSB, als megedeeld door DKT.

(353) De Commissie merkt ook op dat het mechanisme correcties met betrekking tot de efficiëntie en de kwaliteitsverbeteringen omvat. Het geplande mechanisme voorziet immers in een modulering van de brutoverlaging, zodat DSB een deel ervan kan behouden door een verlaging van de kosten per reizigerskilometer en de stijging van het aantal reizigers uitgedrukt in reizigerskilometer (zie overweging 228). Deze correcties worden toegepast op basis van de volgende vergelijking:

$$\text{Terugbetalingsmechanisme} = \text{brutoverlaging} - \text{correcties} \\ (\Delta \text{ kosten} + \Delta \text{ reiz.km}) = \text{nettoverlaging}$$

(354) De Commissie merkt ook op dat de parameters voor de berekening van de nettoverlaging en dus de uitvoering van de correcties vooraf bepaald en gekwantificeerd zijn (zie overweging 229). Het terugbetalingsmechanisme kan op de volgende manier gemoduleerd worden:

— Δ kosten: indien DSB haar kosten (per reizigerskilometer) verlaagt ten opzichte van de gemiddelde kosten in de laatste vier jaren, wordt deze verbetering als volgt berekend: procentueel verschil in kosten per reizigerskilometer in vergelijking met het gemiddelde van de laatste vier jaren vermenigvuldigd met de totale basiskosten; en

— Δ reiz.km: indien het aantal reizigers stijgt, wordt de stijging van het reizigersverkeer, uitgedrukt in

reizigerskilometer, vermenigvuldigd met 0,80 DKK en zal de brutoverlaging ook worden verminderd met dit bedrag ⁽⁴⁷⁾.

(355) De Commissie merkt op dat deze correcties in overeenstemming zijn met punt 7 van de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007, dat als volgt luidt:

„De compensatieregeling dient aan te zetten tot het behoud of de ontwikkeling van: een objectief controlebaar, efficiënt beheer door de exploitant van openbare diensten, en de verlening van personenvervoersdiensten van voldoende kwaliteit.”.

(356) In dit geval vertaalt de geplande correctie, die is gebaseerd op de stijging van het aantal reizigers en de daling van de eenheidskosten, behoorlijk de verbetering van het efficiënt beheer en de kwaliteit van de dienstverlening. De Commissie is echter van mening dat elk van deze correcties slechts kan worden uitgevoerd indien elke parameter ook de verbetering in vergelijking met de resultaten die voordien op deze parameters werden verkregen, reflecteert. Deze beperking is nodig om te voorkomen dat in geval van een grote verbetering van een van deze parameters, er een bonus kan worden verkregen voor de andere parameter, zelfs indien de verbetering van deze tweede parameter lager is dan gepland.

(357) Ten slotte wordt het terugbetalingsmechanisme aangevuld door de vastlegging van een bovengrens die ervoor moet zorgen dat het winstniveau niet hoger is dan de redelijke winst op basis van de volgende vergelijking (zie de overwegingen 233-237):

$$\frac{\text{Redelijke winst (6 \%)} + \text{correcties } (\Delta \text{ kosten} + \Delta \text{ reiz.km})}{\text{Eigen vermogen}} < 12 \%$$

(358) De correcties die worden uitgevoerd om rekening te houden met de efficiëntieverbetering en/of de verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening, maken het mogelijk de redelijke winst te laten variëren tussen 6 % en 12 %, met een jaarlijks plafond van 10 % over drie jaar, op basis van objectieve criteria (zie de overwegingen 235-237).

(359) De Commissie is van mening dat de winst die Denemarken toestaat aan DSB binnen deze marge in het kader van haar openbare dienstactiviteiten redelijk blijft, te meer daar deze beperkt is tot 10 % over drie jaar. De conclusie van de Commissie berust op een reeks indicatoren die zij heeft bepaald op basis van de gegevens waarover zij beschikt om te beoordelen of het winstniveau redelijk is.

⁽⁴⁶⁾ PB C 297 van 29.11.2005, blz. 4. Hoewel deze kaderregeling normaal gezien niet van toepassing is op de vervoerssector, kunnen de hierin opgenomen beginselen, per analogiam, worden gebruikt, zeker om Verordening (EG) nr. 1370/2007 te verduidelijken. Zie wat dit betreft het reeds aangehaalde besluit tot inleiding van de procedure, alsmede Beschikking 2009/325/EG, reeds aangehaald; Beschikking 2009/845/EG, reeds aangehaald; het besluit van de Commissie van 18 juli 2007 betreffende steunmaatregel C 31/07 — Ierland — Staatssteun voor de busondernemingen Dublin Bus en Irish Bus van Córas Iompair Éireann (PB C 217 van 15.9.2007, blz. 44) en het besluit betreffende steunmaatregel — C 47/07 — Contract voor openbare dienstverlening tussen Deutsche Bahn Regio en de deelstaten Berlijn en Brandenburg (PB C 35 van 8.2.2008, blz. 13).

⁽⁴⁷⁾ Zie voetnoot 30.

- (360) Zo is de beoordeling van de Commissie met name gebaseerd op de studie van de situatie van spoorwagondernemingen in Europa ⁽⁴⁸⁾ waarin het economische rendement ⁽⁴⁹⁾ van de spoorwagondernemingen in 2004 wordt vergeleken. Volgens deze analyse stemt de in 2004 vastgestelde RoE van DSB (9 %) overeen met een rendement op activa (ROA) van 3 %. Een RoE van 9 % is het gemiddelde van de marge die is toegestaan aan DSB op grond van het contract. Deze analyse heeft ook aangetoond dat het economisch rendement van sommige spoorwagondernemingen in deze periode laag of zelfs negatief was (PKP, Eurostar, NSB). Volgens deze studie was de economische rendabiliteit van verscheidene ondernemingen daarentegen vergelijkbaar met (NMBS: 2 %, SNCF: 2 %, Trenitalia: 3 %) tot veel hoger dan (Arriva Tog a/s: 21,3 %, Chiltern Railways: 16,1 %, Arriva Trains Wales: 16 %, Great North Eastern Railway: 12,2 %, DB Regio AG: 12 %) het ROA van 3 % van DSB.
- (361) De Commissie baseert zich ook op haar beschikkingspraktijk inzake diensten van algemeen economisch belang ⁽⁵⁰⁾.
- (362) Bovendien houdt het oordeel van de Commissie rekening met het feit dat DSB een deel van het met deze activiteit verbonden risico draagt, aangezien de contractuele betalingen van tevoren zijn vastgelegd en niet kunnen worden verhoogd indien de werkelijke resultaten slechter zijn dan geraamd door bijvoorbeeld afwijkende kosten of lagere inkomsten. De Commissie merkt op dat, aangezien de onderneming is blootgesteld aan het risico van een negatieve rentabiliteit en geen garantie heeft dat de contractueel geplande rendabiliteit van 6 % zal worden bereikt, het aangewezen is de onderneming te stimuleren om haar efficiëntie te verhogen en haar tegelijkertijd een deel van de aldus gecreëerde winst te laten behouden ook al wordt het contractueel bepaalde niveau overschreden, en dit binnen de grenzen van de hierboven aangegeven marge.
- (363) Tot slot wijst de Commissie erop dat uit een empirische studie van de Deense autoriteiten blijkt dat de toepassing van dit terugbetalingsmechanisme in het verleden voor de periode 2004-2008 een RoE van DSB tussen 8,8 % en 11,9 % zou hebben opgeleverd en zou hebben geleid tot de terugbetaling van 38 miljoen DKK voor het jaar 2006, rekening houdend met de regel van 10 % in drie jaar (zie de overwegingen 238-240).
- (364) Bijgevolg concludeert de Commissie dat de winst van DSB aantoonbaar dat de contractuele betalingen hoger waren dan nodig om de kosten van de nakoming van de verplichtingen op grond van alle openbaardienstverplichtin-

gen en een redelijke winst te dekken. Wat de feiten betreft, is de Commissie van oordeel dat door de uitkering van extra dividend ten belope van een bedrag dat veel hoger was dan die winst, overcompensatie van DSB kon worden voorkomen. Indien de Commissie besluit dat er in deze zaak geen overcompensatie is, doet ze dit op voorwaarde dat het terugbetalingsmechanisme zoals beschreven in dit besluit en uiteengezet in overweging 356 wordt ten uitvoer gelegd.

ii) Vertragingen in de levering van het rollend materieel

- (365) De Commissie merkt op dat niet wordt betwist dat de levering van het rollend materieel op grond van de contracten voor openbaarvervoersdiensten door de fabrikant AnsaldoBreda aanzienlijke vertragingen heeft opgelopen. Om haar verplichtingen na te komen heeft DSB een beroep gedaan op huurmaterieel, waarvoor aanvullende contracten zijn gesloten met het Deense ministerie van Vervoer.
- (366) De Commissie herinnert eraan dat krachtens de openbaardienstcontracten tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB de kosten van de afschrijving van de treinen en de rente gedragen moesten worden door DSB en dat deze kosten gedekt werden door de contractuele betalingen.
- (367) De Commissie merkt evenwel op dat de financiële gevolgen van de vertragingen en de invloed op de contractuele betalingen niet waren geregeld in het contract voor openbaarvervoersdiensten voor 2000-2004. In het contract voor 2005-2014 was wel een dergelijke regeling opgenomen.
- (368) Bijgevolg is de Commissie van mening dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen drie aspecten.
- (369) Ten eerste merkt de Commissie op dat er in het kader van het contract voor openbaarvervoersdiensten voor 2000-2004 niet helemaal rekening is gehouden met de gevolgen van de vertragingen bij de berekening van de contractuele betalingen. De Deense autoriteiten hebben toegegeven dat dit heeft geresulteerd in een positief effect van 154 miljoen DKK. Van deze som is 50 miljoen DKK terugbetaald aan de staat in de vorm van een vrijwillige verlaging van de contractuele betalingen. Bijgevolg oordeelt de Commissie dat DSB ten belope van 104 miljoen DKK contractuele betalingen heeft ontvangen voor niet-gedane uitgaven.
- (370) De Commissie is van mening dat niet kan worden geargumenteerd dat deze som (gedeeltelijk) het economische nadeel compenseert dat DSB heeft geleden door de vertragingen. Immers, het nadeel dat DSB heeft geleden is terug te voeren op de uitvoering van het leveringscontract tussen DSB en zijn leverancier en kan het voorwerp uitmaken van procedures voor geschillenbeslechting (bemiddeling, arbitrage of via de rechter). De Commissie merkt op dat deze kwestie nog niet definitief is geregeld, ook al zijn er voorlopige vergoedingen betaald.

⁽⁴⁸⁾ „Analysis of the financial situation of railway undertakings in the European Union”, uitgevoerd door ECORYS, in opdracht van de Commissie, februari 2006, beschikbaar onder: http://ec.europa.eu/transport/rail/studies/doc/2006_financial_situation_railway_undertakings.zip.

⁽⁴⁹⁾ De Commissie maakt haar vergelijkingen op basis van het economische rendement (return on assets — ROA) en voorkomt zo problemen met de vergelijkbaarheid doordat de verhouding tussen schuld en eigen vermogen sterk verschilt van de ene spoorwagonderneming tot de andere.

⁽⁵⁰⁾ Besluit van de Commissie van 28 november 2007 betreffende steunmaatregel N 388/2007 — Verenigd Koninkrijk — Post Office Ltd: Transformation Programme (PB C 14 van 19.1.2008, blz. 19), met name punt 53.

- (371) Ten tweede merkt de Commissie op dat er in het kader van het contract voor openbaarvervoersdiensten voor 2005-2014 daarentegen wel rekening is gehouden met de gevolgen van de vertragingen bij de berekening van de contractuele betalingen. De Deense autoriteiten hebben aangetoond hoe het mechanisme van aanpassing van de contractuele betalingen aan de vertragingen in de levering functioneerde afhankelijk van het betrokken type materieel. De Commissie merkt op dat de contractuele betalingen zijn verlaagd met 645 miljoen DKK in de eerste twee jaren van het contract. Ze is derhalve van mening dat de vertragingen in de levering van het rollend materieel niet hebben geleid tot overcompensatie in het kader van dit contract voor openbaarvervoersdiensten.
- (372) Ten derde stelt de Commissie vast dat het gehuurde vervangend rollend materieel het voorwerp was van aanvullende contracten tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB. Ze merkt op dat DSB op grond van de contracten voor openbaarvervoersdiensten niet verplicht was vervangend materieel in te schakelen. De Commissie merkt op dat deze aanvullende contracten betrekking hadden op een nieuwe situatie waarmee geen rekening was gehouden in de contracten, namelijk de gevolgen van de vertraging in de levering van de nieuwe treinen. Ze is eveneens van mening dat de aan DSB betaalde compensaties overeenstemden met nieuwe opdrachten van de spoorwegonderneming en derhalve niet konden leiden tot een overcompensatie in het kader van de contracten voor openbaarvervoersdiensten.
- (373) De Commissie preciseert in dat verband dat, indien procedures voor geschillenbeslechting (bemiddeling, arbitrage of via de rechter) tussen DSB en AnsaldoBreda met betrekking tot de vertragingen in de levering zouden leiden tot de erkenning van een zeker nadeel voor DSB en indien bepaald wordt dat dit nadeel de huur van vervangend rollend materieel omvat en dat AnsaldoBreda daarvoor vergoedingen verschuldigd is, deze vergoedingen toekomen aan de Deense staat, aangezien deze de kosten daarvan gedragen heeft bij wege van de aanvullende contracten. De Commissie acht het noodzakelijk dat een dergelijke voorwaarde wordt opgelegd aan de Deense staat.
- (374) In het licht van het voorgaande concludeert de Commissie dat DSB een overcompensatie van 104 miljoen DKK heeft ontvangen wegens de vertragingen in de levering van het in de contracten voor openbaarvervoersdiensten opgenomen rollend materieel. De Commissie is echter van mening dat de gevolgen van deze overcompensatie werden voorkomen door de dividenduitkeringen, zoals hierboven beschreven. Immers, het extra dividend dat is ontvangen door de Deense staat is in totaal hoger dan de winst vermeerderd met de vergoedingen voor de vertragingen in de levering van het rollend materieel. De Commissie stelt derhalve vast dat DSB in feite geen overcompensatie heeft ontvangen.
- iii) **Het specifieke geval van de lijn Kopenhagen-Ystad**
- (375) In haar besluit tot inleiding van de procedure twijfelde de Commissie eraan of DSB een voordeel heeft verkregen voor de exploitatie van deze specifieke lijn. Wat dat betreft heeft de Commissie twee aspecten onderzocht.
- (376) In de eerste plaats is de Commissie nagegaan of DSB voor de periode 2000-2004 geen financiële steun heeft gekregen in de vorm van subsidies uit het contract voor openbaarvervoersdiensten terwijl de lijn werd geëxploiteerd zonder het voorwerp uit te maken van een openbaredienstverplichting.
- (377) De Commissie wijst erop dat de Deense autoriteiten hebben uitgelegd hoe de exploitatie van de lijn Kopenhagen-Ystad gelopen is sinds 2000. Ze hebben met name uitgelegd dat de lijn pas in 2002 opgenomen is in het „vervoer als openbare dienst” door middel van een specifiek contract, toen bleek dat de lijn niet rendabel kon zijn. Ze hebben ook vermeld dat dit specifieke contract niet voorzag in een aanvullende compensatie van de Deense staat voor DSB voor de exploitatie van deze lijn tussen 2002 en 2004. De Deense autoriteiten hebben ook aangetoond dat de spoorlijn tussen Kopenhagen en Ystad geen openbare steun heeft gekregen voor 2005.
- (378) De Commissie merkt op dat de opname van deze lijn in het „vervoer als openbare dienst” tussen 2002 en 2004 zonder extra compensatie ten opzichte van de compensaties in het kader van het contract voor openbaarvervoersdiensten met DSB voor de periode 2002-2004, geen overcompensatie tot gevolg kan hebben. Immers, de opname van de lijn in het vervoer als openbare dienst, heeft de verplichtingen voor DSB verruimd, zonder dat de contractuele betalingen werden verhoogd. Verder werden de inkomsten van deze lijn gevoegd bij alle inkomsten van DSB uit haar activiteiten van openbare dienst. De Commissie neemt er kennis van dat de lijn verliesgevend was in 2002 en dat het net om deze reden is dat ze werd opgenomen in het stelsel van „vervoer als openbare dienst”. Deze opname kan derhalve niet leiden tot overcompensatie.
- (379) Hoe dan ook, indien de lijn winstgevend was geweest, zou de Commissie oordelen dat de inkomsten van deze lijn gevoegd werden bij alle inkomsten van DSB uit haar openbaredienstactiviteit. Een eventuele overcompensatie zou dan beoordeeld zijn in het kader van het algemeen onderzoek naar overcompensatie van DSB op grond van de winsten uit de uitvoering van het contract voor openbaarvervoersdiensten voor de periode 2000-2004. De Commissie verwijst dan ook naar haar redenering in de overwegingen 324-353 van dit besluit.
- (380) In de tweede plaats heeft de Commissie de kosten onderzocht van DSB op het hele traject Kopenhagen-Bornholm en, met name, de opname van de aansluiting met de veerboot tussen Ystad en Rønne⁽⁵¹⁾ in de combitickets voor haar reizigers.
- (381) De Commissie herinnert eraan dat bootverbinding tussen deze twee havens wordt geëxploiteerd door Bornholmtrafikken A/S, een overheidsbedrijf, op grond van een contract met de Deense staat dat is gegund na een aanbesteding. De Deense autoriteiten hebben gepreciseerd wat de verplichtingen zijn van Bornholmtrafikken A/S op grond van dit contract, meer bepaald wat betreft de coördinatie van de dienstregelingen van de bus- en treinondernemingen. Ze hebben ook gepreciseerd dat er, buiten de minimumtarieven, geen enkele verplichting was vastgelegd op het gebied van tariefbeleid.

⁽⁵¹⁾ Aankomsthaven van de veerboot in Bornholm.

- (382) Op basis van de gegevens die zijn verstrekt door de Deense autoriteiten stelt de Commissie vast dat de tarieven die Bornholmtrafikken A/S hanteert dezelfde zijn voor DSB als voor Gråhundbus. Het enige tarief dat alleen voor DSB geldt, is het speciale tarief voor DSB Orange, dat de overtocht van de Grote Belt omvat. Dit tarief beantwoordt aan specifieke commerciële doelstellingen van Bornholmtrafikken A/S omdat er met DSB Orange reizigers van Jutland naar Bornholm kunnen worden aangetrokken. Er zijn specifieke voorwaarden verbonden aan de toekenning van dit tarief (slechts bepaalde treinen, online reservering, beperkt aantal vervoersbewijzen enz.) en het tarief heeft betrekking op andere diensten dan die welke worden aangeboden door de ondernemingen die een busdienst exploiteren op deze lijn. De Commissie merkt op dat slechts een zeer beperkt aantal reizigers gebruikt heeft gemaakt van deze aanbieding en dat het speciale tarief niet meer geldt sinds 2009.
- (383) Derhalve is de Commissie van oordeel dat de tarieven die Bornholmtrafikken A/S hanteert voor dit traject met de veerboot, DSB niet hebben bevoordeeld ten opzichte van haar concurrenten die een busverbinding aanbieden en eveneens combitickets aanbieden. De Commissie is dus van oordeel dat de tarieven voor de veerbootverbindingen niet hebben geleid tot overcompensatie van DSB.
- (384) Over het algemeen is de Commissie van oordeel dat de compensaties voor de betrokken openbare dienst zijn berekend overeenkomstig de regels die zijn vastgesteld in de bijlage bij Verordening (EG) nr. 1370/2007.
- (385) Bijgevolg besluit de Commissie dat de staatssteun die is vervat in de contractuele betalingen in het kader van de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 14 van Verordening (EG) nr. 1370/2007, waarmee artikel 93 VWEU ten uitvoer wordt gelegd.
- 8.3.3. GEVOLGEN VAN BEPAALDE FISCALE MAATREGELEN VOOR DE VERENIGBAARHEID VAN DE COMPENSATIES VOOR DE OPENBARE DIENST
- (386) In haar besluit tot inleiding van de procedure heeft de Commissie vastgesteld dat de Deense particuliere ondernemingen die actief zijn in sectoren die zijn vrijgesteld van btw, zoals de sector openbaar vervoer, vallen onder een bijzonder stelsel van de loonbelasting („lønsumsafgift”). Ze heeft echter opgemerkt dat overheidsbedrijven als DSB vrijgesteld waren van deze belasting.
- (387) Hoewel DKT, de tweede klager, heeft aangevoerd dat deze vrijstelling van loonbelasting DSB een concurrentievoordeel kon opleveren, heeft de Commissie deze kwestie van de loonbelasting niet onderzocht omdat deze het voorwerp uitmaakt van een algemeen onderzoek van de Commissie in het kader van een andere procedure⁽⁵²⁾. De klager had zelf een parlementaire vraag gesteld en het antwoord van mevrouw Kroes voor de Commissie aangehaald⁽⁵³⁾.
- (388) Bij brief van 9 juni 2009 heeft de Commissie DKT ervan op de hoogte gesteld dat de Commissie na onderzoek van de betrokken maatregelen heeft besloten de hierboven genoemde procedure te sluiten. De Commissie heeft vermeld dat er besprekingen en gegevensuitwisselingen hebben plaatsgevonden tussen de Commissie en de Deense autoriteiten, om de potentiële problemen en de ambiguïteiten ingevolge deze vrijstelling te verduidelijken in het licht van de staatssteunregels. De Deense autoriteiten hebben ermee ingestemd hun wetgeving te wijzigen.
- (389) De Commissie wijst erop dat Denemarken met wet nr. 526, die is goedgekeurd op 25 juni 2008, iedere mogelijke distorsie tussen overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de loonbelasting, heeft uitgesloten. Ze wijst er ook op dat deze wet in werking is getreden op 1 januari 2009 en dat DSB sindsdien onderworpen is aan de loonbelasting.
- (390) Voor de doeleinden van dit onderzoek wijst de Commissie erop dat de vrijstelling van DSB van deze belasting deel uitmaakte van de parameters voor de bepaling van de hoogte van de contractuele betalingen van DSB in het kader van de contracten voor openbaarvervoersdiensten, zoals aangegeven in overweging 88 van dit besluit. De Commissie merkt op dat de vrijstelling van de belasting een vermindering betekende van de operationele kosten van DSB voor de exploitatie van de vervoersdiensten waarop de contracten voor openbaarvervoersdiensten betrekking hadden. Na de opheffing van deze vrijstelling had de Deense staat het bedrag van de contractuele betalingen derhalve moeten verhogen.
- (391) Bijgevolg is de Commissie van oordeel dat, indien de vrijstelling van DSB van de loonbelasting staatssteun zou vormen, deze zou moeten worden gelijkgesteld met „aanvullende contractuele betalingen” ter hoogte van een bedrag dat overeenstemt met de vrijgestelde fiscale lasten. In deze hypothese stelt de Commissie vast dat deze „aanvullende contractuele betalingen” niet zouden hebben geleid tot overcompensatie van DSB.
- (392) De Commissie merkt bovendien op dat DSB vanaf 1 januari 2009 onderworpen is aan de loonbelasting. Als gevolg daarvan stijgen de fiscale lasten van DSB, wat van invloed is op de operationele kosten voor de exploitatie van de vervoersdiensten waarop de contracten voor openbaarvervoersdiensten betrekking hebben. De Deense autoriteiten hebben aangegeven dat de meerkosten voor DSB zullen worden gecompenseerd door rekening te houden met deze verandering in de parameters voor de berekening van de contractuele betalingen.
- (393) In dat opzicht is de Commissie van mening dat de compensatie van de extra fiscale kosten als gevolg van de opheffing van de fiscale vrijstelling van DSB past in de algemene economie van de compensatieregeling van de contracten voor openbaarvervoersdiensten. De Commissie heeft onderzocht of deze compensatie strikt overeenstemde met de extra fiscale lasten die DSB uitsluitend op grond van haar activiteiten van openbare dienst moet dragen.

⁽⁵²⁾ Er is een klacht ingediend bij de Commissie. Dit dossier heeft het referentienummer CP 78/2006.

⁽⁵³⁾ Brief van mevrouw Kroes aan mevrouw Riis-Jørgensen van 19 januari 2009, D(09)6.

- (394) Bijgevolg besluit de Commissie dat de compensatie door de Deense staat van de loonbelasting die DSB voortaan verschuldigd is, geen overcompensatie inhoudt, en derhalve verenigbaar moet worden geacht met de interne markt op grond van Verordening (EG) nr. 1370/2007.

9. CONCLUSIE

- (395) De Commissie is van oordeel dat de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en DSB staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
- (396) De Commissie besluit echter dat deze staatssteun verenigbaar is met de interne markt op grond van Verordening (EG) nr. 1370/2007, op voorwaarde dat Denemarken in de lopende contracten voor openbaarvervoersdiensten het terugbetalingsmechanisme invoert dat wordt beschreven in de overwegingen 222 tot en met 240 en 356 van dit besluit. Wanneer aan deze voorwaarde wordt voldaan, is de betrokken staatssteun verenigbaar tot de einddatum van de lopende contracten voor openbaarvervoersdiensten.
- (397) De beoordeling van de verenigbaarheid van de staatssteun waarop dit besluit betrekking heeft, is gebeurd op grond van Verordening (EG) nr. 1370/2007, die van toepassing is op het moment dat de Commissie het besluit vaststelt.
- (398) De Commissie wijst erop dat de beoordelingsregels van Verordening (EG) nr. 1370/2007 in wezen dezelfde zijn als die van Verordening (EEG) nr. 1191/69, zoals uiteengezet en geïnterpreteerd door de Commissie in haar besluit tot inleiding van de procedure. Ze komt dan ook tot de vaststelling dat de toepassing van Verordening (EEG) nr. 1191/69 in casu niet tot een andere conclusie zou hebben geleid.
- (399) De betrokken staatssteun is verenigbaar tot de einddatum van de lopende contracten voor openbaarvervoersdiensten. Het gaat om de contracten die zijn gesloten in 2004, dit wil zeggen tussen 26 juli 2000 en 3 december 2009, die niet via een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure zijn gegund en die een looptijd hebben van 10 jaar. De steun valt dus onder de toepassing van artikel 8, lid 3, onder d), en artikel 8, lid 3, laatste en voorlaatste alinea, van Verordening (EG) nr. 1370/2007. De Commissie herinnert er echter aan dat overeenkomstig artikel 8, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1370/2007, de lidstaten maatregelen nemen om zich geleidelijk aan te passen aan de gunningsregels voor de genoemde contracten als voorgeschreven in artikel 5, vóór 3 december 2019,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De tussen het Deense ministerie van Vervoer en Danske Statsbaner gesloten contracten voor openbaarvervoersdiensten vormen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

Deze staatssteun is verenigbaar met de interne markt uit hoofde van artikel 93 VWEU, mits de in de artikelen 2 en 3 van het onderhavige besluit bepaalde voorwaarden in acht wordt genomen

Artikel 2

Denemarken voert in alle lopende contracten voor openbaarvervoersdiensten van Danske Statsbaner het terugbetalingsmechanisme in dat wordt beschreven in de overwegingen 222 tot en met 240 en 356 van dit besluit. De belangrijkste kenmerken hiervan zijn:

- Jaarlijkse aanpassing van de contractuele betalingen op het einde van het boekjaar door een brutoverlaging die wordt berekend op basis van de volgende vergelijking:

$$\text{Totaal inkomsten} - \text{redelijke winst} - \text{totaal uitgaven} = \text{brutoverlaging}$$

- Modulering van de brutoverlaging om rekening te houden met de efficiëntieverbetering en de verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening volgens de onderstaande vergelijking en parameters:

$$\text{Terugbetalingsmechanisme} = \text{brutoverlaging} - \text{correcties } (\Delta \text{ kosten} + \Delta \text{ reizigerskilometer}) = \text{nettoverlaging}$$

- Δ kosten: kostenverlaging (per reizigerskilometer) ten opzichte van gemiddelde kosten van de laatste vier jaren volgens de berekening: procentueel verschil in kosten per reizigerskilometer in vergelijking met het gemiddelde van de laatste vier jaren vermenigvuldigd met de totale basiskosten; en
- Δ reizigerskilometer: stijging van het reizigersverkeer uitgedrukt in reizigerskilometer (0,80 DKK per reizigerskilometer);
- het totaal van de verlagingen wegens prestatieverbeteringen mag niet hoger zijn dan de brutoverlaging van een gegeven jaar. De netto verlaging zal zich derhalve situeren tussen nul en de bruto verlaging.

- Invoering van een bovengrens voor het terugbetalingsmechanisme, om te garanderen dat de winst op een redelijk niveau blijft, op grond van de volgende formule en kenmerken:

$$\frac{\text{Redelijke winst (6 \%)} + \text{correcties } (\Delta \text{ kosten} + \Delta \text{ reizigerskilometer})}{\text{Eigen vermogen}} < 12 \%$$

- de berekening houdt geen rekening met het aandeel van het eigen vermogen dat overeenstemt met de openbare-dienstactiviteit van DSB;
- de bovengrens van de redelijke winst is bepaald op een Return on Equity van 12 %, teruggebracht tot 10 % over drie jaar.

Artikel 3

De vergoedingen die de onderneming AnsaldoBreda eventueel verschuldigd is aan DSB op grond van de vertragingen in de

levering van het rollend materieel, moeten aan de Deense staat worden teruggestort.

Artikel 4

Denemarken deelt de Commissie binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit mee welke maatregelen het heeft genomen om aan de artikelen 2 en 3 van dit besluit te voldoen.

Artikel 5

Dit besluit is gericht tot het Koninkrijk Denemarken.

Gedaan te Brussel, 24 februari 2010.

Voor de Commissie

Joaquín ALMUNIA

Vicevoorzitter

BESLUIT VAN DE COMMISSIE**van 6 juli 2010****betreffende steunmaatregel C 34/08 (ex N 170/08) die Duitsland voornemens is ten uitvoer te leggen ten behoeve van Deutsche Solar AG***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2010) 4489)***(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

(2011/4/EU)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea,

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

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

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

- (1) Bij elektronische kennisgeving van 28 maart 2008 (op dezelfde dag door de Commissie geregistreerd) heeft Duitsland overeenkomstig zijn individuele aanmeldingsplicht op grond van de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen 2007-2013 ⁽²⁾, (hierna „richtsnoeren regionale steun” genoemd) de Commissie zijn voornemen bekendgemaakt Deutsche Solar AG regionale steun te verlenen voor de oprichting van een fabriek voor de productie van zonnepanelen in Freiberg (Saksen, Duitsland).
- (2) Op 27 februari 2008 en 25 juni 2008 hebben bijeenkomsten plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van de Commissie en van Duitsland. Bij brief van 28 mei 2008 verzocht de Commissie om aanvullende informatie en op 10 juni 2008 verzocht zij een verzoek om inlichtingen. Duitsland verschaftte bij schrijven van 16 juni 2008 aanvullende informatie.
- (3) Bij brief van 16 juli 2008 (C(2008) 3507 definitief) heeft de Commissie Duitsland in kennis gesteld van haar besluit om een procedure op grond van artikel 108, lid 2, van het VWEU in te leiden.

- (4) Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure is op 26 augustus 2008 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* ⁽³⁾ bekendgemaakt. De Commissie heeft belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen over de betrokken steunmaatregel te maken.

- (5) Bij brieven van 7 augustus 2008 (A/16575) en 26 september 2008 (A/19789), verzocht Duitsland om een extra termijn om zijn opmerkingen te maken. De Commissie ontving de opmerkingen van Duitsland op 31 oktober 2008 (A/22972) en op 2 december 2008 (A/25961). De Commissie ontving geen opmerkingen van derden.

- (6) Bij brieven van 7 april 2009 (A/8226), 29 mei 2009 (A/13120), 4 december 2009 (A/25461), 17 december 2009 (A/26433), 12 januari 2010 (A/550), 26 april 2010 (A/7045), 14 mei 2010 (A/8206) en 10 juni 2010 (A/9628) zond Duitsland de Commissie aanvullende informatie.

- (7) Op 12 oktober 2009 heeft in Berlijn een bijeenkomst tussen vertegenwoordigers van de Commissie en van Duitsland en de investeerder plaatsgevonden.

2. GEDETAILEERDE BESCHRIJVING VAN DE STEUN**2.1. Doelstelling van de maatregel**

- (8) De voorgenoemde steun is bedoeld om de regionale ontwikkeling te bevorderen. De investering zal in Oost-Duitsland, in Freiberg in de deelstaat Saksen, een steungebied in de zin van artikel 107, lid 3, onder a), van het VWEU, plaats moeten vinden.
- (9) Duitsland is voornemens Deutsche Solar AG (hierna „DS” genoemd) regionale investeringssteun te verlenen voor de oprichting van een fabriek voor zonnepanelen. De voor steun in aanmerking komende totale kosten van de aangemelde investering bedragen (nominaal) 350 miljoen EUR.

⁽¹⁾ PB C 217 van 26.8.2008, blz. 19.

⁽²⁾ PB C 54 van 4.3.2006, blz. 13.

⁽³⁾ Zie voetnoot 1. Een rectificatie van het besluit werd op 28 april 2009 vastgesteld (bekendgemaakt in PB C 203 van 28.8.2009, blz. 11).

2.2. De begunstigde onderneming

- (10) De begunstigde van de financiële steun is de onderneming DS, die kristallijne zonnepanelen op basis van silicium produceert. DS is een volledige dochteronderneming van Solar World AG (hierna „SW” genoemd). De SW-groep is met fabrieken in Duitsland, de VS en Zuid-Korea wereldwijd actief in de zonnestroomindustrie voor zonnestroom en vertegenwoordigt alle schakels in de solaire waardeketen, van de grondstof silicium tot en met de kant-en-klare zonnestroominstallaties. De SW-groep vervaardigt zonnepanelen, zonnecellen en zonnemodules, maar geen zonnepaneleninstallaties⁽⁴⁾. In 2009 had de SW-groep 2 000 medewerkers en bedroegen de geconsolideerde inkomsten meer dan 1 miljard EUR.
- (11) Naast de geplande fabriek in Freiberg-Ost, die het voorwerp van het aangemelde investeringsproject vormt, beschikt DS reeds over twee andere fabrieken in Freiberg (een op het industrieterrein Freiberg-Süd en een op het industrieterrein Freiberg-Saxonia). De drie fabrieken liggen elk ongeveer 5 tot 6 km van elkaar verwijderd. In 2007 bedroeg de omzet van DS 318 miljoen EUR. In 2008 had DS 770 medewerkers in dienst. Andere volle dochterondernemingen van de SW-groep in Freiberg zijn Deutsche Cell GmbH (productie van zonnecellen), Solar Factory GmbH (productie van zonnemodules), Sunicon AG (recycling van silicium), SolarWorld Innovations GmbH (R&D) en SolarWorld Solicium GmbH (productie van silicium). Bovendien heeft SW 49 % in handen van de in Freiberg gevestigde onderneming JSSi GmbH (productie van silicium), een joint venture met Evonik Degussa GmbH.

2.3. Het project

2.3.1. Aangemeld project (Freiberg-Ost)

- (12) Duitsland heeft steun aangemeld voor een groot investeringsproject van DS voor de oprichting van nieuwe fabriek voor de productie van multi-kristallijne zonnepanelen in Freiberg-Ost. De nieuwe fabriek moet een nominale jaarcapaciteit van 500 megawattpiek (MWp)⁽⁵⁾ krijgen.
- (13) Het project is op 18 december 2007 gestart. Het investeringsproject moet in 2010 worden afgesloten en de volledige productiecapaciteit moet eind 2010 zijn bereikt.

⁽⁴⁾ De SW-groep houdt zich noch met de productie noch met de verkoop van zonnepanelen bezig. Zij neemt echter voor 29 % deel in Solarparc AG, waarvan de hoofdactiviteit bestaat in het vervaardigen en inrichten van zonnepaneleninstallaties. Aangezien dit slechts een minderheidsdeelneming is, werd Solarparc AG bij het marktonderzoek inzake de onderhavige steunmaatregel niet in aanmerking genomen.

⁽⁵⁾ 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 wattpiek de gebruikelijke vergelijkingsmaat voor de technische capaciteit van zonnemodules en vormt dit de aanduiding voor het nominale vermogen van de module onder standaardtestomstandigheden.

- (14) Volgens opgave van DS levert het project in de door een hoge werkloosheid gekenmerkte regio ten minste 130 directe en even zoveel indirecte arbeidsplaatsen op.

2.3.2. Eerdere projecten (Freiberg-Süd)

- (15) Ten tijde van de aanmelding deelde Duitsland de Commissie mee dat tevens steun was voorgenomen voor een andere investering van DS (project P3 in Freiberg-Süd), dat vrijwel tegelijk met het aangemelde project (op 1 september 2007) diende te starten en dat de uitbreiding van een bestaande fabriek voor zonnepanelen van 350 MWp tot 500 MWp betrof. De voor steun in aanmerking komende kosten van het project bedragen (nominale) 49 miljoen EUR. Duitsland was voornemens voor deze investering regionale steun te verlenen ter hoogte van maximaal 14 miljoen EUR. De steun voor dit project werd echter ingetrokken en Duitsland stelde de Commissie er na de inleiding van de formele onderzoeksprocedure van op de hoogte dat voor dit project geen steun was verleend en ook niet in de toekomst zou worden verleend.
- (16) Na inleiding van de formele onderzoeksprocedure stelde Duitsland de Commissie in kennis van steun die vóór het genoemde project P3 was verleend voor een DS-investeringsproject dat op 1 juni 2006, eveneens binnen een termijn van drie jaar, vanaf het begin van het aangemelde investeringsproject in Freiberg-Ost, was gestart. Dit project, project P2, betreft een vroegere uitbreiding van de bestaande fabriek voor zonnepanelen (van 270 naar 350 MWp). De steun bedroeg maximaal 16 905 000 EUR op basis van voor steun in aanmerking komende kosten van maximaal 49 995 991 EUR. De steun werd in 2006 op basis van bestaande steunregelingen verleend⁽⁶⁾.

2.4. Rechtsgrond

- (17) De steun voor het aangemelde project Freiberg-Ost dient in het kader van bestaande steunregelingen te worden verleend en wel in de vorm van een rechtstreekse subsidie en een investeringspremie.
- (18) De rechtstreekse subsidie berust op het 36e kaderplan van het gemeenschappelijke actieprogramma Verbetering van de regionale economische structuren („Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe -Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur”⁽⁷⁾), hierna „GA” genoemd).

⁽⁶⁾ Besluit van de Commissie van 1 oktober 2003 betreffende steunmaatregel N 642/02 — Verlenging van de steunmaatregel gemeenschappelijke taak „Verbetering van de regionale economische structuur” (PB C 284 van 27.11.2003, blz. 5) en besluit van de Commissie van 19 januari 2005 betreffende steunmaatregel N 142a/04 — Wet investeringspremies 2005 — standaardregels (PB C 235 van 23.9.2005, blz. 4) alsook de vrijgestelde steunregeling XR 6/2007 — Wet investeringspremies 2007 (PB C 41 van 24.2.2007, blz. 9).

⁽⁷⁾ In overeenstemming met artikel 8 van Verordening (EG) nr. 1628/2006 van de Commissie van 24 oktober 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op nationale regionale investeringssteun (groepsvrijstellingsverordening inzake regionale steunmaatregelen; PB L 302 van 1.11.2006, blz. 29) heeft Duitsland aan de Commissie beknopte informatie inzake de te verlenen steun overgelegd, die onder nummer XR 31/2007 werd geregistreerd (PB C 102 van 5.5.2007, blz. 11).

- (19) De investeringspremie wordt toegekend op basis van de wet inzake investeringspremies 2007 („Investitionszulagengesetzes 2007”) ⁽⁸⁾ en in voorkomend geval op de opvolger daarvan, de wet inzake investeringspremies 2010 „Investitionszulagen-gesetz 2010” ⁽⁹⁾, (hierna „InvZulG” genoemd).

2.5. Investeringskosten

- (20) De voor steun in aanmerking komende kosten voor het aangemelde project Freiberg-Ost bedragen nominaal in totaal 350 000 000 EUR. De voor steun in aanmerking komende kosten zijn over de afzonderlijke jaren als volgt verdeeld:

(in EUR)

	2008	2009	2010	Totaal
Voor steun in aanmerking komende kosten	136 000 000	164 000 000	50 000 000	350 000 000

2.6. Financiering van het project

- (21) DS zal het aangemelde project Freiberg-Ost niet alleen uit de aangevraagde steunmiddelen, maar ook uit eigen middelen en (bank)leningen financieren. De desbetreffende nominale bedragen zijn per bron als volgt te verdelen:

(in EUR)

Bron	Bedrag
Eigen middelen	[...] (*)
GA- en investeringspremiesubsidie	45 395 000
Bankleningen (niet door een staatsgarantie gewaarborgd)	[...]
Totaal	350 000 000

(*) Valt onder de geheimhoudingsplicht.

2.7. Toepasselijke plafonds voor de intensiteit van de regionale steun

- (22) Freiberg (deelstaat Saksen) ligt in een steunregio in de zin van artikel 107, lid 3, onder a), van het VWEU. Overeenkomstig de richtsnoeren regionale steun en de regionalesteunkaart voor Duitsland ⁽¹⁰⁾ die ten tijde van de aanmelding van toepassing was, geldt voor steun voor grote ondernemingen in dit gebied een maximale steunintensiteit van 30 % van het brutosubsidie-equivalent (hierna „BSE” genoemd).

2.8. Steunbedrag en steunintensiteit

- (23) De begunstigde heeft de steun voor het aangemelde project op 17 augustus 2007 aangevraagd. Bij brief van 22 augustus 2007 heeft Duitsland de begunstigde in kennis gesteld van de subsidiabiliteit van het project. Duitsland heeft toegezegd de steun niet vóór de goedkeuring ervan door de Commissie te zullen verlenen en het toegestane maximale steunbedrag niet te zullen overschrijden.
- (24) Duitsland had voor het DS-investeringsproject in Freiberg-Ost oorspronkelijk regionale steun ter hoogte van nominaal 48 miljoen EUR aangemeld. De Commissie leidde echter de formele onderzoeksprocedure ten aanzien van deze maatregel in omdat zij betwijfelde of het aangemelde project, gelet op het eerdere gesteunde project in Freiberg-Süd, als één enkele investering te beschouwen is (punt 60 van de richtsnoeren regionale steun), en omdat zij vreesde dat de aangemelde steunintensiteit daarmee het toegestane maximumniveau zou overschrijden (wanneer de verlagingprocedure van punt 67 van de richtsnoeren inzake regionale steun werd toegepast).

⁽⁸⁾ In overeenstemming met artikel 8 van Verordening (EG) nr. 1628/2006 heeft Duitsland beknopte informatie inzake de te verlenen steun overgelegd, die onder nummer XR 6/2007 werd geregistreerd (PB C 41 van 24.2.2007, blz. 9).

⁽⁹⁾ Overeenkomstig artikel 9 van Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard („de algemene groepsvrijstellingsverordening”, PB L 214 van 9.8.2008, blz. 3) heeft Duitsland aan de Commissie beknopte informatie inzake de te verlenen steun overgelegd, die onder nummer XR 167/2008 werd geregistreerd (PB C 280 van 20.11.2009, blz. 5).

⁽¹⁰⁾ Besluit van de Commissie van 8 november 2006 betreffende steunmaatregel N 459/06 — Deutsche Fördergebietskarte 2007-2013 (PB C 295 van 5.12.2006, blz. 6).

- (25) Na inleiding van de formele onderzoeksprocedure deelde Duitsland de Commissie mee dat het de steun voor het P3-project in Freiberg-Süd had ingetrokken. Duitsland verlaagde bovendien de aangemelde steun voor het DS-project in Freiberg-Ost tot 40 364 760 EUR (contante waarde⁽¹¹⁾), wat overeenkomt met een steunintensiteit van 12,97 % BSE; wanneer het aangemelde project en de eerdere, binnen drie jaar uitgevoerde projecten P2 en P3 als één enkele investering werden beschouwd, zou dit de totale steun die was verleend voor de voor steun in aanmerking komende totale kosten (contante waarde (402 865 942 EUR) beperken tot de toegestane maximale steunintensiteit (contante waarde 55 749 652 EUR — 14,06 % BSE).

2.9. Algemene verplichtingen

- (26) Duitsland heeft de Commissie het volgende toegezegd:
- binnen twee maanden na verlening van de steun zal het de Commissie een kopie overleggen van de door de steunverlenende autoriteit en de begunstigde ondertekende steunovereenkomst;
 - elke vijf jaar na de datum van goedkeuring van de steun door de Commissie zal het een voortgangsverlag overleggen (met gegevens over de betaalde steunbedragen, over de uitvoering van het toewijzingsbesluit en over andere investeringsprojecten op dezelfde locatie/voor dezelfde productiefaciliteit);
 - binnen zes maanden na uitbetaling van de laatste steuntranche zal het een uitgebreid, op het aangemelde financieringsplan gebaseerd definitief verslag overleggen.

3. REDENEN VOOR DE INLEIDING VAN DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

- (27) In haar besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure in de onderhavige zaak betwijfelde de Commissie de verenigbaarheid van de steun met de interne markt op grond van artikel 107, lid 3, onder a), van het VWEU, en de richtsnoeren regionale steun.
- (28) Om te voorkomen dat een groot investeringsproject kunstmatig wordt opgesplitst in subprojecten om zodoende de bepalingen van de richtsnoeren regionale steun te kunnen omzeilen, geldt een investeringsproject overeenkomstig punt 60 van deze richtsnoeren regionale steun, als „één investeringsproject” wanneer de initiële investering uitgevoerd wordt door één of meer ondernemingen over een periode van drie jaar en bestaat in vaste activa die economisch onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.
- (29) Voetnoot 55 van de richtsnoeren regionale steun vermeldt dat de Commissie om te bepalen of een investering economisch onlosmakelijk is verbonden, de technische, functionele en strategische banden en de onmiddellijke geografische nabijheid in aanmerking neemt.
- (30) Wanneer het aangemelde project samen met het project P3 Freiberg-Süd één investeringsproject zou vormen, zou

de verlagingprocedure van punt 67 van de richtsnoeren regionale steun op de voor steun in aanmerking komende totale kosten van de beide projecten moeten worden toegepast. Het totale bedrag van de aangemelde steun en de voor het project P3 toegekende steun, zou de toegestane maximale steunintensiteit in dat geval overschrijden en het surplusbedrag zou niet met artikel 107, lid 3, onder a), van het VWEU, verenigbaar zijn.

- (31) In haar besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure stelde de Commissie vast dat de geringe afstand van slechts 5 km tussen de locatie van het aangemelde project (Freiberg-Ost) en het eerdere project P3 (Freiberg-Süd) als onmiddellijke geografische nabijheid kon worden beschouwd. De Commissie stelde voorts vast dat er bepaalde functionele en technische, alsook sterke strategische banden tussen de beide investeringen bestonden. Op grond daarvan betwijfelde de Commissie het standpunt van Duitsland dat het aangemelde project niet samen met het project P3 in Freiberg-Süd één investering vormt (in de zin van punt 60 en voetnoot 55 bij de richtsnoeren regionale steun) en maande zij andere belanghebbenden aan om opmerkingen te maken over de ondeelbaarheid van de beide DS-investeringsprojecten in Freiberg.
- (32) In haar besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure onderzocht de Commissie ook de verenigbaarheid van de aangemelde maatregel met de algemene bepalingen van de richtsnoeren regionale steun en de specifieke voorschriften voor grote investeringsprojecten van punt 68, onder a) en b) van deze richtsnoeren; zij kwam tot de conclusie dat de aangemelde maatregel daarmee verenigbaar is.

4. OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

- (33) Van belanghebbenden heeft de Commissie geen commentaar ontvangen.

5. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND

5.1. Initiële opmerkingen van Duitsland

- (34) In de opmerkingen die Duitsland de Commissie aanvankelijk op 31 oktober 2008 en 2 december 2008 aanvankelijk heeft overgelegd, stelde het zich op het standpunt dat de in punt 60 en voetnoot 55 van de richtsnoeren regionale steun genoemde criteria (onmiddellijke geografische nabijheid, technische, functionele en strategische banden) niet geschikt zijn om te bepalen of twee investeringsprojecten als „economisch onlosmakelijk verbonden” moeten worden beschouwd, aangezien deze factoren geen opheldering verschaffen over de omstandigheden waaronder het ene project zonder het andere project als economisch zinvol kan worden beschouwd. Duitsland voerde voorts aan dat de uitlegging van het rechtsbegrip „economisch onlosmakelijke verbondenheid” de enige bepalende factor is op grond waarvan kan worden uitgemaakt of een het ene project zonder het andere economisch haalbaar is.

⁽¹¹⁾ Herberekening op basis van het jaar waarin de eerste steun voor het project P2 werd verleend (12 september 2006), met toepassing van het op deze dag geldende rentepercentage (4,36 %).

- (35) Duitsland betoogde voorts dat het argument van de Commissie dat er functionele en technische banden tussen het project in Freiberg-Ost en -Süd bestaan, niet toereikend is om vast te stellen of er van economisch onlosmakelijke verbondenheid sprake is. Duitsland trok de conclusie dat de gronden waarop de Commissie de formele onderzoeksprocedure had ingeleid derhalve berusten op een onjuist gebruik van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie uit hoofde van artikel 107, lid 3, van het VWEU, wat tot een onredelijk besluit ten nadele van de begunstigde heeft geleid.
- (36) Bovendien merkte Duitsland op dat de toepassing van het criterium van de „onmiddellijke geografische nabijheid” niet geschikt is om een subsidieverhoging te voorkomen, aangezien voetnoot 55 van de richtsnoeren regionale steun niet in alle taalversies eist dat de fabrieken zich in de „onmiddellijke” geografische nabijheid van elkaar moeten bevinden (zo is in de Franse versie niet „onmiddellijke” maar alleen „geografische nabijheid” vastgelegd). Duitsland voerde aan dat de criteria van voetnoot 55 derhalve geen eenduidig rechtskader voor de regulering van een subsidiespiraal vormen.
- (37) In het licht van deze opmerkingen kwam Duitsland tot de conclusie dat de DS-projecten in Freiberg-Süd en -Ost economisch niet onlosmakelijk verbonden zijn en daarom niet als één investering in de zin van punt 60 en voetnoot 55 van de richtsnoeren regionale steun te beschouwen zijn. Volgens Duitsland dient de aangemelde steun voor Freiberg-Ost derhalve niet door toepassing van de verlagingprocedure te worden verlaagd tot de voor steun in aanmerking komende totale investeringskosten van het DS-project in Freiberg-Süd en -Ost.
- (38) Samen met de initiële opmerkingen diende Duitsland ook geactualiseerde informatie in over het door DS in Freiberg-Süd en -Ost sinds het begin van het aangemelde project verwezenlijkte investeringsproject: vóór het project P3 (uitbreiding van de productiecapaciteit voor zonnepanelen van 350 naar 500 MWp) in Freiberg-Süd, was een andere project, P2 (een eerdere uitbreiding van de productiecapaciteit voor zonnepanelen van 270 tot 350 MWp) op dezelfde productielocatie uitgevoerd. Voor dit P2-project werd (in het kader van bestaande steunregelingen) eveneens steun verleend. Voorts deelde Duitsland mee dat de geplande steun voor het P3-project slechts in de vorm van een investeringspremie was verleend (op de basis van het InvZulG).

5.2. Verdere aan de Commissie verstrekt, geactualiseerde informatie - Wijziging van de oorspronkelijke aanmelding

- (39) In aansluiting op zijn initiële opmerkingen diende Duitsland op verschillende tijdstippen geactualiseerde informatie in over de investeringsprojecten die de begunstigde ondernemingengroep in Freiberg-Süd binnen drie jaar na het begin van het aangemelde investeringsproject had uitgevoerd of moest uitvoeren.
- (40) De uiteindelijke situatie is in de navolgende tabel weergegeven:

	Freiberg-Süd (P2 - P3)	Freiberg-Ost	Freiberg-Saxonia
Status	Eerdere projecten P2 en P3, geen verplichting tot aanmelding	Aangemeld project	Toekomstig project
Product	Zonnepanelen	Zonnepanelen	Zonnemodules
productiecapaciteit (in MWp)	van 270 tot 350 (P2) van 350 tot 500 (P3)	500	300
Begin van het project:	1.6.2006 (P2) 1.9.2007 (P3)	18.12.2007	Zomer/Herfst 2010
Voor steun in aanmerking komende kosten (nominale bedrag, EUR)	49 995 991 (P2) 49 000 000 (P3)	350 000 000	72 500 000
steunbedrag; (nominale bedrag, EUR)	16 905 000 (P2) 0 (*) (P3)	45 395 000 (**)	?

(*) Duitsland heeft de aanvankelijk geplande steun voor P3 ten bedrage van 14 miljoen EUR ingetrokken.

(**) Duitsland heeft de steun voor het aangemelde project in Freiberg-Ost verlaagd.

- (41) De voornaamste veranderingen in de oorspronkelijke aanmelding betreffen de intrekking van de totale voor het P3-project in Freiberg-Süd verleende steun en de reducering van de voor het aangemelde project in Freiberg-Ost verleende steun. Duitsland heeft bovendien verzekerd dat voor het P3-project geen steun werd uitbetaald respectievelijk zal worden betaald.
- (42) Duitsland heeft de Commissie in de loop van de formele onderzoeksprocedure meegedeeld dat het, ook al heeft het niet expliciet ermee ingestemd dat het aangemelde project in Freiberg-Ost samen met het project in Freiberg-Süd één investering in de zin van punt 60 en voetnoot 55 van de richtsnoeren regionale steun vormt, de totale steun voor de subsidiabele totale kosten (contante waarde 402 865 942 EUR) van de drie projecten (P2, P3, en het aangemelde project) zou reduceren tot de toegestane maximale steunintensiteit (contante waarde 55 749 652 EUR — 14,06 % BSE), waarvan in een één-investering-scenario sprake zou zijn.
- (43) Bovendien verschaft Duitsland gegevens over een toekomstig groot investeringsproject (SF III) van de SW-groep in Freiberg-Saxonia (oprichting van een nieuwe fabriek voor de productie van zonnemodules), dat binnen drie jaar na de start van het aangemelde project diende te beginnen, en kondigde het zijn voornemen aan om voor dit project steun te verlenen. Duitsland zegde toe de steun voor het project SF III afzonderlijk aan te melden en deze van de toestemming van de Commissie te laten afhangen.

6. BEOORDELING VAN DE MAATREGEL

6.1. De vraag of er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het VWEU

- (44) In haar besluit om de formele onderzoeksprocedure in te leiden heeft de Commissie geconcludeerd dat de financiële steun die Duitsland op grond van de bestaande regionale steunregelingen „GA” en „InvZulG” voornemens is aan DS te verlenen, staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, van het VWEU. Duitsland heeft deze conclusie niet bestreden.

6.2. Aanmeldingsverplichting, wettigheid van de steun en geldende wetgeving

- (45) Duitsland heeft de voorgenomen steunmaatregel op 28 maart 2008, vóór de uitvoering daarvan, aangemeld en is daarmee zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 108, lid 3, van het VWEU alsook de verplichting tot individuele aanmelding uit hoofde van artikel 7, onder e), van Verordening (EG) nr. 1628/2006 van de Commissie van 24 oktober 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op nationale regionale investeringssteun (groepsvrijstellingsverordening inzake regionale steunmaatregelen) nagekomen.
- (46) Nadat is vastgesteld dat de aangemelde maatregel staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het VWEU, inhoudt, moet worden nagegaan of deze maatregel verenigbaar met de interne markt kan worden geacht. Aangezien de maatregel een regionale investeringssteun betreft, heeft de Commissie deze op grond van de richt-

snoeren regionale steun (met name deel 4.3. over grote investeringsprojecten) beoordeeld.

6.3. Verenigbaarheid van de steun met de algemene bepalingen van de richtsnoeren regionale steun

- (47) In haar besluit om de formele onderzoeksprocedure in te leiden gaf de Commissie aan dat de aangemelde steun in principe diende te worden verleend op grond van en in overeenstemming met steunregelingen waarvoor een groepsvrijstelling bestond en die in overeenstemming zijn met de algemene bepalingen van de richtsnoeren regionale steun.
- (48) Het project betreft bovendien een initiële investering in de zin van de genoemde richtsnoeren aangezien het voorziet in de oprichting van een nieuwe fabriek. De voor steun in aanmerking komende investeringskosten werden in overeenstemming met de richtsnoeren vastgesteld en de cumulatieregels werden in acht genomen.
- (49) Voorts verzocht de begunstigde om steun en Duitsland bevestigde — voordat DS met de werkzaamheden aanving — schriftelijk dat het project voor steun in aanmerking kwam en zegde toe om de steun onder voorbehoud van goedkeuring door de Commissie, te verlenen.
- (50) De onderneming is verplicht om de investering na afloop van het project minstens vijf jaar lang in de regio te behouden.
- (51) DS levert een steunvrije eigen bijdrage van minstens 25 % van de voor steun in aanmerking komende kosten.

6.4. Verenigbaarheid met de bepalingen inzake steun voor grote investeringsprojecten

6.4.1. Één investering en maximale steunintensiteit

- (52) Om te voorkomen dat een groot investeringsproject kunstmatig wordt opgesplitst in subprojecten om zodoende de bepalingen van de richtsnoeren regionale steun te kunnen omzeilen, geldt een groot investeringsproject overeenkomstig punt 60 van de richtsnoeren regionale steun, als één investeringsproject wanneer de initiële investering uitgevoerd wordt door één of meer ondernemingen over een periode van drie jaar en bestaat in vaste activa die economisch onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.
- (53) De lidstaten zouden geneigd kunnen zijn om in plaats van één enkele investering meerdere afzonderlijke projecten aan te melden om zodoende na toepassing van de verlagingprocedure een hogere maximale steunintensiteit te bereiken (punt 67 van de richtsnoeren regionale steun) ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Wanneer een project van meer dan 100 miljoen EUR in twee projecten wordt verdeeld, zou de lidstaat het volledige maximale regionale-steunplafond op elk van de eerste 50 miljoen EUR van de projectkosten (in totaal dus tweemaal) toepassen (geen vermindering van het toepasselijke regionale-steunplafond vereist) alsook telkens (in totaal dus tweemaal) de helft van dit plafond op de volgende 50 miljoen EUR. Voor alle voor steun in aanmerking komende kosten boven het maximum van 100 miljoen EUR wordt het regionale-steunplafond met een derde (34 %) verminderd.

- (54) In het onderhavige geval leidde de Commissie de formele onderzoeksprocedure in omdat zij vermoedde dat de aangemelde steun de toegestane maximale steunintensiteit niet zou kunnen overschrijden wanneer het project samen met een eerder gesteund project (P3) in Freiberg-Süd, één investering zou vormen. Het P3-project is een vervolgproject van het P2-project (beide projecten hebben betrekking op de geleidelijke uitbreiding van de productiecapaciteit van een bestaande zonnepaneelfabriek van 270 naar 350 MW en vervolgens van 350 naar 500 MW), wat een klassiek voorbeeld van een „één-investeringscenario” is. Zo worden de investeringen binnen drie jaar in onmiddellijke geografische nabijheid verricht (in dezelfde geïntegreerde fabriek van de SW-groep in Freiberg-Süd) en hebben zij duidelijke technische (dezelfde producten en productietechnologieën), functionele (dezelfde grondstoffen, gemeenschappelijke leveranciers/klanten, gemeenschappelijke dienstverrichtingen) en strategische (geïntegreerde strategie voor capaciteitsverhoging die op dezelfde markt is gericht) overeenkomsten.
- (55) Duitsland trok de totale steun voor het P3-project in en wijzigde de aanmelding in die zin dat de steunintensiteit voor het aangemelde project werd verlaagd zodat de totale steun voor de voor steun in aanmerking komende totale kosten van het aangemelde project in Freiberg-Ost en van de beide vroegere projecten (P2 en P3) in Freiberg-Süd, werd beperkt tot de toegestane maximale intensiteit in een één-investeringscenario (dat alle in de loop van drie jaar aangevangen projecten omvatte). De Commissie hoeft derhalve de zaak niet verder te onderzoeken of te beslissen of het aangemelde project samen met deze eerdere projecten één investering vormt.
- (56) Duitsland heeft ermee ingestemd om bij de berekening van de maximale steunintensiteit met de projecten P3 en P2 rekening te houden, zodat de berekening plaatsvindt als bij „één investering” die uit het aangemelde project en de beide eerdere projecten bestaat.
- (57) Daarom werden in overeenstemming met punt 41 van de richtsnoeren regionale steun de voor steun in aanmerking komende kosten herberekend op basis van het jaar van de verlening van de eerste steun voor het P2-project (12 september 2006) met toepassing van de op deze datum geldende rentevoet (4,36 %). De totale kosten bedragen 402 865 942 EUR (contante waarde). De toegestane maximale steunintensiteit (contante waarde) bedroeg in dit geval 55 749 652 EUR⁽¹³⁾, wat overeenkomt met een steunintensiteit van 14,06 % BSE voor één investering.
- (58) Aangezien reeds 15 384 891 EUR (contante waarde) werd toegekend voor het P2-project, zou de toegestane maximale steunintensiteit voor het aangemelde project 40 364 760 EUR (contante waarde) bedragen, wat overeenkomt met een steunintensiteit van 12,97 % BSE. Aangezien Duitsland heeft toegezegd deze maximale intensiteit in acht te nemen, kan de conclusie worden getrokken dat zelfs wanneer het aangemelde project samen met de eerdere, binnen drie jaar gesteunde projecten één investering vormt, de verlagingsvoorschriften van punt 67 van de richtsnoeren regionale steun worden nageleefd.
- (59) Aangezien Duitsland heeft toegezegd de steun voor het hiervoor genoemde, toekomstige project SF III in Freiberg-Saxonia afzonderlijk te zullen aanmelden en van de toestemming van de Commissie af te zullen laten hangen, hoeft de Commissie in het onderhavige besluit niet vast te stellen of het aangemelde project samen met het toekomstige project SF III één investering vormt.
- 6.4.2. *Verenigbaarheid met punt 68 van de richtsnoeren regionale steun*
- (60) Het besluit van de Commissie over de toelaatbaarheid van regionale steun voor grote investeringsprojecten op grond van punt 68 van de richtsnoeren regionale steun is afhankelijk van de marktaandeelen van de begunstigde vóór en na de investering, alsook van de door de investering geschapen capaciteit. Om de betreffende toetsingen aan de hand van punt 68, onder a) en b), van de richtsnoeren regionale steun uit te kunnen voeren, dient de Commissie de relevante productmarkt en de relevante geografische markt af te bakenen.
- (61) In haar besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure stelde de Commissie vast dat het product waarop het aangemelde investeringsproject betrekking heeft, multikristallijne zonnepanelen op basis van silicium is.
- (62) Aangezien de Commissie niet kon uitsluiten dat de in Freiberg-Ost geproduceerde zonnepanelen op zijn minst gedeeltelijk intern door de begunstigde ondernemingsgroep werden gebruikt om verder te worden verwerkt tot zonnecellen of -modules, stelde de Commissie zich in haar besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure in overeenstemming met punt 69 van de richtsnoeren regionale steun (volgens welke het betreffende product ook de downstreamproducten kan behelzen voor zover het project betrekking heeft op een half-fabricaat en een aanzienlijk deel van productie niet op de markt wordt afgezet) op het standpunt dat het product waarop het aangemelde investeringsproject betrekking heeft niet alleen zonnepanelen, maar ook zonnecellen en zonnemodules betreft. Voor de beoordeling met het oog op punt 68, onder a, van de richtsnoeren regionale steun merkte de Commissie voorts de markten voor zonnepanelen, zonnecellen en zonnemodules aan als de relevante productmarkt en de wereldwijde markt als de relevante geografische markt.

⁽¹³⁾ Met toepassing van een regionale-steunplafond van 35 % BSE voor de voor steun in aanmerking komende kosten in samenhang met P2 (op basis van de regionalesteunkaart voor Duitsland die ten tijde van de verlening van de steun voor dit project gold - Besluit van de Commissie van 2 april 2003 betreffende steunmaatregel N 641/02 — Deutsche Fördergebietskarte 2004-2006, PB C 186 van 6.8.2003, blz. 18) en van 30 % BSE voor project P3 en het aangemelde project, aangezien het standaardplafond in de nieuwe, sinds 2007 toepasselijke Duitse steunkaart, werd verlaagd.

- (63) In haar besluit tot inleiding van de onderzoeksprocedure berekende de Commissie de marktaandelen van de begunstigde ondernemingsgroep op alle relevante markten vóór en na de investering (2006-2011), waarbij zij rekening hield met het ongunstigste scenario dat de markt na 2010 niet zou kunnen groeien (aangezien de beschikbare, onafhankelijke studie geen prognose voor de jaren na 2010 bevatte). Aangezien volgens deze berekeningen alle marktaandelen vóór de investering onder de 20 % en na de investering onder de 15 % lagen, stelde de Commissie vast dat het marktaandeel niet hoger dan 25 % was en concludeerde zij dat de aangemelde steun in overeenstemming is met punt 68, onder a), van de richtsnoeren regionale steun.
- (64) Aangezien het gemiddelde jaarlijkse groeipercentage van het zichtbare verbruik bij fotovoltaïsche producten in de EER in de jaren 2001 tot 2006 (35 %) duidelijk hoger lag dan het gemiddelde jaarlijkse groeipercentage van het bruto binnenlands product in de EER voor hetzelfde jaar (1,97 %), trok de Commissie in haar inleidingsbesluit ook de conclusie dat er geen twijfel over bestaat dat het gemiddelde jaarlijkse groeipercentage van het zichtbare verbruik eveneens duidelijk boven de 1,97 % zou liggen, ook al waren er voor deze halffabricaten geen cijfers voor de EER voorhanden. De Commissie kwam derhalve tot de conclusie dat de aangemelde steun in overeenstemming is met punt 68, onder b), van de richtsnoeren regionale steun.
- (65) Gedurende de formele onderzoeksprocedure waren er geen aanwijzingen die hadden kunnen doen twijfelen aan de conclusies in de punten 60-64 met betrekking tot de verenigbaarheid van de steun met punt 68 van de richtsnoeren regionale steun. Voorts bleek uit de analyse in het inleidingsbesluit dat het voor de SW-groep in 2011 te verwachten aandeel van alle relevante markten onder de 15 % zal liggen zodat er geen gevaar bestaat dat er bij een herberekening op grond van nieuwere studies marktaandelen van meer dan 25 % blijken te zijn.

- (66) De Commissie bevestigt derhalve haar conclusie in het inleidingsbesluit dat de aangemelde steun verenigbaar is met punt 68 van de richtsnoeren regionale steun.

6.5. Conclusies

- (67) Op basis van bovenstaande beoordeling concludeert de Commissie dat de aangemelde steunmaatregel in overeenstemming is met de richtsnoeren regionale steun en de ten tijde van de aanmelding vigerende regionalesteunkaart voor Duitsland,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

(1) De door de Bondsrepubliek Duitsland voorgenomen steun voor Deutsche Solar AG, ten bedrage van 40 364 760 EUR (contante waarde), wat overeenkomt met een steunintensiteit van 12,97 % BSE, is verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, onder a) van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

(2) De uitvoering van de steunmaatregel ter hoogte van 40 364 760 EUR (contante waarde), die overeenkomt met een steunintensiteit van 12,97 % BSE, wordt goedgekeurd.

Artikel 2

Deze beschikking is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 6 juli 2010.

Voor de Commissie
Joaquín ALMUNIA
Vicevoorzitter

IV

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

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 28 oktober 2009

inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2009) 8107)

(Slechts de tekst in de Spaanse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2011/5/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

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

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

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

Overwegende hetgeen volgt:

I. PROCEDURE

- (1) In schriftelijke vragen aan de Commissie (nrs. E-4431/05, E-4772/05 en E-5800/06), hebben verscheidene leden van het Europees Parlement erop gewezen dat Spanje een bijzondere regeling had afgekondigd waardoor een onrechtvaardige belastingvermindering werd verleend aan Spaanse ondernemingen die een aanzienlijke deelneming verwierven in buitenlandse ondernemingen, overeenkomstig artikel 12, lid 5, van de Spaanse wet op de vennootschapsbelasting („*Real Decreto Legislativo nº 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*” ⁽²⁾), (hierna „TRLIS”).
- (2) Met schriftelijke vraag nr. P-5509/06 diende David Martín, lid van het Europees Parlement (PSE), bij de Commissie een klacht in na de vijandelijke overname die plaatsvond door middel van de verwerving van aandelen van de Britse onderneming ScottishPower, die actief is in de opwekking en distributie van energie, door de Spaanse energieproducent Iberdrola, waaraan, volgens genoemd Parlements lid, in de vorm van een voor de overname geldend fiscaal voordeel op onrechtmatige wijze staatssteun was verleend. Het Parlements lid verzocht de Commissie alle problemen te onderzoeken die aan de overname waren verbonden, welk verzoek op 12 januari 2007 aan de Commissie werd megedeeld om door haar te worden onderzocht overeenkomstig artikel 4 van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties

van ondernemingen ⁽³⁾ (hierna de „concentratieverordening”). In haar besluit van 26 maart 2007 (Zaak nr. COMP/M.4517 — *Iberdrola/Scottishpower*, SG-Greffe (2007) D/201696) ⁽⁴⁾ besloot de Commissie zich niet tegen de aangemelde operatie te verzetten en deze overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van de concentratieverordening verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren.

- (3) Bij brieven van 15 januari (D/50164) en 26 maart 2007 (D-51351) verzocht de Commissie de Spaanse autoriteiten om toezending van informatie om de werkingssfeer en het effect van artikel 12, lid 5, van de TRLIS met het oog op de eventuele aanmerking als staatssteun en om de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te kunnen beoordelen.
- (4) De Spaanse autoriteiten beantwoordden de gestelde vragen bij brieven van 16 februari (A/31454) en 4 juni 2007 (A/34596).
- (5) Bij faxbericht van 28 augustus 2007 ontving de Commissie een klacht van een particuliere marktdeelnemer, volgens wie de bij artikel 12, lid 5, van de TRLIS ingevoerde regeling met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun is. De klager verzocht zijn identiteit niet bekend te maken.
- (6) Bij besluit van 10 oktober 2007 (hierna het „besluit tot inleiding van de procedure” genoemd) leidde de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, van het Verdrag in ten aanzien van de in artikel 12, lid 5, van de TRLIS vastgelegde belastingafschrijving van de financiële goodwill, aangezien zij aan alle voorwaarden leek te voldoen om als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag te worden beschouwd. De Commissie stelde Spanje in kennis van haar besluit dat zij de procedure van artikel 88, lid 2, van het Verdrag zou inleiden. Het besluit tot inleiding van de procedure werd gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* ⁽⁵⁾ en belanghebbenden werd gevraagd hun opmerkingen te maken.

⁽¹⁾ PB C 311 van 21.12.2007, blz. 21.

⁽²⁾ Gepubliceerd in de staatscourant (Boletín Oficial del Estado) van 11 maart 2004.

⁽³⁾ PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1.

⁽⁴⁾ Zie http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁽⁵⁾ Zie voetnoot op bladzijde 1.

- (7) Bij brief van 5 december 2007 ontving de Commissie opmerkingen van Spanje over het besluit tot inleiding van de procedure.
- (8) Tussen 18 januari en 16 juni 2008 heeft de Commissie van 32 belanghebbenden opmerkingen ontvangen over het besluit tot inleiding van de procedure. Van de belanghebbenden die niet om vertrouwelijke behandeling hebben verzocht worden in de bijlage bij deze beschikking de namen opgesomd.
- (9) Bij brieven van 9 april (D/51431), 15 mei (D/51925), 22 mei 2008 (D/52035) en 27 maart 2009 (D/51271) zond de Commissie bovengenoemde opmerkingen aan de Spaanse autoriteiten, om hen in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Bij brieven van 30 juni 2008 (A/12911) en 22 april 2009 (A/9531) gaven de Spaanse autoriteiten hun reacties op de opmerkingen van de belanghebbenden.
- (10) Op 18 februari 2008, 12 mei en 8 juni 2009 vonden technische bijeenkomsten tussen de vertegenwoordigers van Spanje en van de Commissie plaats om onder andere een aantal aspecten te verduidelijken van de toepassing van de hier behandelde regeling en om duidelijkheid te krijgen over de uitleg van de Spaanse wetgeving ter zake.
- (11) Op 7 april 2008 vond een bijeenkomst plaats tussen vertegenwoordigers van de Commissie en van de Banco de Santander SA.; op 16 april 2008 vond een bijeenkomst plaats van vertegenwoordigers van de Commissie met het advocatenkantoor Anwaltskanzlei J&A Garrigues SL, dat verscheidene belanghebbenden vertegenwoordigt; op 2 juli 2008 werd een bijeenkomst gehouden van vertegenwoordigers van de Commissie en van Altadis SA; op 12 februari 2009 kwamen de vertegenwoordigers van de Commissie en die van Telefónica SA bijeen.
- (12) Op 14 juli 2008 dienden de Spaanse autoriteiten aanvullende gegevens in betreffende de kwestieuze maatregel, met name belastinggegevens uit 2006, die een algemeen overzicht verschaffen van de belastingplichtigen die van de kwestieuze maatregel (hierna „de kwestieuze maatregel”) hadden geprofiteerd.
- (13) Per e-mail van 16 juni 2009 zonden de Spaanse autoriteiten aanvullende gegevens en merkten zij op dat Spaanse ondernemingen bij de verwezenlijking van grensoverschrijdende concentraties nog steeds verschillende obstakels tegenkomen.
- (15) Op de maatregel is artikel 12, lid 5, van de TRLIS van toepassing. Concreter gezegd werd met artikel 2, lid 5, van wet nr. 24/2001 van 27 december 2001 de wet op de vennootschapsbelasting nr. 43/1995 van 27 december 1995 gewijzigd en het genoemde artikel 12, lid 5, toegevoegd. Met Real Decreto Legislativo nr. 4/2004 van 5 maart 2004 werden de tot op die datum in de Spaanse vennootschapswetgeving aangebrachte wijzigingen in een herziene versie geconsolideerd.
- (16) De Commissie is zich ervan bewust dat de Spaanse wetgeving sinds de datum van het besluit tot inleiding van de procedure ⁽⁶⁾ is geëvolueerd. Niettemin acht zij het weinig waarschijnlijk dat de jongste wijzigingen de door haar in het besluit tot inleiding van de procedure geuite twijfels zullen veranderen. Ten behoeve van een grotere mate van consistentie zal de Commissie in deze beschikking verwijzen naar de nummering van de Spaanse wetgeving zoals deze in het besluit tot inleiding van de procedure is opgenomen, ook al heeft deze inmiddels wijzigingen ondergaan. Iedere nieuwe wetbepaling zal duidelijk als zodanig worden aangeduid.
- (17) Artikel 12, lid 5, van de TRLIS, dat deel uitmaakt van artikel 12 „Waardeaanpassingen: waardeverlies van activa”, werd op 1 januari 2002 van kracht. In essentie wordt hierin bepaald dat een onderneming die in Spanje belastingplichtig is de financiële goodwill die voortvloeit uit de verwerving van een deelneming van ten minste 5 % van een buitenlandse onderneming, in gelijke jaarlijkse gedeelten, gedurende ten hoogste 20 jaar na de verwerving van haar belastbare inkomen mag aftrekken.
- (18) Onder goodwill wordt verstaan: de waarde van een gerespecteerde bedrijfsnaam, goede betrekkingen met de klanten, de vaardigheden van het personeel alsook andere soortgelijke factoren waarvan wordt verwacht dat zij in de toekomst meer dan de nu zichtbare winst zullen opleveren. Op grond van de Spaanse boekhoudbeginselen ⁽⁷⁾ wordt de prijs die wordt betaald voor de verwerving van een bedrijf en die meer bedraagt dan de marktwaarde van de vermogensbestanddelen die een bedrijf vormen „goodwill” genoemd en moet als een afzonderlijk immaterieel actief worden opgenomen zodra de verwervende vennootschap de zeggenschap over de doelonderneming verkrijgt ⁽⁸⁾.
- (19) Uit hoofde van de beginselen van de Spaanse belastingwetgeving, met uitzondering van de maatregel in kwestie, kan goodwill alleen worden afgeschreven na een bedrijfscombinatie die voortvloeit hetzij uit verwerving of bijdrage van vermogensbestanddelen van onafhankelijke ondernemingen hetzij na een fusie of een splitsing.

II. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE KWESTIEUZE MAATREGEL

- (14) In de kwestieuze maatregel is de belastingafschrijving vastgelegd van de financiële goodwill, die uit de verwerving van een aanzienlijke deelneming in een buitenlandse onderneming voortvloeit.

⁽⁶⁾ Wet 4/2008 van 23 december 2008 tot wijziging van een aantal bepalingen in de belastingwetgeving.

⁽⁷⁾ Zie de artikelen 46 en 39 van de Código de Comercio (Handelswetboek) uit 1885.

⁽⁸⁾ Resultaat van de toepassing van wet nr. 16/2007 van 4 juli 2007 inzake de hervorming en aanpassing van het vennootschapsrecht op het gebied van boekhouding voor de internationale harmonisatie daarvan in overeenstemming met de wetgeving van de Europese Unie.

- (20) „Financiële goodwill”, zoals dit in het Spaanse belastingstelsel wordt gebruikt, is de goodwill die zou zijn geboekt indien de kapitaalvennootschap en de doelonderneming waren gefuseerd. Het begrip „financiële goodwill” in het kader van artikel 12, lid 5, van de TRLIS introduceert daarom op het gebied van verwervingen van deelnemingen een begrip dat gewoonlijk bij de overdracht van activa of bij transacties op het gebied van bedrijfscombinaties wordt gebruikt. Volgens artikel 12, lid 5, van de TRLIS wordt de financiële goodwill bepaald door de marktwaarde van de materiële en immateriële activa van de verworven vennootschap van de voor de deelneming betaalde koopprijs af te trekken.
- (21) In artikel 12, lid 5, van de TRLIS wordt bepaald dat de afschrijving van de financiële goodwill afhankelijk is van de inachtneming van de volgende vereisten, die onder verwijzing naar artikel 21 van de TRLIS zijn vastgesteld:
- a) de directe of indirecte deelneming in de buitenlandse onderneming moet minstens 5 % bedragen en moet gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar in bezit zijn ⁽⁹⁾;
 - b) de buitenlandse onderneming moet zijn onderworpen aan een soortgelijke belasting als die welke in Spanje geldt. Aan deze voorwaarden wordt geacht te zijn voldaan wanneer de doelonderneming is gevestigd in een land waarmee Spanje een overeenkomst heeft ondertekend ter voorkoming van internationale dubbele belastingheffing en ter voorkoming van belastingontwijking ⁽¹⁰⁾;
 - c) de inkomsten van de buitenlandse onderneming zijn hoofdzakelijk afkomstig van bedrijfsactiviteiten in het buitenland. Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer ten minste 85 % van de inkomsten van de doelonderneming:
 - i) niet in de toepassing van de Spaanse wettelijke bepalingen inzake internationale belastingtransparantie in de belastinggrondslag is begrepen en zoals in Spanje behaalde winst wordt belast ⁽¹¹⁾. Inkomsten worden specifiek geacht aan deze vereisten te voldoen wanneer zij afkomstig zijn van:
 - groothandel, wanneer de goederen ter beschikking worden gesteld aan de kopers in het land of op het grondgebied waar de doelonderneming is gevestigd of in ieder ander land of grondgebied dan Spanje,
 - diensten aan klanten die niet in Spanje belastingplichtig zijn,
 - financiële diensten aan klanten die niet in Spanje belastingplichtig zijn,
 - verzekeringsdiensten voor niet in Spanje gelegen risico's.
 - ii) inkomsten uit dividenden, mits aan de voorwaarden inzake de aard van de inkomsten uit de in artikel 21, lid 1, onder a), van de TRLIS bedoelde deelneming en het niveau van directe en indirecte deelneming van de Spaanse onderneming (artikel 21, lid 1, onder c), 2, van de TRLIS) ⁽¹²⁾ is voldaan
- (22) Naast de kwestieuze maatregel is het nuttig de volgende bepalingen van TRLIS waarnaar in deze beschikking zal worden verwezen, kort uiteen te zetten:
- a) Artikel 11, lid 4, van de TRLIS ⁽¹³⁾, (artikel 11 is getiteld „Waardeaanpassingen: afschrijving” en is vervat in hoofdstuk IV van de TRLIS, waarin de belastinggrondslag wordt bepaald) voorziet in minimaal 20 jaar afschrijving van de goodwill die voortvloeit uit een overname onder de volgende voorwaarden: i) de goodwill resulteert uit een verkrijging onder bezwarende titel; ii) er bestaat geen verband tussen de verkoper en de verwervende vennootschap. De wijzigingen die na het besluit tot inleiding van de procedure in deze bepaling zijn aangebracht en zijn ingevoerd bij wet nr. 16/2007 van 4 juli 2007, verduidelijkten tevens dat indien niet aan voorwaarde ii) wordt voldaan, het betaalde bedrag dat wordt gebruikt voor de berekening van de goodwill het bedrag zal zijn dat is betaald voor de deelneming die door een onderneming van dezelfde groep is betaald wanneer zij deze heeft verworven van niet met de groep verbonden natuurlijke of rechtspersonen en wordt tevens bepaald dat iii) een soortgelijk bedrag is toegewezen aan een ondeelbare reserve.
 - b) Artikel 12, lid 3, van de TRLIS, dat deel uitmaakt van hoofdstuk IV van de TRLIS, maakt gedeeltelijke aftrek mogelijk wegens afschrijving van deelnemingen in Spaanse en buitenlandse ondernemingen, die niet op een secundaire markt zijn genoteerd, tot een maximum van het verschil tussen de theoretische boekwaarde aan het begin en aan het eind van het belastingjaar. De kwestieuze maatregel kan in samenhang met dit artikel van de TRLIS ⁽¹⁴⁾ worden toegepast.
 - c) Artikel 89, lid 3, van de TRLIS (Artikel 89 heeft de titel „Deelnemingen in het kapitaal van de inbrengende entiteit en van de verwervende entiteit”) is vervat in hoofdstuk VII, afdeling VIII over de „Speciale regeling voor fusies, splitsingen, overdrachten van activa en aandelenruil”. In artikel 89, lid 3, van de TRLIS is de afschrijving vastgelegd van goodwill die uit de herstructurering van een onderneming resulteert. Volgens deze bepaling moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan om artikel 11, lid 4, van de TRLIS toe te passen op de goodwill die uit een bedrijfscombinatie voortvloeit: i) een deelneming van minstens 5 % in de doelonderneming vóór de bedrijfscombinatie; ii) bewezen moet worden dat over de goodwill belasting is geheven ten laste van de verkoper iii) en dat de verkoper niet met de koper verbonden is. Indien niet aan voorwaarde iii) wordt voldaan, moet het afgetrokken bedrag overeenkomen met een onomkeerbare afschrijving van de immateriële activa.

⁽⁹⁾ Zie artikel 21, lid 1, onder a), van de TRLIS.

⁽¹⁰⁾ Zie artikel 21, lid 1, onder b), van de TRLIS.

⁽¹¹⁾ Zie artikel 21, lid 1, onder c), 1, van de TRLIS.

⁽¹²⁾ Zie artikel 21, lid 1, onder c), 2, van de TRLIS.

⁽¹³⁾ Overeenkomstig de huidige wetgeving is deze bepaling thans artikel 12, lid 6, van de TRLIS.

⁽¹⁴⁾ In artikel 12, lid 5, tweede streepje wordt uitdrukkelijk bepaald: „De belastingaftrek van dit verschil is, in voorkomend geval, verenigbaar met de in lid 3 van dit artikel bedoelde voorzieningen.”.

- d) Artikel 21 van de TRLIS „Vrijstelling ter voorkoming van internationale dubbele economische belastingheffing van de dividenden en inkomsten uit de overdracht van aandelen in het vennootschapskapitaal van niet in Spanje gevestigde ondernemingen”, is vervat in hoofdstuk IV van de TRLIS. Dit artikel bevat de voorwaarden voor de belastingvrijstelling van inkomsten die ondernemingen die in Spanje belastingplichtig zijn ontvangen uit van niet in Spanje gevestigde ondernemingen afkomstige dividenden of winstdelingen.
- e) Artikel 22 van de TRLIS „Vrijstelling van bepaalde in het buitenland via een vaste vestiging verworven inkomsten”, is vervat in hoofdstuk IV van de TRLIS. Artikel 22 van de TRLIS bevat de voorwaarden waaronder voor inkomsten die in het buitenland door een vaste vestiging buiten het Spaanse grondgebied zijn gegenereerd belastingvrijstelling geldt.
- (23) Voor de toepassing van deze beschikking wordt verstaan onder:
- a) overdracht van activa: een operatie waarbij een onderneming, zonder te worden ontbonden, alle of één of verscheidene takken van haar activiteit aan een andere onderneming overdraagt.
- b) bedrijfscombinatie: een operatie waarbij een of meer ondernemingen, op het moment waarop zij worden ontbonden zonder in liquidatie te zijn gaan, al hun activa en passiva overdragen naar een andere reeds bestaande onderneming of naar een onderneming die zij vormen in ruil voor de uitgifte aan hun aandeelhouders van effecten die het kapitaal van die andere onderneming vertegenwoordigen.
- c) verwerving van een deelneming: een operatie waarbij een onderneming aandelen in het kapitaal van een andere onderneming verwerft, zonder daarbij de meerderheid of de controle van de stemrechten van de doelonderneming te verwerven.
- d) doelonderneming: een niet in Spanje gevestigde onderneming, waarvan de inkomsten aan de in overweging 21, onder c), genoemde voorwaarden voldoen en waarin een deelneming wordt verworven door een in Spanje gevestigde onderneming.
- e) intracommunautaire verwerving: de verwerving van deelnemingen die aan alle desbetreffende voorwaarden van artikel 12, lid 5, van de TRLIS voldoen, in een doelonderneming die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en haar hoofdkantoor, centrale administratie of belangrijkste handelsactiviteit binnen de Gemeenschap heeft.
- f) extracommunautaire verwerving: de verwerving van deelnemingen die aan alle desbetreffende voorwaarden van artikel 12, lid 5, van de TRLIS voldoen, in een doelonderneming die niet overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en waarvan het hoofdkantoor, de centrale administratie of de be-

langrijkste handelsactiviteit zich niet binnen de Gemeenschap bevindt.

III. REDENEN VOOR HET INLEIDEN VAN DE PROCEDURE

- (24) In het besluit tot inleiding van de procedure leidde de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, van het Verdrag in ten aanzien van de kwestieuze maatregel omdat deze aan alle voorwaarden leek te voldoen om als staatssteun overeenkomstig artikel 87, lid 1, van het Verdrag te worden beschouwd. De Commissie betwijfelde voorts of de kwestieuze maatregel als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kon worden beschouwd, aangezien geen van de uitzonderingen in artikel 87, leden 2 en 3, van toepassing leken te zijn.
- (25) Met name was de Commissie van oordeel dat de kwestieuze maatregel verder ging dan het gewone toepassingsgebied van het Spaanse stelsel van vennootschapsbelasting, dat het referentiebelastingstelsel is. De Commissie was daarnaast van mening dat belastingafschrijving van de financiële goodwill die resulteert uit de verwerving van een deelneming van 5 % in een buitenlandse doelonderneming een uitzonderlijke stimulans leek te zijn.
- (26) De Commissie merkte op dat de belastingafschrijving slechts voor een bepaalde categorie ondernemingen beschikbaar was, namelijk ondernemingen die bepaalde deelnemingen verwerven, welke minstens 5 % van het aandelenkapitaal van een doelonderneming bedragen, en alleen ten aanzien van buitenlandse doelondernemingen die aan de criteria van artikel 21, lid 1, van de TRLIS beantwoorden. De Commissie onderstreepte tevens dat, overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, een belastingvermindering die alleen de uitvoer van nationale producten begunstigt, staatssteun is ⁽¹⁵⁾. De kwestieuze maatregel leek daarom selectief.
- (27) In dit verband was de Commissie ook van mening dat het selectieve voordeel niet gerechtvaardigd leek te worden door de inherente aard van het belastingstelsel. Met name was zij van oordeel dat de differentiatie die door de van het algemene kader van de Spaanse boekhoud- en belastingstelsels afwijkende maatregel ontstond, niet kon worden gerechtvaardigd door redenen in verband met technische aspecten van het belastingstelsel. Goodwill kan inderdaad alleen worden afgetrokken indien sprake is van een bedrijfscombinatie of van overdracht van activa, behalve overeenkomstig de bepalingen van de kwestieuze maatregel. Ook vond de Commissie de bewering dat de maatregel in kwestie de door het Spaanse stelsel beoogde neutraliteitsdoelstellingen zou dienen onevenredig omdat deze alleen tot de verwerving van aanzienlijke deelnemingen in buitenlandse ondernemingen is beperkt.

⁽¹⁵⁾ Zie de uitspraak van het Hof van Justitie van 10 december 1969, gevoegde zaken 6/69 en 11/69, *Commissie/Frankrijk*, Jurispr. 1969, blz. 523. Zie tevens punt 18 van de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen (PB C 384 van 10.12.1998, blz. 3).

(28) Bovendien was de Commissie van mening dat de kwestieuze maatregel het gebruik van overheidsmiddelen inhield aangezien deze meebracht dat de Spaanse schatkist van belastinginkomsten afzag. Ten slotte zou de kwestieuze maatregel de concurrentie op de markt voor de verwerving van Europese ondernemingen vervalst kunnen hebben doordat zij Spaanse ondernemingen die een aanzienlijke deelneming in buitenlandse ondernemingen verwierven, een selectief voordeel verschafte. De Commissie vond geen enkele reden om de maatregel verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te beschouwen.

(29) De Commissie concludeerde daarom dat de kwestieuze maatregel onverenigbare staatssteun zou kunnen zijn. In dit geval zou de terugvordering overeenkomstig artikel 14 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 Verdrag moeten plaatsvinden. Gelet op het voorgaande verzocht de Commissie de Spaanse autoriteiten en belanghebbenden hun opmerkingen te maken over de mogelijke aanwezigheid van gewettigd vertrouwen of enig ander beginsel van het Gemeenschapsrecht op grond waarvan de Commissie overeenkomstig artikel 14, lid 1, tweede zin, van hogervermelde verordening van de Raad bij uitzondering van terugvordering van de steun kan afzien.

IV. OPMERKINGEN VAN DE SPAANSE AUTORITEITEN EN BELANGHEBBENDEN

(30) De Commissie heeft opmerkingen ontvangen van de Spaanse autoriteiten⁽¹⁶⁾ en van 32 belanghebbenden⁽¹⁷⁾, acht waarvan verenigingen waren.

(31) Kort samengevat zijn de Spaanse autoriteiten van mening dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS een algemene maatregel is en geen uitzondering op het Spaanse belastingstelsel is, aangezien deze bepaling de afschrijving mogelijk maakt van immateriële activa, wat geldt voor iedere belastingplichtige die een aanzienlijke deelneming in een buitenlandse onderneming verwerft. In het licht van de praktijk van de Commissie en de desbetreffende jurisprudentie concluderen de Spaanse autoriteiten dat de kwestieuze maatregelen niet als staatssteun in de zin van artikel 87 van het Verdrag kunnen worden beschouwd. Daarnaast zijn de Spaanse autoriteiten van mening dat een andere conclusie zou indruisen tegen het beginsel van rechtszekerheid. Voorts is de Commissie naar de mening van de Spaanse autoriteiten niet bevoegd om deze algemene maatregel aan te vechten aangezien de Commissie naar hun mening de regels inzake staatssteun niet als de basis voor de harmonisatie van belastingkwesties kan gebruiken.

(32) Over het algemeen ondersteunen dertig belanghebbenden (hierna „de dertig belanghebbenden”) het standpunt van de Spaanse autoriteiten, terwijl nog eens twee belangheb-

benden (hierna „de twee andere belanghebbenden”) van oordeel zijn dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS een onrechtmatige steunmaatregel is die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Daarom zullen de argumenten van de dertig belanghebbenden tezamen met het standpunt van de Spaanse autoriteiten worden gepresenteerd, terwijl de argumenten van de twee andere belanghebbenden apart zullen worden behandeld.

A. Opmerkingen van de Spaanse autoriteiten en van de dertig belanghebbenden

(33) Als inleidende opmerking onderstrepen de Spaanse autoriteiten dat directe belastingen onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen. Daarom moet het optreden van de Commissie op dit gebied aan het in artikel 5 van het Verdrag verankerde subsidiariteitsbeginsel beantwoorden. Voorts herinneren de Spaanse autoriteiten eraan dat artikel 3 en artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag de lidstaten de mogelijkheid geven verschillende belastingstelsels in te voeren naar gelang van de plaats van de investering of de fiscale woonplaats van de belastingplichtige, zonder dat dit wordt beschouwd als een beperking van het vrije kapitaalverkeer.

(34) De dertig belanghebbenden houden ook staande dat een negatieve beschikking van de Commissie zou indruisen tegen het in het Verdrag vervatte beginsel van nationale fiscale autonomie, alsook artikel 56 van het Verdrag, dat beperkingen op het vrije kapitaalverkeer verbiedt.

A.1. De kwestieuze maatregel is geen staatssteun

(35) De Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden zijn van oordeel dat de kwestieuze maatregel geen staatssteun vormt in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag omdat deze: i) niet een economisch voordeel verschaft; (ii) niet bepaalde ondernemingen begunstigt; en iii) de mededinging tussen de lidstaten niet vervalst of dreigt te vervalsen. Overeenkomstig de logica van het Spaanse belastingstelsel zijn zij van oordeel dat de kwestieuze maatregel moet worden beschouwd als een algemene maatregel die zonder onderscheid op iedere vorm van onderneming en iedere activiteit van toepassing is.

A.1.1. De kwestieuze maatregel verschaft geen economisch voordeel

(36) In tegenstelling tot het in het besluit tot inleiding van de procedure door de Commissie geuite standpunt betogen de Spaanse autoriteiten dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS geen uitzondering op het Spaanse stelsel van vennootschapsbelasting vormt omdat: i) het Spaanse boekhoudstelsel geen gepast referentiepunt tot staving van het bestaan van een uitzondering op het belastingstelsel is en ii) zelfs indien het dat wel was, financiële goodwill in de Spaanse stelsels op het gebied van boekhouding en vennootschapsbelasting van oudsher als een over een bepaalde termijn afschrijfbaar activum wordt beschouwd.

⁽¹⁶⁾ Zie overweging 7.

⁽¹⁷⁾ Zie overweging 8.

- (37) Ten eerste kan het boekhoudkundig resultaat wegens het gebrek aan harmonisatie van de boekhoudregels niet dienen als referentiepunt om het uitzonderlijke karakter van de kwestieuze maatregel vast te stellen. De belastinggrondslag wordt in Spanje inderdaad berekend op basis van het overeenkomstig de belastingregels gecorrigeerde boekhoudresultaat. In het onderhavige geval kunnen daarom, naar de mening van Spanje, overwegingen van boekhoudtechnische aard niet als referentiepunt voor een belastingmaatregel dienen.
- (38) Ten tweede is het niet juist ervan uit te gaan dat de afschrijving van goodwill niet in de logica van het Spaanse boekhoudstelsel past omdat zowel goodwill⁽¹⁸⁾ als financiële goodwill⁽¹⁹⁾ kunnen worden afgeschreven over een periode van ten hoogste 20 jaar. Deze empirische regels weerspiegelen het verlies van waarde van de onderliggende activa, of dit nu materiële of immateriële activa zijn. Artikel 12, lid 5, van de TRLIS vormt geen uitzondering omdat het niet afwijkt van de in de Spaanse boekhoud- en belastingstelsels vastgelegde regels betreffende de afschrijving van goodwill.
- (39) Ten derde wijzen de Spaanse autoriteiten erop dat de kwestieuze maatregel geen werkelijk economisch voordeel inhoudt aangezien het afgetrokken bedrag in geval van verkoop van de verworven deelneming wordt teruggevorderd door middel van belastingheffing over de kapitaalwinst, zodat de belastingplichtige zich in dezelfde situatie zou bevinden als wanneer artikel 12, lid 5, van de TRLIS niet was toegepast.
- (40) Ten vierde verwijst de Commissie ten onrechte naar artikel 11, lid 4, en artikel 89, lid 3, van de TRLIS om het bestaan van een voordeel vast te stellen. In het besluit tot inleiding van de procedure stelt de Commissie dat de toepassing van artikel 12, lid 5, van de TRLIS noch aan het bestaan van een bedrijfscombinatie noch aan de overname van de doelonderneming is gekoppeld. Deze verklaring weerspiegelt een verkeerd begrip van het Spaanse belastingstelsel omdat deze twee artikelen niet beletten dat een groep ondernemingen die de gezamenlijke controle van een doelonderneming verwerft een dienovereenkomstig deel van de uit de transactie resulterende goodwill afrekt. Daarom is de gebruikmaking van de kwestieuze maatregel met het oog op de toepassing van deze beide artikelen niet aan het bestaan van individuele zeggenschap over de doelonderneming gebonden. In deze context zou het niet opportuun zijn te concluderen dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS wat de positie van controle van de begunstigden betreft een gunstiger behandeling biedt dan artikel 11, lid 4, en artikel 89, lid 3, van de TRLIS. Tot slot moet er in verband met het criterium van een deelneming van 5 % op worden gewezen dat dit zowel met de overeenkomstig artikel 89, lid 3, van de TRLIS vastgelegde bepalingen als met de richtlijnen van de Commissie als met haar praktijk in overeenstemming is⁽²⁰⁾.
- (41) Volgens de Spaanse autoriteiten verwijst de Commissie ook ten onrechte naar artikel 12, lid 3, van de TRLIS om

een vermeend voordeel uit hoofde van artikel 12, lid 5, van de TRLIS aan te tonen: artikel 12, lid 3, is van toepassing op situaties van waardevermindering in geval van een door de doelonderneming geregistreerd objectief verlies, terwijl artikel 12, lid 5, van de TRLIS deze bepaling aanvult en het door de waardevermindering van de financiële goodwill bepaalde waardeverlies weerspiegelt.

- (42) Ten vijfde wordt in de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen⁽²¹⁾ (hierna „de mededeling van de Commissie”) uitdrukkelijk vermeld dat de regels inzake afschrijving geen staatssteun inhouden. Aangezien de huidige afschrijvingscoëfficiënt voor financiële goodwill gedurende ten minste 20 jaar dezelfde is als de afschrijvingscoëfficiënt voor goodwill, vormt de regel geen uitzondering op het algemene belastingstelsel.
- (43) Ten slotte zijn de dertig belanghebbenden ook van mening dat indien de kwestieuze maatregel een voordeel vormde, de uiteindelijke begunstigden de aandeelhouders van de doelonderneming zouden zijn aangezien zij de prijs zouden ontvangen die de door de kwestieuze maatregel bevoordeelde onderneming heeft betaald.

A.1.2. De kwestieuze maatregel begunstigt geen bepaalde ondernemingen of producties

- (44) Ten eerste betoogt Spanje dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS een algemene maatregel is omdat deze voor alle Spaanse ondernemingen openstaat, ongeacht hun activiteit, sector, omvang, vorm of andere kenmerken. De enige in de kwestieuze maatregel opgenomen voorwaarde waaraan de belastingplichtige moet voldoen om van de maatregel te kunnen profiteren is dat hij in Spanje belastingplichtig moet zijn. Het feit dat niet alle belastingplichtigen van de maatregel profiteren maakt deze niet selectief. Daarom kan artikel 12, lid 5, van de TRLIS noch de facto noch de jure als selectief in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag worden aangemerkt. In dit verband verschaften de Spaanse autoriteiten bij brief van 14 juli 2008⁽²²⁾ gegevens uit Spaanse belastingaangiften van 2006 waaruit blijkt dat alle soorten ondernemingen (kmo's en grote ondernemingen) alsook ondernemingen met activiteiten in verschillende economische sectoren van de kwestieuze maatregel hadden geprofiteerd. De Spaanse autoriteiten onderstrepen daarnaast dat het Gerecht van eerste aanleg in een recent arrest⁽²³⁾ heeft aangegeven dat een beperkt aantal begunstigden op zich niet volstaat om de selectiviteit van de maatregel aan te tonen omdat die groep feitelijk alle ondernemingen kan vertegenwoordigen die zich in een bepaalde juridische en feitelijke situatie bevinden. De Spaanse autoriteiten wijzen er met name op dat de kwestieuze maatregel overeenkomsten vertoont met een recente zaak⁽²⁴⁾ die de Commissie als een algemene maatregel beschouwde en zij verzoeken derhalve om dezelfde behandeling.

⁽¹⁸⁾ De Spaanse autoriteiten verwezen naar artikel 194 van Real Decreto 1564/1989 van 22 december 1989.

⁽¹⁹⁾ De Spaanse autoriteiten verwezen naar besluit nr. 3 van het Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas (ICAC), BOICAC (Boletín ICAC), 27.11.1996.

⁽²⁰⁾ Zie de beschikking van de Commissie van 22 september 2004, N 354/04, Irish Company Holding Regime (PB C 131 van 28.5.2005, blz. 10).

⁽²¹⁾ PB C 384 van 10.12.1998, blz. 3.

⁽²²⁾ Zie overweging 12.

⁽²³⁾ Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 10 april 2008, zaak T-233/04, *Nederland/Commissie*, Jurispr. 2008, blz., II-591.

⁽²⁴⁾ Zie beschikking van de Commissie van 14 februari 2008, N 480/07, *Vermindering van inkomsten uit bepaalde immateriële activa* (PB C 80 van 1.4.2008, blz. 1).

- (45) Ten tweede heeft de Commissie, volgens de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden, in haar besluit tot inleiding van de procedure het begrip „selectiviteit” en de objectieve voorwaarden van de kwestieuze maatregel, die slechts op bepaalde transacties (te weten deelneming in een buitenlandse doelonderneming) betrekking had, verwisseld. Zo houdt de Commissie staande dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS selectief is omdat vergelijkbare investeringen in Spaanse ondernemingen niet op dezelfde wijze worden behandeld. Zij laat daarbij echter buiten beschouwing dat voor het selectiviteitscriterium niet van doorslaggevend belang is dat de begunstigde van de kwestieuze maatregel een groep ondernemingen is of een multinationale onderneming die een deelneming in een doelonderneming heeft. Het feit dat een maatregel alleen ten goede komt aan ondernemingen die beantwoorden aan het in de kwestieuze maatregel vastgelegde objectieve criterium volstaat op zich niet om de maatregel selectief te maken. Het selectiviteitscriterium impliceert dat aan de begunstigde van de kwestieuze maatregel subjectieve beperkingen moeten worden opgelegd. Het selectiviteitscriterium dat bij deze procedure in het leven is geroepen druist in tegen eerdere praktijk van de Commissie en is te vaag en ruim. Het verder uitbouwen van dit concept zou tot de verkeerde conclusie leiden dat de meeste fiscaal aftrekbare uitgaven binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, van het Verdrag vallen.
- (46) De Spaanse autoriteiten voegen hieraan toe dat het feit dat de afschrijving van financiële goodwill wordt beperkt tot de goodwill die resulteert uit de verwerving van een aanzienlijke deelneming in een doelonderneming niet voldoende is om het algemene karakter van de kwestieuze maatregel weg te nemen, omdat deze zonder verdere voorwaarden gelijkelijk van toepassing is op iedere onderneming die in Spanje belastingplichtig is. Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁽²⁵⁾ kan een maatregel van een staat die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt, geen staatssteun zijn.
- (47) Ten derde vereist — wat de drempel van 5 % betreft — dit niveau niet dat een bepaald minimumbedrag wordt geïnvesteerd en derhalve komt de kwestieuze maatregel niet alleen ten goede aan grote ondernemingen. Ten aanzien van het feit dat het voor de toepassing van de kwestieuze maatregel niet vereist is dat de verkoper belasting over de kapitaalwinst betaalt, achten de Spaanse autoriteiten dit niet relevant omdat zij niet bevoegd zijn voor de controle van inkomsten die een niet in Spanje belastingplichtige verkoper in het buitenland verwerft. Ten slotte is een beperking — om belastingtechnische redenen — van de werkingssfeer van een maatregel tot deelnemingen in doelondernemingen in overeenstemming met de situatie die uit de toepassing van verscheidene communautaire richtlijnen resulteert. Op grond van Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten⁽²⁶⁾ (hierna: „de richtlijn inzake de grensoverschrijdende betaling van interest en royalty's”) en Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 tot wijziging van Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten⁽²⁷⁾ (hierna: „de richtlijn betreffende moedermaatschappijen en dochterondernemingen”), kan de fiscale behandeling van dividenden, interesten of royalty's verschillen al naargelang de betaling door een binnenlandse of een buitenlandse onderneming wordt gedaan.
- (48) Ten vierde wordt de invoering van de maatregel in kwestie in ieder geval gerechtvaardigd door het beginsel van neutraliteit, dat aan de gehele Spaanse belastingwetgeving ten grondslag ligt. Overeenkomstig dit beginsel moet de fiscale behandeling van een investering, onafhankelijk van de gekozen methode — overdracht van activa, bedrijfscombinatie of verwerving van deelnemingen — neutraal zijn. Daarom moet de fiscale afschrijving van een investering losstaan van de methode die wordt gekozen om de verwerving in kwestie uit te voeren. In dit bredere perspectief gezien wordt met de kwestieuze maatregel uiteindelijk beoogd het vrije kapitaalverkeer te waarborgen door een discriminerende fiscale behandeling tussen transacties met doelondernemingen en louter binnenlandse transacties te voorkomen. Aangezien de verwerving van aanzienlijke deelnemingen in binnenlandse ondernemingen kunnen leiden tot een fusie tussen de verwervende en de verworven onderneming zonder dat van enige juridische of fiscale belemmering sprake is, zou de goodwill die om fiscale redenen uit de combinatie zou resulteren, kunnen worden afgeschreven⁽²⁸⁾. Bij grensoverschrijdende transacties kan echter geen goodwill ontstaan omdat de harmonisatie op communautair niveau niet volledig is of — in een nog ongunstiger geval — helemaal niet aanwezig is. De Spaanse autoriteiten wijzen er in dit verband op⁽²⁹⁾ dat het Spaanse belastingstelsel in verschillende belastingregelingen voorziet, zoals in het geval van verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen in vergelijking met de verwerving van Spaanse ondernemingen (onmogelijkheid fusies tot stand te brengen, nemen van risico's, enz.), om de fiscale neutraliteit te bereiken die door de Spaanse interne wetgeving en door het Gemeenschapsrecht zelf wordt nagestreefd en om een coherente en efficiënte logica van het Spaanse belastingstelsel te waarborgen. Alhoewel met Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten⁽³⁰⁾ (hierna „de richtlijn betreffende de grensoverschrijdende belastingheffing”) de fiscale belemmeringen zijn weggenomen, is Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen⁽³¹⁾ (hierna „de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies”) ⁽³²⁾ nog niet in nationale wetgeving omgezet. In de praktijk maakt deze situatie het
- (25) Zie het arrest van het Hof van Justitie van 8 november 2001 in zaak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH en Wiertersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Jurispr. 2001, blz. I-8365.
- (26) PB L 157 van 26.6.2003, blz. 49.
- (27) PB L 7 van 13.1.2004, blz. 41.
- (28) Overeenkomstig artikel 89, lid 3, van de TRLIS.
- (29) Zie de in overweging 7 genoemde brief van de Spaanse autoriteiten van 5 december 2007, blz. 35.
- (30) PB L 225 van 20.8.1990, blz. 1.
- (31) PB L 310 van 25.11.2005, blz. 1.
- (32) De opmerkingen van de Spaanse autoriteiten werden ontvangen op 5 december 2007 terwijl de lidstaten Richtlijn 2005/56/EG uiterlijk op 15 december 2007 moesten omzetten.

samengaan van ondernemingen uit verschillende lidstaten onmogelijk. Daarom wordt met de kwestieuze maatregel beoogd het negatieve effect weg te nemen van deze belemmeringen het bestaan waarvan niet aan Spanje te wijten is⁽³³⁾. Daarom is de beperking van de werkingsfeer van de kwestieuze maatregel tot grensoverschrijdende verwervingen noodzakelijk met het oog op de toepassing van het neutraliteitsbeginsel. Zo behandelt het Spaanse belastingstelsel belastingplichtigen die zich in verschillende situaties bevinden op verschillende wijze⁽³⁴⁾, wat de neutraliteit waarborgt van het Spaanse belastingstelsel zoals door het Spaanse belastingstelsel zelf en door het Verdrag wordt vereist. Spanje heeft op 16 juni 2009 met name erkend dat de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies weliswaar een positief effect heeft maar dat de Europese ondernemingen op het gebied van grensoverschrijdende fusies nog steeds met een aantal hinderpalen te kampen hebben⁽³⁵⁾ door het gebrek aan omzetting van de richtlijn in nationale wetgeving (rechten van de minderheidsaandeelhouders, rechten van crediteuren, merkproblemen, andere ruimere aspecten op het gebied van de regelgeving, zoals de arbeidswetgeving, alsook algemene politieke en algemene strategische overwegingen).

- (49) Concluderend kan worden vastgesteld dat met de kwestieuze maatregel wordt beoogd, met het oog op investeringsbeslissingen de fiscale belemmeringen weg te nemen die zijn ontstaan doordat het Spaanse belastingstelsel de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen ongunstiger behandelt dan de verwerving van deelnemingen in nationale ondernemingen. De kwestieuze maatregel garandeert dezelfde fiscale behandeling voor beide soorten verwerving (rechtstreekse verwerving van activa en onrechtstreekse verwerving door de aankoop van deelnemingen): de goodwill die uit beide vormen van verwerving resulteert (rechtstreekse goodwill en financiële goodwill) kan op deze wijze worden geïdentificeerd om de integratie van de diverse markten te bevorderen, totdat de feitelijke en juridische belemmeringen voor grensoverschrijdende fusies tussen ondernemingen zijn opgeheven. Op deze wijze zien de Spaanse autoriteiten erop toe dat belastingplichtigen ervoor kunnen kiezen om hetzij plaatselijk hetzij in het buitenland te investeren zonder door genoemde belemmeringen te worden gehinderd. Artikel 12, lid 5, van de TRLIS zorgt er, door de negatieve effecten van de belemmeringen weg te nemen, voor dat eerlijke concurrentievoorwaarden worden hersteld.

A.1.3. De kwestieuze maatregel vervalst de concurrentie niet en heeft geen nadelige gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer

- (50) De Spaanse autoriteiten betogen dat de Commissie niet

overeenkomstig de wettelijke normen heeft aangetoond dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS de concurrentie beperkt, aangezien i) de veronderstelde „markt voor de verwerving van deelnemingen in ondernemingen” in de zin van het concurrentierecht geen referentiemarkt vormt en ii) zelfs indien dit wel zo was, de afschrijving van de goodwill op zich het concurrentievermogen van de Spaanse ondernemingen niet ongunstig beïnvloedt.

- (51) In de eerste plaats heeft de Commissie de kwestieuze maatregel als met de concurrentie strijdig voordeel aange merkt, aangezien Spaanse belastingplichtigen op basis van artikel 12, lid 5, bij de verwerving van een aanzienlijke deelneming in een doelonderneming een premie ontvangen. De Commissie heeft echter geen enkele vergelijkende studie over de economische situatie van Spaanse en buitenlandse ondernemingen verricht.
- (52) Ten tweede kan de kwestieuze maatregel de concurrentie niet vervalsen omdat hij zonder enige beperking voor alle Spaanse ondernemingen openstaat. Alle ondernemingen die zich in dezelfde situatie bevinden als de door de kwestieuze maatregel begunstigde onderneming zouden van deze maatregel kunnen profiteren en zodoende hun belastingdruk verminderen, waardoor ieder eventueel daaruit voortvloeiend concurrentievoordeel verdwijnt. Bovendien valt het lagere belastingtarief in een lidstaat die de concurrentiepositie van de plaatselijke ondernemingen zou kunnen verbeteren, niet onder het toepassingsgebied van de steunregels wanneer dit tarief een algemeen karakter heeft.
- (53) Ten slotte heeft de Commissie al talrijke Spaanse grensoverschrijdende operaties⁽³⁶⁾ die van de kwestieuze maatregel zouden hebben kunnen profiteren, in het licht van de concentratieverordening onderzocht. In geen van deze gevallen heeft de Commissie wegens mogelijke concurrentievervalsing bezwaar gemaakt.
- (54) De door de Commissie geuite beweringen staan niet alleen ver van de realiteit, maar stroken ook niet met de investeringssituatie van de Spaanse ondernemingen. De kwestieuze maatregel vervalst de concurrentie niet en het intracommunautaire handelsverkeer wordt er niet op zodanige wijze door verstoord dat het gemeenschappelijke belang wordt geschaad.
- (55) In een niet-geharmoniseerde markt hebben identieke transacties door de concurrentie tussen de belastingstelsels naargelang van de woonplaats van de marktdeelnemers een verschillende fiscale impact. Hierdoor wordt de concurrentie vervalst, zelfs wanneer de nationale maatregelen in kwestie algemene maatregelen zijn. Anders gezegd: deze vervalsing is niet het resultaat van staatssteun maar van een gebrek aan harmonisatie. Volgens de redenering van de Commissie zou zij ten aanzien van honderden nationale maatregelen formele onderzoeksprocedures moeten inleiden, wat zou leiden tot een voor buitenlandse investeringen zeer schadelijke situatie van rechtsonzekerheid.

⁽³³⁾ Zie de overwegingen van Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), (PB L 207 van 18.8.2003, blz. 1), en het verslag van het Europees Economisch en Sociaal Comité van 28 april 2004, COM(2003) 703 definitief — 2003/2077 (COD).

⁽³⁴⁾ Zoals wordt betoogd op bladzijde 8 van de brief van de Spaanse autoriteiten van 30 juni 2008, zie overweging 9.

⁽³⁵⁾ Onder verwijzing naar de beoordeling door de Commissie van de toepassing van Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (PB L 142 van 30.4.2004, blz. 12).

⁽³⁶⁾ Zie de beschikking van de Commissie van 10 juni 2005 (Cesky Telecom), de beschikking van de Commissie van 10 januari 2005 (O₂), de beschikking van de Commissie van 23 mei 2006 (Quebec, GIC, BAA), de beschikking van de Commissie van 15 september 2004 (Abbey National) en de beschikking van de Commissie van 26 maart 2007 (Scottish Power), die op <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/beschikbaar> zijn.

A.2. Verenigbaarheid

- (56) Zelfs wanneer de Commissie van mening is dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag is, is deze bepaling verenigbaar met artikel 87, lid 3, van het Verdrag, omdat zij bijdraagt aan de integratie van internationale ondernemingen die in het gemeenschappelijke Europese belang ligt.
- (57) Zoals in het Actieplan staatssteun⁽³⁷⁾ wordt uiteengezet, kan een maatregel als met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden beschouwd wanneer deze een marktfalen corrigeert, voldoet aan helder omschreven doelstellingen van gemeenschappelijk belang en de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. In de onderhavige zaak bestaat het marktfalen in de moeilijkheid (of bijna de onmogelijkheid), grensoverschrijdende bedrijfscombinaties uit te voeren. Met artikel 12, lid 5, van de TRLIS wordt de oprichting van pan-Europese ondernemingen door de behandeling op voet van gelijkheid van nationale en grensoverschrijdende verwervingen bevorderd.
- (58) Derhalve is, voor de Spaanse autoriteiten, artikel 12, lid 5, van de TRLIS verenigbaar met de gemeenschappelijke markt omdat het, bij gebrek aan harmonisatie op fiscaal vlak in Europa, hinderpalen voor grensoverschrijdende investeringen op gepaste wijze wegneemt. Met de kwestieuze maatregel wordt inderdaad beoogd, het negatieve effect van de belemmeringen voor grensoverschrijdende fusies tussen ondernemingen op te heffen en de fiscale behandeling van grensoverschrijdende en nationale bedrijfscombinaties gelijk te trekken om ervoor te zorgen dat beslissingen die ten aanzien van dit soort operaties worden genomen niet op fiscale overwegingen maar uitsluitend op economische overwegingen worden gebaseerd.

A.3. Gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid

- (59) Ten slotte moet de Commissie, voor het geval zij artikel 12, lid 5, van de TRLIS als een met de gemeenschappelijke markt verenigbare steun verklaart, erkennen dat er bepaalde omstandigheden zijn waarin niet-terugvordering van de overeenkomstig artikel 12, lid 5, van de TRLIS verleende vermeende steun gerechtvaardigd is. Zo moeten de begunstigden het recht hebben om de uitzonderlijke afschrijving te voltooien van de financiële goodwill die betrekking heeft op verwervingen die vóór de datum van publicatie van de eindbeschikking zijn verricht.

⁽³⁷⁾ Actieplan staatssteun — Minder en beter gerichte staatssteun: Een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009), COM(2005) 107 definitief (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

- (60) Ten eerste lijkt de Commissie in het besluit tot inleiding van de procedure het vermoedelijke bestaan van gewettigd vertrouwen te erkennen. Volgens de jurisprudentie van het Gerecht van eerste aanleg⁽³⁸⁾ vormt deze verklaring een duidelijke aanwijzing van het bestaan van een gewettigd vertrouwen. Aangezien het besluit tot inleiding van de procedure niet op het resultaat van de formele onderzoeksprocedure vooruitloopt, moet het gewettigd vertrouwen worden erkend voor alle operaties die vóór de datum van publicatie hebben plaatsgevonden.
- (61) Ten tweede heeft de Commissie in haar antwoorden op de door leden van het Europees Parlement ingediende schriftelijke vragen⁽³⁹⁾ verklaard dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS geen staatssteun vormt. Deze verklaring vormt een duidelijk standpunt van de Commissie, dat de Spaanse autoriteiten en de begunstigden van de kwestieuze maatregel een duidelijk gewettigd vertrouwen biedt.
- (62) Ten derde heeft de Commissie, in overeenstemming met de conclusie waartoe zij in vergelijkbare gevallen⁽⁴⁰⁾ is gekomen, er een aantal indirecte bewijzen voor geleverd dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS geen staatssteun is. Gelet op deze besluiten had een voorzichtige onderneming niet kunnen voorzien dat de Commissie een tegengesteld standpunt kon innemen.
- (63) Ten slotte moet de kwestieuze maatregel blijven gelden voor alle operaties die vóór de datum van publicatie van een negatieve beschikking hebben plaatsgevonden, totdat de afschrijving van de goodwill is voltooid. De kwestieuze maatregel bestaat in een recht om een bepaald, op het tijdstip van de verwerving vastgesteld, bedrag af te trekken, waarbij de aftrek over de volgende twintig jaar is gespreid. Voorts is het, gezien het standpunt van de Commissie in vergelijkbare gevallen⁽⁴¹⁾, gerechtvaardigd ervan uit te gaan dat het gewettigd vertrouwen tot op de datum van publicatie van de eindbeschikking moet worden gehandhaafd.

B. Opmerkingen van de twee partijen

- (64) Naar de mening van de twee andere belanghebbenden vormt artikel 12, lid 5, van de TRLIS staatssteun. Volgens hen is er in de onderhavige zaak geen gewettigd vertrouwen, en daarom verzoeken zij de Commissie de terugvordering van alle onrechtmatig ontvangen steun te gelasten.

⁽³⁸⁾ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 september 2007 in zaak T-348/03, *Koninklijke Friesland Foods/Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-101.

⁽³⁹⁾ Schriftelijke vragen E-4431/05 en E-4772/05.

⁽⁴⁰⁾ Waaronder de beschikking van de Commissie van 30 juli 2004 in zaak N 354/04, „Company Holding Regime” Ierland, (PB C 131 van 28.5.2005, blz. 11), en de beschikking van de Commissie van 13 juli 2006 in zaak C4/07 (ex N 465/06), Groepsrentebox, (PB C 66 van 22.3.2007, blz. 30).

⁽⁴¹⁾ Zie de Beschikking van de Commissie van 31 oktober 2000 (2001/168/EGKS) betreffende de Spaanse wetgeving inzake de vennootschapsbelasting (PB L 60 van 1.3.2001, blz. 57).

B.1. De kwestieuze maatregel is staatssteun

B.1.1. De kwestieuze maatregel verschaft een economisch voordeel

(65) Artikel 12, lid 5, van de TRLIS heeft naar de mening van de beide belanghebbenden een uitzonderlijk karakter doordat het Spaanse belastingstelsel, met uitzondering van deze bepaling, geen enkele afschrijving van financiële goodwill toestaat, maar alleen aftrek in geval van waardevermindering. Tot de invoering van artikel 12, lid 5, van de TRLIS stond de Spaanse wet op de vennootschapsbelasting niet de afschrijving toe van deelnemingen, ongeacht of er wel of niet waardevermindering had plaatsgevonden. Zij onderstrepen dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS op Europees niveau waarschijnlijk uniek is, omdat geen andere lidstaat een soortgelijke regeling voor grensoverschrijdende transacties heeft waarbij geen verwerving van controlerende deelnemingen plaatsvindt.

(66) In het Spaanse belastingstelsel kan de goodwill alleen in het kader van een bedrijfscombinatie worden afgeschreven — de enige uitzondering is de kwestieuze maatregel, die afschrijving in een uitzonderlijk geval toestaat: bij verwerving van een minderheidsdeelneming in een doelonderneming. Deze regeling wijkt van het algemene belastingstelsel af, aangezien de afschrijving niet alleen zonder een bedrijfscombinatie mogelijk is, maar ook in de gevallen waarin de koper niet eens de zeggenschap over de buitenlandse doelonderneming verwerft. Artikel 12, lid 5, van de TRLIS verleent aldus aan bepaalde Spaanse ondernemingen een voordeel tegenover a) andere Spaanse ondernemingen die alleen op nationaal niveau actief zijn en b) andere marktdeelnemers in de Gemeenschap, die op internationaal niveau met de Spaanse begunstigden van de kwestieuze maatregel concurreren.

(67) Uit economisch oogpunt verstrekken de Spaanse autoriteiten niet alleen een renteloze lening over twintig jaar (rentevrij uitstel van belasting), maar laten zij ook de beslissing over het tijdstip van de terugbetaling van de rentevrije lening aan de leningnemer over, in zoverre dit krediet daadwerkelijk wordt terugbetaald. Indien de investeerder de aanzienlijke deelneming niet overdraagt, komt dit erop neer dat de schuld door de Spaanse autoriteiten wordt kwijgescholden. In dit geval wordt de maatregel een permanente belastingvrijstelling.

(68) Een van de twee andere belanghebbenden berekent dat Spaanse kopers, bijvoorbeeld uit het bankwezen, ten gevolge van de kwestieuze maatregel circa 7 % meer zouden kunnen betalen dan anders het geval zou zijn. Aangezien de biedprijs door verscheidene elementen wordt bepaald, erkent deze belanghebbende echter ook dat de kwestieuze maatregel niet de enige factor is — alhoewel het waarschijnlijk wel een van de belangrijkste factoren is achter de agressiviteit van de potentiële Spaanse kopers die van de maatregel in kwestie profiteren. Deze belanghebbende is voorts van mening dat de kwestieuze maat-

regel bij internationale veilingen potentiële Spaanse kopers een duidelijk voordeel verleent.

B.1.2. De kwestieuze maatregel begunstigt bepaalde ondernemingen of producties

(69) Er is een duidelijke parallel tussen de onderhavige zaak en de omstandigheden die tot het arrest van het Hof van Justitie van 15 juli 2004 hebben geleid ⁽⁴²⁾. Ondanks de argumenten van de Spaanse autoriteiten, volgens welke de kwestieuze maatregel in laatstgenoemde zaak niet selectief is omdat artikel 37 van de TRLIS van toepassing is op alle Spaanse ondernemingen die in het buitenland investeren, concludeerde het Hof dat de maatregel staatssteun is omdat hij tot één categorie ondernemingen beperkt is, namelijk ondernemingen die bepaalde internationale investeringen doen. Dezelfde argumentatie kan ook op artikel 12, lid 5, van de TRLIS worden toegepast. De selectiviteit van artikel 12, lid 5, van de TRLIS berust derhalve op het feit dat alleen ondernemingen die deelnemingen in buitenlandse ondernemingen verwerven voor de regeling in aanmerking kunnen komen.

(70) Bovendien komen alleen ondernemingen van een bepaalde omvang en financiële soliditeit met multinationale activiteiten in aanmerking voor artikel 12, lid 5, van de TRLIS. Hoewel de ondernemingsbalans de boekwaarde van de activa laat zien, is het weinig waarschijnlijk dat zij ook de marktwaarde van de activa weerspiegelen. Daarom hebben in de praktijk echter alleen marktdeelnemers die een controlerende deelneming in een doelonderneming hebben, voldoende toegang tot de documenten van een onderneming om de stilzwijgende marktwaarde van de activa van de onderneming vast te stellen. Derhalve begunstigt de drempelwaarde van 5 % ondernemingen met multinationale activiteiten.

(71) Bovendien heeft alleen een Spaanse marktdeelnemer met activiteiten in Spanje een Spaanse belastinggrondslag en kan van de afschrijving profiteren. Daarom kunnen hiervan in de praktijk alleen in Spanje gevestigde ondernemingen met een aanzienlijke Spaanse belastinggrondslag profiteren, aangezien het potentiële voordeel van de omvang van de Spaanse operatie en niet van de verwerving afhankelijk is. Alhoewel artikel 12, lid 5, van de TRLIS op alle in Spanje gevestigde marktdeelnemers is gericht, kan in de praktijk slechts een beperkt en definieerbaar aantal ondernemingen met Spaanse belastinggrondslag, die in het belastingjaar in kwestie in het buitenland deelnemingen verwerven en waarvan de belastinggrondslag voldoende is om de goodwill te mogen aftrekken, jaarlijks van de maatregel profiteren. Als gevolg hiervan werkt de maatregel in de praktijk een verschillende fiscale behandeling in de hand, ook met betrekking tot Spaanse marktdeelnemers die zich in dezelfde situatie bevinden waarin zij in het buitenland deelnemingen verwerven.

⁽⁴²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 15 juli 2004 in zaak C-501/00, *Spanje/Commissie*, Jurispr. 2004, blz. I-6717.

(72) De beide partijen betogen dat zij geen objectieve of horizontale criteria of voorwaarden hebben kunnen vaststellen, die de kwestieuze maatregel zouden rechtvaardigen. Integendeel, zij zijn van mening dat met de kwestieuze maatregel wordt beoogd bepaalde Spaanse marktdeelnemers een voordeel te verschaffen. Daarnaast moeten, indien de kwestieuze maatregel een vast bestanddeel van het Spaanse belastingstelsel is, ook de buitenlandse deelnemingen die vóór deze datum zijn verworven van de maatregel kunnen profiteren, wat niet het geval is omdat de belastingaftrek alleen geldt voor deelnemingen die na 1 januari 2002 zijn verworven.

(73) Derhalve, en in het licht van het beleid van de Commissie ⁽⁴³⁾, moet de kwestieuze maatregel als selectief worden beschouwd.

B.1.3. De kwestieuze maatregel vervalst de concurrentie en heeft nadelige gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer

(74) De kwestieuze maatregel is duidelijk discriminerend van aard, aangezien hij de Spaanse marktdeelnemers een eenduidig fiscaal en financieel voordeel verschaft, waarvan buitenlandse marktdeelnemers niet kunnen genieten. Bij veilingen of andere inschrijvingsprocedures voor de verwerving van een onderneming maakt een dergelijk voordeel een aanzienlijk verschil.

(75) Een openbaar overnamebod impliceert doorgaans de betaling van een premie over de prijs van de aandelen van de doelonderneming, die bijna altijd in financiële goodwill resulteert. De financiële pers heeft herhaaldelijk bericht over grote overnames door Spaanse ondernemingen en over de ingevolge de Spaanse belastingvoorschriften betreffende de afschrijving van financiële goodwill behaalde fiscale voordelen. Bij een van deze overnames, die door een investeringsbank werd verricht, was bekend dat het fiscale voordeel dat uit artikel 12, lid 5, van de TRLIS resulteerde 1,7 miljard EUR, dat wil zeggen 6,5 % van de biedprijs, bedroeg. Uit een ander verslag bleek dat de Spaanse koper een bod had kunnen voorleggen, dat circa 15 % boven dat van de niet-Spaanse concurrenten lag.

(76) De kwestieuze maatregel lijkt ook bepaalde exportactiviteiten (uitvoersteun voor de verwerving van buitenlandse deelnemingen) van Spaanse ondernemingen te begunstigen, wat in strijd is met het vaste beleid van de Commissie ter zake ⁽⁴⁴⁾.

B.1.4. Bij de kwestieuze maatregel worden overheidsmiddelen ingezet

(77) De kwestieuze maatregel komt aan ondernemingen ten goede die aan bepaalde voorwaarden voldoen en stelt hen in de gelegenheid hun belastinggrondslag, en daar-

mee ook de hoogte van de belasting die zij in een bepaald belastingjaar hadden moeten betalen, te verlagen. De maatregel verschaft de onderneming aldus een financieel voordeel, waarvan de kosten rechtstreeks uit de begroting van de lidstaat in kwestie worden gefinancierd.

V. ANTWOORD VAN SPANJE OP DE OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

(78) De Spaanse autoriteiten wijzen erop dat de grote meerderheid van de van belanghebbenden ontvangen opmerkingen hun standpunt ondersteunt. Alleen de beide andere belanghebbenden hebben verklaard dat de kwestieuze maatregel staatssteun is, terwijl alle overigen tot de conclusie zijn gekomen dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS geen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag is. In het tegengestelde geval zouden minder marktdeelnemers opmerkingen hebben gezonden. Bovendien toont de diversiteit van de activiteit en de omvang van de belanghebbenden het algemene karakter van de kwestieuze maatregel aan.

(79) Wat het uitzonderlijke karakter van de kwestieuze maatregel betreft, verwerpen de Spaanse autoriteiten deze kwalificatie, daarbij wijzend op het gemeenschappelijke kenmerk van de afschrijving van goodwill en financiële goodwill volgens de Spaanse boekhoudregels ⁽⁴⁵⁾. Bovendien is fiscale aftrek van de afschrijving van de goodwill overeenkomstig artikel 11, lid 4, en artikel 89, lid 3, van de TRLIS de algemene regel van het Spaanse stelsel van vennootschapsbelasting. Artikel 12, lid 5, van de TRLIS volgt deze zelfde logica. Artikel 12, lid 3, van de TRLIS kan niet als algemene regel voor de afschrijving van de financiële goodwill worden aangemerkt, omdat het op de aftrek van deelnemingen in niet-beursgenoteerde ondernemingen betrekking heeft. Deze bepaling heeft betrekking op de waardevermindering van de theoretische boekwaarde en niet op de financiële goodwill. Artikel 12, lid 3 en artikel 12, lid 5, van de TRLIS zijn twee elkaar aanvullende algemene bepalingen: lid 3 verwijst naar de waardevermindering die is toe te schrijven aan negatieve resultaten van de doelonderneming, terwijl lid 5, alleen betrekking heeft op de aftrek van het deel van de waardevermindering dat aan de waardevermindering van de financiële goodwill is toe te schrijven. Ten slotte is het feit dat er in geen enkele andere lidstaat een met de kwestieuze maatregel vergelijkbare maatregel is, niet relevant, omdat de belastingstelsels in de Europese Unie niet geharmoniseerd zijn.

(80) Wat het selectieve karakter van de kwestieuze maatregel betreft, is de met het arrest van het Hof van Justitie van 15 juli 2004 ⁽⁴⁶⁾ getrokken parallel niet juist, omdat de Commissie in die zaak het profiel van de begunstigde duidelijk had gedefinieerd, terwijl dit in de onderhavige zaak niet mogelijk was. Artikel 12, lid 5, van de TRLIS vereist geen enkel verband tussen de verwerving van een deelneming en de uitvoer van goederen en diensten. Daarom leidt de kwestieuze maatregel niet tot toename van de uitvoer van Spaanse goederen of diensten. Het feit dat deze niet-selectieve maatregel niet op nationale operaties kan worden toegepast, doet geen afbreuk aan het

⁽⁴³⁾ Zie punt II.1.b) ff) van het verslag van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/rapportaidesfiscales_en.pdf.

⁽⁴⁴⁾ Zie Beschikking 82/364/EEG van de Commissie van 17 mei 1982 betreffende de rentesubsidies ten behoeve van kredieten voor export uit Frankrijk naar Griekenland na de toetreding van het laatstgenoemde land tot de Europese Economische Gemeenschap (PB L 159 van 10.6.1982, blz. 44), met name deel IV, waarin wordt verwezen naar de zaken 6/69 en 11/69, *Commissie/Frankrijk*.

⁽⁴⁵⁾ Zie resolutie nr. 3 van Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas (ICAC) van november 1996, BOICAC 27.

⁽⁴⁶⁾ Zie voetnoot 42.

algemene karakter ervan. Het uiteindelijke doel van de kwestieuze maatregel komt overeen met dat van de richtlijn betreffende de grensoverschrijdende belastingheffing en bestaat erin, te waarborgen dat investeringsbeslissingen op economische overwegingen en niet op fiscale criteria worden gebaseerd. Aangezien bedrijfscombinaties door de verwerving van deelnemingen op nationaal niveau maar niet met grensoverschrijdende verwervingen tot stand kunnen komen, is het verschil in behandeling tussen nationale en grensoverschrijdende transacties daarom niet alleen juridisch gerechtvaardigd om de neutraliteit van het belastingstelsel te waarborgen, maar ook noodzakelijk.

- (81) Wat het vermeende concurrentievervalsende karakter van de kwestieuze maatregel betreft, herinneren de Spaanse autoriteiten eraan dat iedere belastingaftrek die de exploitatiekosten vermindert, het concurrentievermogen van de begunstigde vergroot. Deze bewering is echter niet relevant, aangezien de kwestieuze maatregel een algemene maatregel is. De verschillende belastingtarieven die in de lidstaten worden toegepast en die gevolgen voor het concurrentievermogen van de daar gevestigde ondernemingen hebben, vallen niet binnen het toepassingsgebied van de steunregels. Bovendien is niet bewezen dat de kwestieuze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Voorts heeft afschrijving van de financiële goodwill niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat de door de concurrent geboden prijs stijgt.
- (82) Met het oog op de verenigbaarheid van de kwestieuze maatregel met de gemeenschappelijke markt is artikel 12, lid 5, van de TRLIS naar de mening van de Spaanse autoriteiten gepast en evenredig om een marktfalen te corrigeren, doordat het een neutraal belastingstelsel voor nationale en grensoverschrijdende operaties opzet dat de ontwikkeling van pan-Europese ondernemingen bevordert.

VI. BEOORDELING VAN DE REGELING

- (83) Om vast te stellen of een maatregel staatssteun is, moet de Commissie nagaan of deze aan de voorwaarden van artikel 87, lid 1, van het Verdrag voldoet. Hierin wordt bepaald: „Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”. In het licht van deze bepaling onderzoekt de Commissie hieronder of de kwestieuze maatregel staatssteun is.

A. Selectiviteit en de vraag of de maatregel voordeel verschaft

- (84) Een maatregel geldt als staatssteun wanneer deze in die zin specifiek of selectief is, dat hij bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen bevoordeelt.
- (85) In haar Mededeling⁽⁴⁷⁾ verklaart de Commissie „bij de toepassing van artikel 92, lid 1, (thans artikel 87, lid 1)

op een belastingmaatregel gaat het er derhalve in de eerste plaats om dat deze maatregel een uitzondering op de toepassing van het belastingstelsel ten gunste van bepaalde ondernemingen in die lidstaat behelst. Eerst moet derhalve worden vastgesteld welke algemene regeling van toepassing is. Vervolgens moet worden nagegaan of de uitzondering of differentiaties binnen die regeling gerechtvaardigd worden „door de aard of de opzet van het belastingstelsel”, d.w.z. of zij rechtstreeks voortvloeien uit de basis- of hoofdbeginselen van het belastingstelsel van de lidstaat in kwestie”.

- (86) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie⁽⁴⁸⁾ „blijkt, wat de beoordeling van de selectiviteitsvoorwaarde betreft, die voor het begrip staatssteun beslissend is, [...] uit vaste rechtspraak dat volgens artikel 87, lid 1, Europese Gemeenschap moet worden vastgesteld of een nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan begunstigen ten opzichte van andere die zich, uit het oogpunt van de doelstelling van de betrokken regeling, in een feitelijk en rechtens vergelijkbare situatie bevinden”⁽⁴⁹⁾.
- (87) Daarnaast heeft het Hof van Justitie herhaaldelijk vastgesteld dat artikel 87, lid 1, van het Verdrag geen onderscheid maakt tussen de oorzaken of doelstellingen van staatssteun, maar deze in verhouding tot hun gevolgen beschrijft⁽⁵⁰⁾. Belastingmaatregelen die geen aanpassing van het algemene stelsel aan bepaalde kenmerken van bepaalde ondernemingen vormen, maar die als middel ter verbetering van hun concurrentievermogen zijn ingevoerd, vallen binnen het toepassingsgebied van artikel 87, lid 1, van het Verdrag⁽⁵¹⁾.
- (88) Het begrip staatssteun is echter niet van toepassing op steunmaatregelen die een onderscheid tussen ondernemingen maken, wanneer dit onderscheid voortvloeit uit de aard of de algehele structuur van het systeem waarvan zij deel uitmaken. Zoals in de mededeling van de Commissie⁽⁵²⁾ wordt uiteengezet, kunnen „sommige voorwaarden [...] worden gerechtvaardigd door objectieve verschillen tussen de belastingplichtigen”.

⁽⁴⁸⁾ Zie in dit verband het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-143/99, *Adria-Wien*; voetnoot 25, punt 41; arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2004 in zaak C-308/01, *GIL Insurance*, Jurispr. 2004, blz. I-4777, punt 68; arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2005 in zaak C-172/03, *Heiser*, Jurispr. 2005, blz. I-1627, punt 40 en het arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2006 in zaak C-88/03 *Portugal/Commissie*, Jurispr. 2006, blz. I-7115, punt 54.

⁽⁴⁹⁾ Zie in dit verband het arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2006 in zaak C-88/03 *Portugal/Commissie*, Jurispr. 2006, blz. I-7115, punt 54.

⁽⁵⁰⁾ Zie, bijvoorbeeld, het arrest van het Hof van Justitie van 29 februari 1996 in zaak C-56/93 *België/Commissie*, Jurispr. 1996, blz. I-723, punt 79; het arrest van het Hof van Justitie van 26 september 1996 in zaak C-241/94 *Frankrijk/Commissie*, Jurispr. 1996, blz. I-4551, punt 20; het arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 1999 in zaak C-75/97, *België/Commissie*, Jurispr. 1999, blz. I-3671, punt 25 en het arrest van het Hof van Justitie van 13 februari 2003 in zaak C-409/00 *Spanje/Commissie*, Jurispr. 2003, blz. I-10901, punt 46.

⁽⁵¹⁾ Zie, bijvoorbeeld, het arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005 in zaak C-66/02 *Italië/Commissie*, Jurispr. 2005, blz. I-10901, punt 101; zie tevens de beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox (C 4/07 (ex N 465/06), nog niet bekendgemaakt in het Publicatieblad), met name overweging 75 e.v.

⁽⁵²⁾ Zie voetnoot 21.

⁽⁴⁷⁾ Zie voetnoot 21.

- (89) Zoals in het volgende gedeelte meer in detail wordt uitgelegd, is de Commissie van oordeel dat de kwestieuze maatregel selectief is, omdat hij slechts aan bepaalde groepen ondernemingen, die bepaalde investeringen in het buitenland doen, ten goede komt. Naar haar mening wordt dit specifieke karakter van de regeling niet door de aard ervan gerechtvaardigd, los van de vraag of het referentiestelsel wordt gedefinieerd als de regels inzake de fiscale behandeling van de financiële goodwill (zie overwegingen 92 tot en met 114) dan wel als de fiscale behandeling van de goodwill, die voortvloeit uit een belang dat is verworven in een buiten Spanje gevestigde onderneming (zie overwegingen 115 tot en met 119). Naar de mening van de Commissie moet de kwestieuze maatregel worden beoordeeld aan de hand van de algemene voorschriften van de regeling inzake de vennootschapsbelasting, die voor situaties gelden waarbij het ontstaan van goodwill tot een fiscaal voordeel leidt (zie overwegingen 35 tot en met 55), met name omdat situaties waarin de financiële goodwill kan worden afgeschreven volgens de Commissie niet de gehele categorie van belastingplichtigen, die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden, dekken.
- (90) Voorts concludeert de Commissie dat de kwestieuze maatregel, zelfs indien een ander referentiestelsel was gekozen, gebaseerd op het door de Spaanse autoriteiten voorgestelde stelsel (zie overwegingen 56 tot en met 58), toch staatssteun zou zijn, met name wegens de uiteenlopende feitelijke en rechtelijke voorwaarden waaraan moet worden voldaan om ervoor te zorgen dat de verschillende scenario's kunnen profiteren van de bepalingen inzake de goodwill die resulteert uit de verwerving van een economisch belang in een onderneming die in een ander land dan Spanje is gevestigd.
- (91) Bij deze alternatieve hypothese is de kwestieuze maatregel te onprecies en vaag, omdat de toepassing ervan niet aan het bestaan van bepaalde, juridisch afgebakende situaties wordt gebonden, die een andere fiscale behandeling zouden rechtvaardigen. De toepassing van de kwestieuze maatregel strekt zich dan ook uit tot situaties waarvan niet in voldoende mate is aangetoond dat zij anders zijn om een selectieve uitzondering op de algemene regels inzake goodwill te rechtvaardigen. De Commissie is dan ook van oordeel dat de kwestieuze maatregel in belastingaftrek voor bepaalde soorten kosten bestaat en op discriminerende wijze een brede categorie transacties dekt, wat niet kan worden gerechtvaardigd door het bestaan van objectieve verschillen tussen belastingplichtigen en derhalve tot concurrentievervalsing leidt⁽⁵³⁾.

A.1. Fiscale behandeling van financiële goodwill volgens het Spaanse belastingstelsel ten aanzien van intracommunautaire verwervingen

A.1.1. Referentiestelsel

- (92) In het besluit tot inleiding van de procedure was de Commissie van mening dat het juiste referentiestelsel het Spaanse stelsel van vennootschapsbelasting is, en meer in het bijzonder de regels betreffende de fiscale behandeling van financiële goodwill die in het Spaanse belastingstelsel zijn vervat. Deze aanpak komt overeen

met de eerdere praktijk van de Commissie en de jurisprudentie van de communautaire rechtscolleges, waarin wordt gesteld dat het referentiestelsel het gewone stelsel van vennootschapsbelasting is⁽⁵⁴⁾. In hun opmerkingen onderstrepen de Spaanse autoriteiten dat de hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties belastingplichtigen, die deelnemingen in nationale ondernemingen verwerven, in een andere rechtelijke en feitelijke situatie plaatsen dan belastingplichtigen die deelnemingen in buitenlandse ondernemingen verwerven. Volgens de Spaanse autoriteiten is deze situatie het gevolg van het bestaan van hinderpalen waardoor Spaanse investeerders, na de verwerving van deelnemingen, geen grensoverschrijdende bedrijfscombinaties tot stand kunnen brengen, terwijl zij het in een nationale context wel kunnen doen.

- (93) Ten eerste zij er, wat het bestaan van deze vermeende hinderpalen betreft, op gewezen dat de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden geen gedetailleerde informatie over het bestaan van dit soort hinderpalen hebben verschaft en hebben zij zich er — zelfs in hun laatste betoog — toe beperkt, algemene en ongerechtvaardigde beweringen te uiten, door algemene kenmerken te onderstrepen zoals de verschillen die voortvloeien uit de niet-omzetting van de richtlijn vennootschapsrecht, de verschillen met betrekking tot de rechten van minderheidsaandeelhouders, de rechten van crediteuren, het arbeidsrecht en het nationale handelsmerk en algemene politieke en commerciële overwegingen. Indien niet-gerechtvaardigde elementen van algemene aard zoals deze in aanmerking konden worden genomen om het toepassingsgebied van artikel 87 van het Verdrag te bepalen, bestaat het gevaar dat het begrip steun in sterke mate willekeurig wordt. Bovendien worden deze subjectieve beweringen door argumenten gestaafd noch gerechtvaardigd. Daarnaast halen de Spaanse autoriteiten het verslag van de Commissie over de toepassing van de richtlijn betreffende het openbaar overnamebod aan⁽⁵⁵⁾ maar zij verschaffen geen uitleg over het verband tussen de hinderpalen voor het openbare overnamebod en de vermeende hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties.
- (94) Ten tweede hebben de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden, wat de aard van die vermeende hinderpalen betreft, geen enkel vermoedelijk op de gemeenschappelijke markt bestaande fiscale hinderpaal uitdrukkelijk aangeduid. Sinds 1 januari 1992, op welke datum de richtlijn betreffende grensoverschrijdende belastingheffing door de lidstaten moest zijn omgezet, zijn de fiscale hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties weggenomen. Derhalve geldt de fiscale behandeling van bedrijfscombinaties, zowel op het gebied van nationale als op het gebied van grensoverschrijdende operaties, als geharmoniseerd. Wat hinderpalen betreft die niet van fiscale aard zijn en met name uit het vennootschapsrecht voortvloeiende hinderpalen die aan de lidstaat van vestiging van de verworven onderneming toe te schrijven zijn, is de Commissie van oordeel dat de hinderpalen voor bedrijfscombinaties binnen de gemeenschappelijke markt zijn opgeheven met ingang van 8 oktober 2004, de datum van inwerkingtreding van Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van

⁽⁵³⁾ Zie in deze zin voetnoot 52, beschikking betreffende de regeling inzake de groepsrentebox, met name overweging 83 e.v.

⁽⁵⁴⁾ Zie, onder andere, het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 1 juli 2004 in zaak T-308/00, Salzgitter/Commissie, Jurispr. 2004, blz. II-1933, punt 82.

⁽⁵⁵⁾ Zie document SEC(2007) 268 van 21 februari 2007.

het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers⁽⁵⁶⁾ en Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE)⁽⁵⁷⁾ of, uiterlijk, vanaf de datum van omzetting⁽⁵⁸⁾ van de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies. De behandeling van bedrijfscombinaties is daarom, uit het oogpunt van het vennootschapsrecht, ten minste vanaf 15 december 2007 gelijk voor nationale en grensoverschrijdende transacties. In de preambule van de Spaanse wet 3/2009 van 3 april 2009⁽⁵⁹⁾, over de structurele wijzigingen van handelsvennootschappen die in de richtlijn vennootschapsrecht zijn vervat wordt deze analyse bevestigd waar deze verklaart dat [...] in de Spaanse praktijk grensoverschrijdende bedrijfscombinaties, waarop de wetgeving van verschillende lidstaten van toepassing is, al bekend waren [...]. De Spaanse autoriteiten noch de dertig belanghebbenden hebben de Commissie in kennis gesteld van enige gegronde belemmering die een andere juridische behandeling dan de in de kwestieuze maatregel bedoelde zou kunnen rechtvaardigen. Hoewel de Spaanse autoriteiten op 16 juni 2009 een lijst van problemen⁽⁶⁰⁾ hebben ingediend die verband houden met de hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties, bevat dit document met bewijsmateriaal gestaafe informatie noch relevante feitelijke elementen om de discriminerende kenmerken van de kwestieuze maatregel te rechtvaardigen.

- (95) Ten derde wijst de Commissie erop dat er, overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie⁽⁶¹⁾, van een inbreuk op de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen sprake kan zijn indien de lidstaten grensoverschrijdende bedrijfscombinaties niet een gelijke behandeling geven als nationale bedrijfscombinaties. Wanneer een nationale wet een onderscheid maakt in de behandeling tussen ondernemingen al naargelang de interne of grensoverschrijdende aard van de fusie, kan dit namelijk tot gevolg hebben dat de in het Verdrag verankerde vrijheid van vestiging niet wordt uitgevoerd. Meer in het bijzonder vormt „een dergelijk verschil in behandeling [...] een beperking in de zin van de artikelen 43 en 48 van het Verdrag, die strijdig is met het recht van vestiging en die alleen toelaatbaar is indien er een rechtmatig doel mee wordt nagestreefd dat zich met het Verdrag verdraagt, en indien zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang”⁽⁶²⁾. Voorts zij erop gewezen dat de bij artikel 87, lid 3, van het Verdrag aan de Commissie verleende beoordelingsbevoegdheid

haar niet toestaat, de lidstaten te machtigen af te wijken van andere bepalingen van Gemeenschapsrecht dan die betreffende de toepassing van artikel 87, lid 1, van het Verdrag⁽⁶³⁾.

- (96) De Commissie is dan ook van mening dat er geen enkele reden is om van het in het besluit tot inleiding van de procedure genoemde referentiestelsel af te wijken: het gepaste referentiekader voor de beoordeling van de kwestieuze maatregel is het kader dat wordt gevormd door het Spaanse algemene stelsel van vennootschapsbelasting en, preciezer gezegd, de in genoemd belastingstelsel vervatte voorschriften inzake de fiscale behandeling van financiële goodwill.

A.1.2. Bestaan van een uitzondering op dit referentiestelsel

- (97) In het Spaanse fiscale stelsel wordt de belastinggrondslag berekend op basis van het boekhoudresultaat, dat dan vervolgens overeenkomstig specifieke belastingregels gecorrigeerd wordt. Bij wijze van inleiding wijst de Commissie erop dat de kwestieuze maatregel een uitzondering vormt op het Spaanse boekhoudstelsel. Het ontstaan van de financiële goodwill kan slechts abstract, door consolidering van de boeken van de doelonderneming met die van de verwervende onderneming, worden berekend. Niettemin is, overeenkomstig het Spaanse boekhoudstelsel, de consolidatie van de boeken verplicht in geval van verwerving van de zeggenschap⁽⁶⁴⁾, zowel bij nationale als bij grensoverschrijdende fusies, om de totale situatie te presenteren van een groep ondernemingen die onder de zeggenschap van een enkele onderneming valt. Een dergelijke situatie wordt geacht te bestaan⁽⁶⁵⁾, bijvoorbeeld, wanneer de moedermaatschappij over de meerderheid van de stemrechten in de afhankelijke onderneming beschikt. Bij de kwestieuze maatregel, die vanaf een deelneming van 5 % van toepassing is, behoeft van een dergelijke zeggenschap echter geen sprake te zijn. Tot slot wijst de Commissie er tevens op dat overeenkomstig de boekhoudregels vanaf 1 januari 2005⁽⁶⁶⁾, de financiële goodwill door geen enkele onderneming meer kan worden afgeschreven. De dertig belanghebbenden wijzen in dit verband op bepalingen⁽⁶⁷⁾ die overeenkomstig het huidige Spaanse boekhoudstelsel niet meer van kracht zijn. Uit hoofde van wet nr. 16/2007 van 4 juli 2007 betreffende de hervorming en aanpassing van de handelswetgeving op het gebied van boekhouding met het oog op de internationale harmonisatie ervan overeenkomstig het recht van de Europese Unie en koninklijk decreet 1514/2007 van 16 november 2007 houdende goedkeuring van het algemene boekhoudplan, is de afschrijving

⁽⁵⁶⁾ PB L 294 van 10.11.2001, blz. 22, richtlijn op 10 november 2001 van kracht geworden.

⁽⁵⁷⁾ PB L 294 van 10.11.2001, blz. 1, verordening op 8 oktober 2004 van kracht geworden.

⁽⁵⁸⁾ 15 december 2007, volgens artikel 19 van de richtlijn vennootschapsrecht.

⁽⁵⁹⁾ Beschikbaar op http://noticias.juridicas.com/base_datos/Vacatio/13-2009.html.

⁽⁶⁰⁾ Niet-toepassing van de betreffende grensoverschrijdende fusies, rechten van minderheidsaandeelhouders, rechten van crediteuren, arbeidsrecht, nationaal handelsmerk, lokale partners, rechtsstelsel, economische synergieën, politieke, strategische en commerciële overwegingen.

⁽⁶¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2005 in zaak C-411/03, *SEVIC Systems*, Jurispr. 2005, blz. I 10805, punten 23 tot en met 31.

⁽⁶²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2005 in zaak C-411/03, *SEVIC Systems*, Jurispr. 23, blz. I 10805, reeds aangehaald, punt 23.

⁽⁶³⁾ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 27 september 2000 in zaak T-184/97, *BP Chemicals Ltd/Commissie*, Jurispr. 2000, blz. II-3145, punt 55; zie ook het arrest van het Hof van Justitie van 12 november 1992 in de zaken C-134/91 en C-135/91, *Kerafina*, punt 20 en het arrest van het Hof van Justitie van 15 juni 1993 in zaak C-225/91, *Matra SA/Commissie*, punt 41.

⁽⁶⁴⁾ Overeenkomstig artikel 42 van het handelswetboek uit 1885.

⁽⁶⁵⁾ Zie artikel 42, lid 1, van het handelswetboek uit 1885.

⁽⁶⁶⁾ Ondernemingen die effecten hebben uitgegeven die in eender welke lidstaat zijn toegelaten tot de notering op een gereguleerde markt in de zin van artikel 1, lid 13, van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, overeenkomstig artikel 4 van de richtlijn.

⁽⁶⁷⁾ Artikel 194 van koninklijk decreet 1564/1989 van 22 december 1989, waarin de herziene tekst van de wet op naamloze vennootschappen wordt goedgekeurd.

van de goodwill en van de financiële goodwill uit boekhoudkundig oogpunt niet meer toegestaan. Deze wijzigingen in de Spaanse regelgeving inzake boekhouding zijn in overeenstemming met Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen⁽⁶⁸⁾. Gelet op deze overwegingen wijkt de maatregel in kwestie derhalve af van de in Spanje geldende algemene boekhoudregels.

- (98) Gelet op het fiscale karakter van de kwestieuze maatregel moet ten opzichte van het referentebelastingstelsel en niet alleen op boekhoudkundige basis worden nagegaan of van een uitzondering sprake is. In deze context stelt de Commissie vast dat het Spaanse belastingstelsel afschrijving van de financiële goodwill - behalve in de context van artikel 12, lid 5, van de TRLIS — nooit heeft toegestaan. In concreto is deze afschrijving niet mogelijk voor nationale operaties. Deze situatie wordt door onderstaande elementen aangetoond:
- (99) In Spanje is het afzonderlijk boeken van de goodwill voor fiscale doeleinden slechts toegestaan na een bedrijfscombinatie⁽⁶⁹⁾, die tot stand komt hetzij door verwerving of overdracht van de activa die onafhankelijke ondernemingen vormen, hetzij bij de fusie van ondernemingen. In deze gevallen resulteert de goodwill uit het boekhoudkundige verschil tussen de kosten van overname en de marktwaarde van de activa die de door de gefuseerde eenheid verworven ondernemingen uitmaken of die onder haar zeggenschap staan. Wanneer de overname van een onderneming door de verwerving van haar aandelen plaatsvindt, zoals in het geval van de kwestieuze maatregel, kan er alleen goodwill ontstaan indien de verwervende vennootschap vervolgens een fusie aangaat met de verworven onderneming, waarover zij aldus de zeggenschap verwerft.
- (100) Bij de maatregel in kwestie is echter noch de zeggenschap noch het samengaan van beide ondernemingen noodzakelijk. De eenvoudige verwerving van ten minste 5 % in de buitenlandse onderneming volstaat. Zodoende vormt de kwestieuze maatregel, doordat zij mogelijk maakt dat goodwill, welke de goodwill is die geboekt zou zijn indien de ondernemingen waren gefuseerd, ook geboekt mag worden wanneer de ondernemingen niet fuseren, een uitzondering op het referentiestelsel. Benadrukt moet worden dat de uitzondering niet voortvloeit uit de duur van de periode gedurende welke de financiële goodwill wordt afgeschreven in vergelijking met de tijdsduur die voor de afschrijving van de traditionele goodwill geldt⁽⁷⁰⁾, maar uit het verschil in behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende operaties. De kwestieuze maatregel kan niet als een volwaardige nieuwe algemene boekhoudnorm worden beschouwd omdat afschrijving van de uit de verwerving van binnenlandse deelnemingen resulterende financiële goodwill niet is toegestaan. Gelet op bovenstaande overwegingen concludeert de Commissie dat de kwestieuze maatregel een uitzondering vormt op het referentiestelsel. Zoals in de overwegingen 128 tot en met 138 zal worden aangetoond, is de Commissie van oordeel dat de Spaanse autoriteiten noch de dertig belanghebbenden ar-

gumenten hebben aangehaald die voldoende coherent zijn om deze conclusie te wijzigen.

A.1.3. Het bestaan van een voordeel

- (101) Artikel 12, lid 5, van de TRLIS maakt het, in afwijking van het referentiestelsel, mogelijk een deel van de uit de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen resulterende financiële goodwill van de belastinggrondslag af te trekken. Artikel 12, lid 5, van de TRLIS verleent de begunstigde aldus, door de belastingdruk voor hem te verminderen, een economisch voordeel. Dit voordeel bestaat uit een vermindering van de belasting waaraan de ondernemingen in het tegengestelde geval onderworpen zouden zijn. Deze vermindering is evenredig met het verschil tussen de betaalde verkrijgingsprijs en de marktwaarde van de geboekte activa die aan de verworven deelnemingen ten grondslag liggen.
- (102) Het precieze bedrag van het voordeel ten opzichte van de betaalde verkrijgingsprijs komt overeen met de netto geactualiseerde waarde van de matiging van de belastingdruk ingevolge de afschrijving waarop gedurende de gehele periode na de verwerving fiscaal een beroep kan worden gedaan. Het bedrag is dan ook afhankelijk van het in de desbetreffende jaren voor de onderneming geldende discontorentetarief.
- (103) In geval de verworven deelnemingen worden doorverkocht, zou een deel van dit voordeel door middel van de vermogenswinstbelasting worden teruggewonnen. Aangezien de goodwill kan worden afgeschreven, zou het afgetrokken bedrag bij verkoop van de buitenlandse deelneming in kwestie namelijk tot toename van de op het tijdstip van de verkoop belaste vermogenswinst leiden. Niettemin zou het voordeel in dergelijke omstandigheden niet geheel verdwijnen, aangezien de belastingheffing op een later tijdstip geen rekening houdt met de kosten van liquiditeit. Zoals de twee andere belanghebbenden terecht opmerken lijkt het bedrag van het voordeel uit economisch oogpunt ten minste op dat van een renteloze kredietlijn die gedurende de gehele periode gedurende welke de deelneming in de boeken van de belastingplichtige blijft, tot twintigmaal per jaar de opname van een twintigste van de financiële goodwill toestaat.
- (104) Volgens een hypothetisch voorbeeld dat door de Commissie in haar besluit tot inleiding van de procedure al werd genoemd, zou een in 2002 verworven deelneming een voordeel inhouden dat overeenkomt met 20,6 % van het bedrag van de financiële goodwill, indien een discontovoet van 5 % zou worden toegepast⁽⁷¹⁾ en indien rekening wordt gehouden met de huidige structuur van de vennootschapsbelastingtarieven tot 2022, zoals zij op dit ogenblik in wet nr. 35/2006 zijn vastgelegd⁽⁷²⁾. De belanghebbenden hebben deze cijfers niet betwist. In geval van wederverkoop van de deelnemingen zou het voordeel overeenstemmen met de rente die de belastingplichtige voor een kredietlijn met de in de voorgaande overweging beschreven kenmerken had moeten betalen.

⁽⁶⁸⁾ PB L 243 van 11.9.2002, blz. 1.

⁽⁶⁹⁾ Overeenkomstig artikel 89, lid 3, van de TRLIS.

⁽⁷⁰⁾ Overeenkomstig artikel 11, lid 4, van de TRLIS.

⁽⁷¹⁾ Overeenkomstig TRLIS zoals gewijzigd door Wet 35/2006 is het voor de berekening voor de jaren 2002 tot en met 2006 gebruikte vennootschapsbelastingtarief 35 %, voor 2007 32,5 % en vanaf 2008 30 %.

⁽⁷²⁾ Achtste aanvullende bepaling, wet 35/2006 van 28 november 2006 inzake de belasting over het inkomen van natuurlijke personen en houdende gedeeltelijke wijziging van de wetten inzake de vennootschapsbelasting, de belasting over niet-ingezetenen en vermogensbelasting, B.O.E. (Spaans Staatsblad) nr. 285 van 29.11.2006.

(105) Tot slot kan de Commissie het standpunt van de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden niet accepteren dat de uiteindelijke begunstigde van de kwestieuze maatregel de verkoper van de buitenlandse deelneming zou zijn, aangezien laatstgenoemde een hogere prijs zou ontvangen. Ten eerste garandeert geen enkel mechanisme dat het voordeel volledig aan de verkoper wordt doorgegeven. Ten tweede is de koopprijs door een reeks uiteenlopende factoren en niet alleen door de kwestieuze maatregel bepaald. Ten derde verhoogt de verkoper, in de hypothetische situatie waarin ten gevolge van de kwestieuze maatregel een economisch voordeel aan de verkoper wordt doorgegeven, zijn koopprijs, die in geval van een concurrentiële overnametransactie van groot belang is.

(106) De Commissie komt dan ook tot de conclusie dat de kwestieuze maatregel op het tijdstip van de verwerving van buitenlandse deelnemingen in ieder geval een voordeel verschaft.

A.1.4. Rechtvaardiging van de maatregel aan de hand van de logica van het Spaanse belastingstelsel

(107) De Commissie is van mening dat in het licht van de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie⁽⁷³⁾ maatregelen die een onderscheid tussen ondernemingen maken geen staatssteun zijn wanneer dit onderscheid voortvloeit uit de aard of de algehele structuur van het belastingstelsel waarvan zij deel uitmaken. Deze rechtvaardiging, die is gebaseerd op de algemene structuur van het belastingstelsel, weerspiegelt de samenhang van een specifieke belastingmaatregel met de interne logica van het algemene belastingstelsel.

(108) In dit verband is de Commissie in de eerste plaats van oordeel dat de Spaanse autoriteiten niet hebben aangetoond dat de kwestieuze maatregel de opheffing van de dubbele belastingheffing tot gevolg zou hebben. In de regeling zijn namelijk geen voorwaarden vastgelegd om aan te tonen dat de verkoper inderdaad is belast over het door de overdracht van de deelneming verkregen voordeel, alhoewel deze voorwaarde noodzakelijk is voor de afschrijving van de uit een bedrijfscombinatie resulterende goodwill⁽⁷⁴⁾. Er zij op gewezen dat, hoewel de Spaanse autoriteiten staande houden dat zij niet bevoegd zijn voor de controle op een buitenlandse verkoper die operaties in het buitenland verricht, de Commissie aangeeft dat dit een noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van andere Spaanse belastingvoorschriften⁽⁷⁵⁾ maar niet voor de kwestieuze maatregel.

⁽⁷³⁾ Zie zaak C-88/03, *Portugal/Commissie*, punt 81; zie voetnoot 49 van deze beschikking; zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 9 september 2009 in zaak T-227/01, *Territorio foral de Álava en anderen*, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 179; het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 9.9.2009 in zaak T-230/01, *Territorio foral de Álava en anderen*, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 190.

⁽⁷⁴⁾ Overeenkomstig artikel 89, lid 3, onder a), 1, van de TRLIS.

⁽⁷⁵⁾ Zie de artikelen 89, 21 en 22 van de TRLIS.

(109) Ten tweede vormt de kwestieuze maatregel ook geen mechanisme ter vermijding van de dubbele belastingheffing over toekomstige dividenden die bij de verwezenlijking van toekomstige winsten zouden worden belast en niet tweemaal zouden moeten worden belast, door deze over te dragen naar de onderneming die in het bezit is van een aanzienlijke deelneming, voor de verwerving waarvan een financiële goodwill is betaald. De kwestieuze maatregel creëert namelijk geen enkele verbinding tussen de ontvangen dividenden en de dankzij de maatregel genoten vermindering. Integendeel: met het oog op de vermijding van een internationale dubbele belastingheffing gelden voor de uit een aanzienlijke deelneming ontvangen dividenden reeds zowel de in artikel 21 van de TRLIS vastgelegde belastingvermindering als de in artikel 32 van de TRLIS verankerde directe fiscale neutraliteit. In deze context resulteert uit de afschrijving van de financiële goodwill een bijkomend voordeel met betrekking tot de verwerving van aanzienlijke deelnemingen in buitenlandse ondernemingen.

(110) Ten derde hebben de Spaanse autoriteiten niet aangetoond dat de kwestieuze maatregel een uitbreiding is van de regels inzake waardevermindering, waarbij op basis van een uitvoerige en objectieve berekening objectieve verliezen moeten worden aangetoond, wat bij de kwestieuze maatregel niet het geval is. Integendeel: artikel 12, lid 3, van de TRLIS maakt de gedeeltelijke aftrek mogelijk wegens waardevermindering van de deelneming in eigen kapitaal van binnenlandse en buitenlandse ondernemingen die niet op een secundaire markt genoteerd zijn, met het oog op het tussen het begin en de afsluiting van het belastingjaar ontstane waardeverlies. De kwestieuze maatregel, die voor de begunstigden met artikel 12, lid 3, van de TRLIS verenigbaar is⁽⁷⁶⁾, voorziet in aftrekmogelijkheden die verder gaan dan de door de waardevermindering bepaalde vermindering van de theoretische boekwaarde.

(111) Ten vierde wijst de Commissie erop dat de uit de verwerving van Spaanse deelnemingen resulterende financiële goodwill niet kan worden afgeschreven, terwijl de financiële goodwill van buitenlandse ondernemingen onder bepaalde voorwaarden wordt afgeschreven. Het verschil in fiscale behandeling van de financiële goodwill van buitenlandse ondernemingen tegenover Spaanse ondernemingen is een door de kwestieuze maatregel ingevoerd onderscheid dat gelet op de logica van het belastingstelsel noodzakelijk noch evenredig is. De Commissie beschouwt het als buiten proportie dat de maatregel in kwestie aan ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden een duidelijk andere nominale en effectieve belasting oplegt die alleen zijn grond heeft in het feit dat sommige ondernemingen aan investeringsmogelijkheden in het buitenland deelnemen.

⁽⁷⁶⁾ Zoals in artikel 12, lid 5, tweede streepje uitdrukkelijk wordt bepaald: „De aftrek van dit verschil (dat wil zeggen, artikel 12, lid 5, van de TRLIS) is, in voorkomend geval, verenigbaar met het in lid 3 van dit artikel bedoelde waardeverminderingsverlies.”

- (112) Tot slot betogen de Spaanse autoriteiten voorts dat de kwestieuze maatregel wordt gerechtvaardigd door het neutraliteitsbeginsel dat moet worden toegepast op het gebied van de vennootschapsbelasting⁽⁷⁷⁾. In de toelichting bij de Spaanse wet op de vennootschapsbelasting⁽⁷⁸⁾ die van kracht was toen de kwestieuze maatregel werd ingevoerd werd duidelijk naar dit beginsel verwezen. In dit verband merkt de Commissie op dat het „beginsel van het concurrentievermogen”⁽⁷⁹⁾ waarop de Spaanse autoriteiten zich beroepen, die uitdrukkelijk naar „een stijging van de uitvoer” verwijzen ook aan de basis van deze hervorming ligt. In deze context zij eraan herinnerd dat het volgens eerdere beschikkingen van de Commissie⁽⁸⁰⁾ onevenredig is om voor ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, louter omdat zij exportgerelateerde activiteiten hebben of investeringsmogelijkheden in het buitenland benutten, een andere effectieve belastingheffing te hanteren. Daarnaast herinnert de Commissie eraan dat, zoals het Hof van Justitie in een uitspraak stelt,⁽⁸¹⁾ „[...] wat er ook zij van de beginselen van gelijkheid voor de belastingen en heffing naar draagkracht, die stellig tot de grondslagen van het Spaanse belastingstelsel behoren, zij verplichten niet om belastingplichtigen in verschillende situaties op gelijke wijze te behandelen. [...]”.
- (113) In het licht van de gebruikte argumenten is de Commissie van oordeel dat het beginsel van neutraliteit de kwestieuze maatregel niet kan rechtvaardigen. In werkelijkheid wordt, zoals de twee partijen eveneens hebben onderstreept, door het feit dat de verwerving van een minderheidsdeelneming van 5 % van de kwestieuze maatregel profiteert aangetoond dat deze maatregel verschillende situaties bestrijkt die niet veel overeenkomsten vertonen. Op deze wijze zou vastgesteld kunnen worden dat situaties die zowel in feite als in rechte verschillend zijn, in het kader van het referentiestelsel gelijk worden behandeld. Daarom is de Commissie van mening dat de kwestieuze maatregel niet door het neutraliteitsbeginsel kan worden gerechtvaardigd.
- (114) Gelet op hetgeen in de overwegingen 107 tot en met 113 wordt gesteld, moet de Commissie tot de conclusie komen dat het door de belastingregeling in kwestie verleende selectieve voordeel niet door de aard van het belastingstelsel wordt gerechtvaardigd. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat de kwestieuze maatregel een discriminerend element bevat, dat uit een beperking bestaat ten aanzien van het land waar de door het belastingvoordeel bevoordeelde operatie plaatsvindt⁽⁸²⁾, en deze dis-

criminatie wordt niet door de logica van het Spaanse belastingstelsel gerechtvaardigd.

A.2. Aanvullende redenering: analyse van de kwestieuze maatregel in het licht van het referentiestelsel dat in de behandeling van de goodwill bij operaties met derde landen bestaat

- (115) De Spaanse autoriteiten hebben verklaard dat de kwestieuze maatregel tot doel heeft het voorkomen van een verschil in fiscale behandeling tussen, enerzijds, een verwerving die onmiddellijk door een bedrijfscombinatie wordt gevolgd en, anderzijds, een deelneming die niet met een bedrijfscombinatie gepaard gaat. Op deze basis zou het toepassingsgebied van de kwestieuze maatregel beperkt zijn tot de verwerving van aanzienlijke deelnemingen in een niet in Spanje gevestigde onderneming, aangezien door bepaalde hinderpalen de totstandbrenging van een grensoverschrijdende bedrijfscombinatie moeilijker is dan een binnenlandse⁽⁸³⁾. Gelet op deze hinderpalen bevinden Spaanse belastingplichtigen die in het buitenland investeren zich feitelijk en juridisch in een andere situatie dan belastingplichtigen die in Spanje investeren. De Spaanse autoriteiten verklaren namelijk in dat verband⁽⁸⁴⁾: „Ten slotte impliceert de louter differentieële aard van bepaalde fiscale maatregelen niet noodzakelijk dat zij staatssteun zijn, omdat, overeenkomstig de mededeling van de Commissie, deze maatregelen ook moeten worden onderzocht om vast te stellen of zij noodzakelijk of functioneel voor de doeltreffendheid van het belastingstelsel zijn. Daarom zijn in de Spaanse belastingwetgeving verschillende belastingregelingen voor objectief verschillende situaties vastgelegd, bijvoorbeeld voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen en de verwerving van deelnemingen in Spaanse ondernemingen (onmogelijkheid concentraties uit te voeren, risico's te nemen, enz.) om de belastingneutraliteit te bereiken, die zowel met de interne Spaanse wetgeving als met het Gemeenschapsrecht wordt nagestreefd en een coherente en doeltreffende logica van het Spaanse belastingstelsel te waarborgen.”.
- (116) Volgens de Spaanse autoriteiten is de specifieke fiscale behandeling van de grensoverschrijdende verwerving van deelnemingen noodzakelijk om de neutraliteit van het Spaanse belastingstelsel te waarborgen en te vermijden dat de verwerving van Spaanse deelnemingen een gunstiger behandeling krijgt. Daarom zijn Spanje en de dertig belanghebbenden van mening dat de fiscale behandeling van de goodwill bij verwerving van buitenlandse deelnemingen als het juiste referentiekader voor de beoordeling van de kwestieuze maatregel moet worden beschouwd.
- (117) Alhoewel de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden naar de mening van de Commissie in het kader van deze procedure niet voldoende elementen hebben aangevoerd die een verschil in fiscale behandeling tussen verwerving van Spaanse deelnemingen en verwerving van deelnemingen in ondernemingen binnen de Gemeenschap (zie de overwegingen 92 tot en met 96) rechtvaardigen, kan de Commissie niet a priori geheel uitsluiten dat een dergelijk verschil in behandeling bij

⁽⁷⁷⁾ Zie met name overweging 48.

⁽⁷⁸⁾ Wet 43/1995 betreffende de vennootschapsbelasting, ingetrokken bij koninklijk wetgevend decreet 4/2004.

⁽⁷⁹⁾ Door de Spaanse autoriteiten in de toelichting bij Wet 43/1995 als volgt gedefinieerd: „Het beginsel van het concurrentievermogen vereist dat de vennootschapsbelasting de maatregelen van economisch beleid ter bevordering van het concurrentievermogen ondersteunen en daarmee coherent zijn [...] alsook stimulansen voor de internationalisering van het bedrijfsleven, mits dit tot een stijging van de uitvoer leidt, beantwoorden aan genoemd beginsel.”

⁽⁸⁰⁾ Zie onder andere de beschikking van de Commissie van 22 maart 2006 betreffende directe fiscale stimuleringsmaatregelen ten behoeve van exportgerelateerde investeringen (PB C 302 van 14.12.2007, blz. 3), overweging 51.

⁽⁸¹⁾ Zie punt 127 van het in voetnoot 42 genoemde arrest.

⁽⁸²⁾ Zie in dit verband de beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 in zaak C-2/07, Groepsrentebox, nog niet bekendgemaakt in het Publicatieblad, met name overweging 107.

⁽⁸³⁾ Zie de in overweging 13 genoemde e-mail van de Spaanse autoriteiten van 16 juni 2009.

⁽⁸⁴⁾ Zie met name de in overweging 9 genoemde brief van de Spaanse autoriteiten van 22 april 2009 (A-9531), blz. 6.

verwerving van deelnemingen in derde landen gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Het is mogelijk dat er buiten de Gemeenschap nog steeds juridische hinderpalen voor grensoverschrijdende bedrijfscombinaties bestaan, waardoor voor grensoverschrijdende operaties een andere feitelijke en juridische situatie dan voor intracommunautaire operaties zou ontstaan. Als gevolg hiervan zouden extracommunautaire verwervingen die hadden kunnen leiden tot de fiscale afschrijving van de goodwill, zoals bijvoorbeeld meerderheidsdeelnemingen, van dit fiscale voordeel uitgesloten zijn doordat de ondernemingen in kwestie niet kunnen fuseren. De fiscale afschrijving van de goodwill voor deze transacties die zich buiten het feitelijke en juridische communautaire kader bevinden, zou noodzakelijk kunnen zijn om de fiscale neutraliteit te waarborgen.

- (118) Volgens de kwestieuze maatregel in haar huidige vorm kan de fiscale afschrijving van de goodwill afzonderlijk plaatsvinden, zelfs wanneer de begunstigde een deelneming van 5 % verwerft; derhalve kan de kwestieuze maatregel ook dan een uitzondering op het referentieselsel vormen wanneer dit overeenkomstig overweging 117 gedefinieerd wordt.
- (119) In deze context handhaaft de Commissie de procedure die is ingeleid bij het besluit tot inleiding van de procedure van 10 oktober 2007 ten aanzien van verwervingen buiten de Gemeenschap, aangezien de Spaanse autoriteiten zich ertoe hebben verbonden nieuwe elementen betreffende de hinderpalen voor grensoverschrijdende fusies buiten de Gemeenschap te verstrekken. Derhalve loopt de op 10 oktober 2007 ingeleide procedure ten aanzien van verwervingen buiten de Gemeenschap door.

B. Aanwezigheid van overheidsmiddelen

- (120) Bij de maatregel worden overheidsmiddelen ingezet, aangezien de staat in het kader van de maatregel van belastinginkomsten afziet ten belope van een bedrag dat overeenkomt met de aftrek van de belastingschuld van de in Spanje belastingplichtige ondernemingen die een aanzienlijke deelneming in buitenlandse ondernemingen verwerven, gedurende een periode van ten minste 20 jaar na de verwerving.
- (121) De derving van belastinginkomsten verlicht de lasten die normaal gesproken op het budget van een onderneming wegen, zodat de derving weliswaar niet als subsidie in de strikte zin van het woord, maar als maatregel van vergelijkbare aard en gelijke werking moet worden aangemerkt. Ook staat een maatregel die bepaalde ondernemingen in de gelegenheid stelt een belastingvermindering te genieten of de betaling uit te stellen van de belasting die zij normaliter zouden moeten betalen, gelijk aan staatssteun. Uit budgettair oogpunt en overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie⁽⁸⁵⁾ en de mededeling van de Commissie⁽⁸⁶⁾ leidt de kwestieuze maatregel tot derving van belastinginkomsten voor de staat ten gevolge van de verlaging van de heffingsgrondslag, hetgeen met het gebruik van overheidsmiddelen gelijkstaat.
- (122) De Commissie is dan ook van oordeel dat de kwestieuze maatregel het gebruik van overheidsmiddelen inhoudt.

C. Verstoring van de concurrentie en van het handelsverkeer tussen de lidstaten

- (123) Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie⁽⁸⁷⁾, „[...] is het, om een nationale maatregel als verboden staatssteun aan te merken, niet noodzakelijk aan te tonen dat er van een werkelijke uitwerking van de steun op het handelsverkeer tussen de lidstaten en een daadwerkelijke verstoring van de concurrentie sprake is, maar moet alleen worden onderzocht of de steun dit handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden en de concurrentie kan vervalsen. Met name moet, wanneer een door een lidstaat verleende steun de positie van een onderneming versterkt ten opzichte van andere ondernemingen die in het intracommunautaire handelsverkeer met deze onderneming concurreren, dit handelsverkeer als door de steun ongunstig beïnvloed worden beschouwd. [...] Anderzijds is het niet noodzakelijk dat de begunstigde onderneming zelf aan het intracommunautaire handelsverkeer deelneemt. Wanneer een lidstaat aan een onderneming steun verleent, kan de binnenlandse activiteit daardoor namelijk gehandhaafd of versterkt worden, waardoor de kansen van de in andere lidstaten gevestigde ondernemingen de markt van deze lidstaat te betreden, afnemen”. Voor de conclusie dat een maatregel de concurrentie vervalst, is het volgens de vaste rechtspraak⁽⁸⁸⁾ voldoende dat de begunstigde op markten waar concurrentie is met andere ondernemingen concurreert. De Commissie is van oordeel dat aan de in de jurisprudentie genoemde voorwaarden om de volgende redenen is voldaan.
- (124) Ten eerste verschaft de kwestieuze maatregel een voordeel in termen van financiering en versterkt daardoor de positie van de economische eenheid die de begunstigde en de doelonderneming kunnen vormen. In dit opzicht moet overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie⁽⁸⁹⁾ worden vastgesteld dat wegens het eenvoudige feit dat een onderneming een controlerende deelneming in een doelonderneming bezit en deze zeggenschap daadwerkelijk uitoefent door directe of indirecte invloed op het beheer daarvan, ervan moet worden uitgegaan dat er sprake is van deelneming aan de economische activiteit van de gecontroleerde onderneming.
- (125) Ten tweede kan de kwestieuze maatregel de concurrentie, vooral tussen Europese concurrenten, vervalsen door een belastingvermindering te verschaffen aan Spaanse ondernemingen die een aanzienlijke deelneming in de doelondernemingen verwerven. Deze analyse wordt bevestigd door het feit dat verscheidene ondernemingen in aansluiting op het besluit tot inleiding van de procedure bezwaar hebben gemaakt of hebben verklaard dat de kwestieuze maatregel een aanzienlijk voordeel verstrekke en het streven naar concentratie van Spaanse ondernemingen, vooral in het kader van veilingen, stimuleert. Deze verklaringen bevestigen op zijn minst dat verscheidene niet-Spaanse ondernemingen van mening zijn dat hun positie op de markt door de kwestieuze maatregel wordt benadeeld, onafhankelijk van de vraag of hun gedetailleerde verklaringen ten aanzien van het bestaan van steun juist zijn.

⁽⁸⁵⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006 in zaak C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, Jurispr. 2006, blz. I-289.

⁽⁸⁶⁾ Zie voetnoot 21. Zie met name de punten 9 en 10 van de mededeling van de Commissie.

⁽⁸⁷⁾ Zie voetnoot 42, punten 139 tot en met 143.

⁽⁸⁸⁾ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 30 april 1998 in zaak T-214/95, *Vlaams Gewest/Commissie*, Jurispr. 1998, blz. II-717.

⁽⁸⁹⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie in de reeds in voetnoot 85 genoemde zaak C-222/04.

- (126) Daarom komt de Commissie tot de slotsom dat de kwestieuze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en de concurrentie kan vervalslen, aangezien de maatregel de bedrijfsomstandigheden van de begunstigden, die rechtstreeks aan in Spanje belastbare economische activiteiten deelnemen, potentieel verbetert.

D. Reactie van de Commissie op de ontvangen opmerkingen

- (127) Alvorens tot een conclusie te komen over de indeling van de maatregel acht de Commissie het opportuun een aantal door de Spaanse autoriteiten en belanghebbenden gehanteerde argumenten, die in de overwegingen betreffende de beoordeling van de regeling (overwegingen 83 e.v.) nog niet expliciet of impliciet zijn behandeld, diepgaander te onderzoeken.

D.1. Reactie op de gegevens uit de belastingaangiften van 2006 en op de opmerkingen over het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-501/00

- (128) Wat de gegevens uit de belastingaangiften van 2006 betreft die Spanje heeft ingediend om aan te tonen dat de kwestieuze maatregel niet selectief is⁽⁹⁰⁾, wijst de Commissie op het algemene gebrek aan precisie van de overgelegde gegevens. Ten eerste worden de begunstigden naar categorie ingedeeld (activiteit, omzet), maar er wordt niet aangegeven of de begunstigden in kwestie een gering of een groot deel van de betrokken categorieën uitmaken. Ten tweede zij erop gewezen dat — alhoewel de op de omzet van de begunstigden gebaseerde statistieken er een interessante indicator voor kunnen zijn dat de kwestieuze maatregel op alle ondernemingen in Spanje van toepassing is — de kwestieuze maatregel betrekking heeft op de verwerving van deelnemingen. De verwerving van deelnemingen genereert niet noodzakelijkerwijs een aanzienlijke omzet, wat bijvoorbeeld betekend dat de houdstermaatschappijen in de gegevens in kwestie als kmo kunnen voorkomen. Om ervoor te zorgen dat de gegevens als relevant kunnen worden beschouwd, moet dan ook rekening worden gehouden met aanvullende indicatoren, zoals de totale balanscijfers, en met de vraag of de begunstigden hun belastinggrondslag met andere Spaanse belastingplichtigen kunnen consolideren. Ten derde lijken de gegevens ook niet representatief, aangezien niet wordt aangegeven welk soort deelnemingen (meerderheids- of alleen minderheidsdeelnemingen) door de begunstigden is verworven. Ten slotte kan aan de hand van de ontvangen gegevens niet worden vastgesteld of aan de in de aanbeveling van de Commissie van 2003 betreffende kmo's vervatte voorwaarden⁽⁹¹⁾ is voldaan. De Commissie is dan ook van mening dat de door haar aangetoonde omstandigheid dat de kwestieuze steunmaatregel wegens de eigenschappen van de wetgeving in kwestie selectief is, niet is weerlegd door de onvolledige en weinig representatieve gegevens die door de Spaanse autoriteiten zijn overgelegd.
- (129) Zelfs indien de Spaanse autoriteiten hun argumenten met aanvullende bewijsstukken hadden aangevuld, zou dit echter geen afbreuk hebben gedaan aan het selectieve

karakter van de kwestieuze maatregel, aangezien alleen bepaalde ondernemingen van de maatregel profiteren; dit geldt ook in de zin van het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-501/00 *Spanje/Commissie*⁽⁹²⁾. Wat het feit betreft dat de Spaanse autoriteiten de maatregel als algemene maatregel aanmerken⁽⁹³⁾ omdat hij alleen voor alle in Spanje gevestigde ondernemingen openstaat, moet op dit arrest van het Hof van Justitie worden gewezen. Deze zaak had eveneens betrekking op ontheffing van de Spaanse vennootschapsbelasting, meer in het bijzonder op een maatregel getiteld „Belastingaftrek voor uitvoeractiviteiten”. De Spaanse autoriteiten hebben voor het Hof van Justitie staande gehouden dat de regeling openstond voor alle ondernemingen met fiscale zetel in Spanje. Het Hof van Justitie was niettemin van oordeel dat de belastingaftrek „immers slechts ten goede [kon komen] aan één categorie ondernemingen, namelijk ondernemingen die exporteren en bepaalde investeringen doen waarvoor de bestreden maatregelen gelden”⁽⁹⁴⁾. Naar de mening van de Commissie is ook in het onderhavige geval de kwestieuze maatregel erop gericht de uitvoer van kapitaal uit Spanje te bevorderen, om de positie van Spaanse ondernemingen in het buitenland te versterken en aldus het concurrentievermogen van de begunstigden van de regeling te verbeteren.

- (130) In dit verband zij erop gewezen dat, volgens het Hof van Justitie, „de stelling dat zij het internationale handelsverkeer beogen te bevorderen, echter niet voldoende [is] om de bestreden maatregelen te rechtvaardigen ten opzichte van de aard en de opzet van het belastingstelsel waarvan zij deel uitmaken. Ofschoon een dergelijk oogmerk inderdaad een economisch doel vormt, is niet aangetoond dat het past in de algehele logica van het in Spanje geldende belastingstelsel. [...] De omstandigheid dat de bestreden maatregelen een handelspolitiek of industrieel doel nastreven, zoals de bevordering van het internationaal handelsverkeer door de ondersteuning van investeringen in het buitenland, volstaat dan ook niet om bij voorbaat uit te sluiten dat zij als „hulp” in de zin van artikel 4, onder c), KS worden aangemerkt⁽⁹⁵⁾.” In de onderhavige zaak hebben de Spaanse autoriteiten eenvoudigweg verklaard dat de kwestieuze maatregel tot doel heeft het internationale handelsverkeer en de consolidatie van ondernemingen te bevorderen, zonder aan te tonen dat de maatregel door de logica van het belastingstelsel wordt gerechtvaardigd. Gelet op het voorgaande bevestigt de Commissie haar analyse dat de kwestieuze maatregel selectief is.

D.2. Reactie op de opmerkingen over de praktijk van de Commissie

- (131) Wat de verwijzing naar de zogezegd vernieuwende interpretatie van het begrip selectiviteit in de onderhavige zaak betreft, moet er ten eerste op worden gewezen dat deze redenering geheel in overeenstemming is met de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie die in overweging 92 worden beschreven. Ook wijkt de benadering in deze

⁽⁹⁰⁾ Zie overweging 12.

⁽⁹¹⁾ PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36.

⁽⁹²⁾ Zie voetnoot 42.

⁽⁹³⁾ Zie met name de overwegingen 31 en 44.

⁽⁹⁴⁾ Zie met name punt 120 van het arrest.

⁽⁹⁵⁾ Zie voetnoot 42, punt 124.

zaak niet af van besluit van de Commissie N 480/2007⁽⁹⁶⁾ waarnaar de Spaanse autoriteiten verwijzen. In dit besluit werd rekening gehouden met de specifieke aard van het beoogde doel, omdat hierin werd verwezen naar⁽⁹⁷⁾ de mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité — Naar een doeltreffender gebruik van fiscale stimulansen voor O&O⁽⁹⁸⁾. In de onderhavige zaak wordt met de kwestieuze maatregel geen vergelijkbaar doel nagestreefd. Bovendien werd bij de in het genoemde besluit behandelde Spaanse maatregel — in tegenstelling tot de onderhavige zaak — geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en internationale operaties.

- (132) Wat, ten slotte, de afwijking betreft van het stelsel van vennootschapsbelasting die voortvloeit uit de toepassing van een aantal richtlijnen⁽⁹⁹⁾, zoals de richtlijn betreffende moedermaatschappijen en dochterondernemingen of de richtlijn inzake de grensoverschrijdende betaling van interest en royalty's, is de Commissie van oordeel dat de uit de toepassing van deze richtlijnen voortvloeiende situatie geheel in overeenstemming is met de redenering in deze beschikking. Ingevolge de harmonisatie in de Gemeenschap moeten grensoverschrijdende operaties binnen de Gemeenschap en operaties binnen de afzonderlijke lidstaten als vergelijkbare juridische en feitelijke situaties worden beschouwd. Daarnaast wil de Commissie erop wijzen dat het Gerecht van eerste aanleg het volgende voor recht verklaard⁽¹⁰⁰⁾: „de directe belastingen behoren bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten, ook al is het vaste rechtspraak dat deze verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met dit recht uit te oefenen (zie onder meer arrest van 14 september 1999, *Gschwind*, C-391/97, Jurispr. blz. I-5451, punt 20) en zich in die context dus te onthouden van elke maatregel die een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel van de staat kan vormen.”

D.3. *Reactie op de opmerkingen over artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag*

- (133) In de eerste plaats moet er, zoals reeds is gezegd, rekening mee worden gehouden dat, alhoewel de directe belastingen onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen, zij deze bevoegdheid in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht⁽¹⁰¹⁾ moeten uitoefenen, en met name de bepalingen van het Verdrag betreffende staatssteun in acht moeten nemen. Met andere woorden, artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag moet worden uitgelegd in overeenstemming met de verdragsbepalingen inzake staatssteun, waaronder die welke de Commissie op dit gebied controlebevoegdheden verlenen.
- (134) Daarnaast moet artikel 58 van het Verdrag, waar de Spaanse autoriteiten zich op beroepen, worden uitgelegd

in samenhang met artikel 56 van het Verdrag, dat beperking van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten verbiedt. Artikel 58, lid 1, van het Verdrag luidt immers: „Het bepaalde in artikel 56 doet niets af aan het recht van de lidstaten: a) de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd”.

- (135) De mogelijkheid die artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag de lidstaten biedt om de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd, niet in dezelfde situatie verkeren, is reeds door het Hof van Justitie bevestigd. Volgens rechtspraak uit de tijd voordat artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag van kracht werd zouden nationale belastingvoorschriften waarin bepaalde verschillen worden vastgelegd, met name ten aanzien van de plaats van vestiging van belastingplichtigen, verenigbaar kunnen zijn met het Gemeenschapsrecht mits zij van toepassing zijn op objectief niet vergelijkbare situaties⁽¹⁰²⁾ of gerechtvaardigd zouden kunnen zijn om dwingende redenen van algemeen belang, die met name verband houden met de samenhang van de fiscale regeling⁽¹⁰³⁾. In ieder geval kunnen doelstellingen van louter economische aard geen dwingende redenen van algemeen belang vormen die een beperking van een in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheid rechtvaardigt⁽¹⁰⁴⁾.
- (136) Met betrekking tot de periode nadat artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag van kracht was geworden heeft het Hof van Justitie onderzocht of er mogelijk sprake is van objectief vergelijkbare situaties die een wetgeving zouden kunnen rechtvaardigen welke het vrije kapitaalverkeer beperkt. Wat een aantal bepalingen van de belastingwetgeving betreft die de in een lidstaat gevestigde belastingplichtigen ervan hebben weerhouden hun kapitaal te investeren in ondernemingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd en die ook voor in andere lidstaten gevestigde ondernemingen een beperkend effect hadden, doordat zij het aantrekken van kapitaal in de lidstaat in kwestie belemmerden, heeft het Hof van Justitie herhaaldelijk vastgesteld dat deze bepalingen niet konden worden gerechtvaardigd door een verschillende objectieve situatie die overeenkomstig artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag grond kan opleveren voor een verschillende fiscale behandeling⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁹⁶⁾ Zie voetnoot 24 en overweging 44.

⁽⁹⁷⁾ Zie het besluit van de Commissie van 14 februari 2008 in de reeds in voetnoot 24 genoemde zaak N 480/07.

⁽⁹⁸⁾ SEC(2006) 1515, COM(2006) 728 definitief, punt 1.2.

⁽⁹⁹⁾ Zie overweging 47.

⁽¹⁰⁰⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie in de reeds in voetnoot 42 genoemde zaak C-501/00, punt 123.

⁽¹⁰¹⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 11 augustus 1995 in zaak C-80/94, *Wielockx*, Jurispr. 1995, blz. I-2493, punt 16; arrest van het Hof van Justitie van 11 december 1997 in zaak C-264/96, *ICI/Colmer (HMIT)*, Jurispr. 1998, blz. I-4695, punt 19; arrest van het Hof van Justitie van 29 april 1999 in zaak C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Jurispr. 1999, blz. I-2651, punt 19.

⁽¹⁰²⁾ Zie in het bijzonder het arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1995 in zaak C-279/93, *Schumacker*, Jurispr. 1995, blz. I-225.

⁽¹⁰³⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-204/90, *Bachmann/Belgische staat*, Jurispr. 1992, blz. I-249 en het arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 1992 in zaak C-300/90, *Commissie/België*, Jurispr. 1992, blz. I-305.

⁽¹⁰⁴⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1998 in zaak C-120/95 *Decker/Caisse de Maladie des Employés Privés*, Jurispr. 1998, blz. I-1831, punt 39; het arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1998 in zaak C-158/96, *Kohll/Union des Caisses de Maladie*, Jurispr. 1998, blz. I-1931, punt 41 en het reeds genoemde arrest van het Hof van Justitie van 6 juni 2000 in zaak C-35/98, *Verkooijen*, punt 48.

⁽¹⁰⁵⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 15 juli 2004 in zaak C-315/02, *Lenz*, Jurispr. 2004, blz. I-7063 en het arrest van het Hof van Justitie van 7 september 2004 in zaak C-319/02, *Manninen*, Jurispr. 2004, blz. I-7477.

- (137) In ieder geval mag niet worden vergeten dat de bepalingen van de nationale wetgeving, waarop artikel 58, lid 1, onder a), van het Verdrag betrekking heeft, overeenkomstig artikel 58, lid 3, van het Verdrag geen middel tot willekeurige discriminatie mogen vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer ⁽¹⁰⁶⁾.
- (138) Gelet op het voorgaande is de Commissie van mening dat de verwerving van binnenlandse deelnemingen en de verwerving van deelnemingen in ondernemingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd zich in de onderhavige zaak om de reeds genoemde redenen in een objectief vergelijkbare situatie bevinden en dat er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die een verschil in behandeling zouden kunnen rechtvaardigen van de belastingplichtigen, naargelang van de plaats waar hun kapitaal is geïnvesteerd.

E. Conclusie over de indeling van de kwestieuze maatregel

- (139) Gelet op de bovenstaande overwegingen is de Commissie van oordeel dat de kwestieuze maatregel met betrekking tot intracommunautaire acquisities aan alle voorwaarden van artikel 87, lid 1, van het Verdrag voldoet en derhalve als staatssteun moet worden beschouwd.

F. Verenigbaarheid

- (140) Zoals in het besluit tot inleiding van de procedure werd uiteengezet, is de Commissie van oordeel dat de steunregeling in kwestie onder geen van de in artikel 87, leden 2 en 3, van het Verdrag genoemde uitzonderingen valt.
- (141) In de loop van de procedure hebben de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden hun argumenten naar voren gebracht om aan te tonen dat de in artikel 87, lid 3, onder c), van het Verdrag bedoelde vrijstellingen in de onderhavige zaak van toepassing zouden zijn ⁽¹⁰⁷⁾. De twee andere belanghebbenden waren van mening dat geen van de bepalingen van artikel 87, lid 2, en artikel 87, lid 3, van het Verdrag op deze zaak van toepassing zijn.
- (142) De in artikel 87, lid 2, van het Verdrag bedoelde uitzonderingen, die betrekking hebben op steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers, steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen en steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland zijn niet op de onderhavige zaak van toepassing.
- (143) De uitzondering als bedoeld in artikel 87, lid 3, onder a), voor steunmaatregelen ter bevordering van de economi-

sche ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst is evenmin van toepassing, aangezien de maatregel niet is gebonden aan de voorwaarde dat in specifieke gebieden een of andere vorm van activiteit moet worden verricht ⁽¹⁰⁸⁾.

- (144) Voorts kan de in 2001 goedgekeurde kwestieuze maatregel niet worden beschouwd als steun om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de Spaanse economie op te heffen, als bedoeld in artikel 87, lid 3, onder b). De maatregel heeft evenmin tot doel de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, zoals bedoeld in artikel 87, lid 3, onder d).
- (145) Tot slot moet de kwestieuze maatregel worden onderzocht in het licht van artikel 87, lid 3, onder c), dat het verlenen van steun om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken toestaat, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. In dit opzicht moet er allereerst op worden gewezen dat de kwestieuze maatregel onder geen van de kaderregelingen of richtsnoeren valt waarin is vastgelegd onder welke voorwaarden bepaalde soorten steun als met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kunnen worden beschouwd.
- (146) Wat de argumenten betreft die door de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden zijn aangevoerd over het Actieplan staatssteun van 2005 ⁽¹⁰⁹⁾, waarin zij stellen dat bepaalde maatregelen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zouden kunnen zijn indien deze voornamelijk als antwoord op marktfalen zijn bedoeld, merkt de Commissie op dat de zeggende algemene moeilijkheden bij de uitvoering van grensoverschrijdende fusies niet als marktfalen kunnen worden beschouwd.
- (147) Het feit dat een bepaalde onderneming een bepaald project of een bepaalde operatie mogelijk niet zonder steun kan uitvoeren betekent niet noodzakelijkerwijs dat er van marktfalen sprake is. Slechts wanneer door de marktkrachten alleen geen voldoende resultaat kan worden bereikt, dat wil zeggen wanneer bij de operatie niet alle potentiële baten worden gerealiseerd, kan ervan worden uitgegaan dat er van marktfalen sprake is.

⁽¹⁰⁶⁾ Zie het reeds genoemde arrest in zaak C-35/98, Verkooijen, punt 44.

⁽¹⁰⁷⁾ Zie overweging 56 e.v.

⁽¹⁰⁸⁾ Zie de eerdere praktijk van de Commissie, onder andere Beschikking 2004/76/EG van de Commissie van 13 mei 2003 betreffende de steunregeling die Frankrijk ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van hoofdkantoren en logistieke centra (PB L 23 van 28.1.2004, blz. 1), overweging 73; zie ook de vergelijkbare argumentatie in Beschikking 2003/515/EG van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten (PB L 180 van 18.7.2003, blz. 52), overweging 105; Beschikking 2004/77/EG van de Commissie van 24 juni 2003 betreffende de door België ten uitvoer gelegde steunregeling in de vorm van een fiscaal rulingstelsel voor US Foreign Sales Corporations (PB L 23 van 28.1.2004, blz. 14), overweging 70.

⁽¹⁰⁹⁾ Zie voetnoot 37.

- (148) De Commissie betwist niet dat aan bepaalde operaties aanzienlijk hogere kosten zijn verbonden dan aan andere. Aangezien deze kosten echter reële kosten zijn die nauwkeurig de aard van de projecten in kwestie weerspiegelen — dat wil zeggen kosten die verband houden met de verschillende geografische locaties of verschillende juridische kaders waarin zij worden uitgevoerd — is het efficiënt dat ondernemingen bij het nemen van hun beslissing ten volle met deze kosten rekening houden. Het resultaat zou daarentegen inefficiënt zijn indien niet met deze reële kosten rekening zou worden gehouden of, sterker nog, indien de kosten door staatssteun zouden worden gecompenseerd. Hetzelfde soort verschillen in de reële kosten doet zich ook voor wanneer men verschillende operaties binnen hetzelfde land vergelijkt en wanneer men grensoverschrijdende operaties vergelijkt. Het bestaan van deze verschillen betekent dan ook niet dat een inefficiënt marktresultaat wordt behaald.
- (149) De voorbeelden die de Spaanse autoriteiten hebben aangehaald om aan te tonen dat de totstandbrenging van internationale operaties met hogere kosten gepaard gaat dan binnenlandse operaties hebben alle betrekking op reële, met de uitvoering verbonden kosten waarmee marktdeelnemers ten volle rekening dienen te houden om efficiënte resultaten te bereiken.
- (150) Het bestaan van marktfalen veronderstelt dat sprake is van door de operaties veroorzaakte externe effecten (positieve spillover-effecten) of dat belangrijke informatie onvolledig of asymmetrisch verdeeld is, wat tot gevolg heeft dat operaties die anders efficiënt zouden zijn geweest, niet doorgaan. Alhoewel dit theoretisch bij bepaalde zowel internationale als nationale operaties kan gebeuren (bijvoorbeeld in het kader van gemeenschappelijke O&O-programma's), kan er niet van worden uitgegaan dat dit inherent is aan alle internationale operaties, en nog minder aan de operaties waarvan hier sprake is. In deze context is de Commissie van mening dat het argument van een marktfalen niet kan worden geaccepteerd.
- (151) Anderzijds zij eraan herinnerd dat de Commissie bij de beoordeling of een steunmaatregel als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd een evenwicht tracht te vinden tussen het positieve effect van de maatregel op de verwezenlijking van een doelstelling van gemeenschappelijk belang en de mogelijke negatieve secundaire effecten, zoals verstoring van het handelsverkeer en van de concurrentie. In deze context wordt met het actieplan staatssteun een „afwegingstoets” ingevoerd die uit drie fasen bestaat. De eerste twee fasen hebben betrekking op de positieve effecten van de staatssteun en de derde fase op de negatieve effecten en het evenwicht tussen beide. De afwegingstoets wordt als volgt gestructureerd:
- a) er wordt nagegaan of met de steun een doelstelling van gemeenschappelijk belang wordt beoogd (bijvoorbeeld groei, werkgelegenheid, samenhang, milieu of continuïteit van de energievoorziening);
 - b) er wordt onderzocht of de steun geschikt is om het doel van gemeenschappelijk belang te verwezenlijken, dat wil zeggen: of de voorgestelde steun het marktfalen opheft of een ander doel verwezenlijkt. Om dit te onderzoeken moet worden vastgesteld of:
 - i) de staatssteun een passend politiek instrument is;
 - ii) er een stimulerend effect is, met andere woorden: of de steun bij de begunstigde ondernemingen tot een verandering van gedrag leidt;
 - iii) de maatregel evenredig is, dat wil zeggen of dezelfde gedragswijziging met minder steun zou kunnen worden bereikt;
 - c) er wordt nagegaan of de verstoringen van de concurrentie en van het handelsverkeer beperkt zijn, zodat de totale balans positief is.
- (152) In de eerste plaats moet worden onderzocht of het met de steun beoogde doel daadwerkelijk als een doelstelling van gemeenschappelijk belang kan worden beschouwd. Alhoewel met de maatregel zogenaamd wordt beoogd de integratie van de interne markt te bevorderen, is het doel dat met de steun wordt beoogd niet duidelijk gedefinieerd, omdat het verder gaat dan de integratie van de markt door met name de expansie van Spaanse ondernemingen op de Europese markt te bevorderen.
- (153) In een tweede fase moet worden nagegaan of de steun adequaat is om de specifieke doelstelling van gemeenschappelijk belang te bereiken. Concreter gezegd moet de staatssteun het gedrag van een begunstigde onderneming zodanig veranderen dat deze activiteiten onderneemt die aan de doelstelling van gemeenschappelijk belang bijdragen en die zij zonder de steun niet of slechts op beperkte of op een andere wijze zou verrichten. De Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden hebben geen specifieke argumenten aangevoerd die de waarschijnlijkheid van dit stimulerende effect aantonen.
- (154) Het derde punt heeft betrekking op de negatieve effecten van de staatssteun. Ook wanneer deze gepast is om een doelstelling van gemeenschappelijk belang te bereiken, kan steun die aan een bepaalde onderneming of een bepaalde economische sector wordt verleend tot ernstige verstoring van de concurrentie en van het handelsverkeer tussen de lidstaten leiden. In dit opzicht zijn de dertig belanghebbenden van mening dat de steunregeling geen effect heeft op de concurrentiesituatie van de ondernemingen die in Spanje aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, aangezien de financiële gevolgen van artikel 12, lid 5, verwaarloosbaar zou zijn. Zoals reeds in de overwegingen (101) e.v. werd gesteld, zijn er echter ernstige aanwijzingen dat het effect van artikel 12, lid 5, beslist niet verwaarloosbaar is. Aangezien de steunregeling slechts op buitenlandse operaties betrekking heeft, is het effect hiervan duidelijk dat de concurrentieverstoring op de buitenlandse markten is geconcentreerd.

- (155) In de laatste fase van de toetsing van de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt wordt onderzocht of de positieve effecten van de steun, in zoverre hiervan sprake is, de negatieve effecten overtreffen. Zoals al werd gezegd, hebben de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden in deze zaak niet het bestaan aangetoond van een specifieke doelstelling die tot duidelijk positieve effecten leidt. Zij zijn algemeen van mening dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS het doel van de Gemeenschap vervult, grensoverschrijdende operaties te bevorderen zonder nader op de potentiële en reële negatieve effecten van de kwestieuze maatregel in te gaan. Zelfs indien men ervan uitgaat dat het positieve effect van de maatregel de bevordering is van de grensoverschrijdende operaties dankzij de afschaffing van hinderpalen voor deze operaties, vindt de Commissie toch dat de positieve effecten van de maatregel de negatieve effecten ervan overtreffen, omdat de werkingssfeer van de maatregel onprecies en vaag is.
- (156) De Commissie is ten slotte, met name ten aanzien van de analyse overeenkomstig artikel 87, lid 3, onder c), van mening dat de uit hoofde van de kwestieuze maatregel verleende fiscale voordelen noch aan de investering noch aan het scheppen van werkgelegenheid noch aan specifieke projecten zijn verbonden. Deze voordelen bevrijden de betrokken ondernemingen alleen van lasten die zij gewoonlijk moeten dragen en moeten derhalve als bedrijfssteun worden beschouwd. Bedrijfssteun valt in principe niet binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 3, onder c), van het Verdrag omdat deze de concurrentievoorzwaarden vervalst in de sectoren waar deze wordt verleend zonder dat de steun, wegens zijn aard, geschikt is om een van de in deze bepaling vastgelegde doelstellingen te bereiken ⁽¹¹⁰⁾. Overeenkomstig de vaste praktijk van de Commissie kan deze steun niet als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd omdat hij de ontwikkeling van bepaalde activiteiten noch van bepaalde economische gebieden bevordert en evenmin in de tijd beperkt is, niet geleidelijk wordt vermindert en niet in verhouding staat tot hetgeen nodig is om een specifieke economische handicap in de betrokken gebieden te verhelpen. Het resultaat van de „afwegingstoets” bevestigt deze analyse.
- (157) Gelet op het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat de steunregeling in kwestie, wat intracommunautaire verwervingen betreft, onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

G. Terugvordering van de steun

- (158) De kwestieuze maatregel is uitgevoerd zonder overeenkomstig artikel 88, lid 3, van het Verdrag vooraf bij de Commissie te zijn aangemeld. Derhalve is de maatregel, wat intracommunautaire verwervingen betreft, onrechtmatige steun.
- (159) Wanneer onrechtmatig verleende staatssteun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, moet deze overeenkomstig artikel 14 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 Verdrag ⁽¹¹¹⁾ van de begunstigde worden teruggevorderd. Met de terugvordering van de steun wordt voor zover mogelijk de concurrentiesituatie hersteld die bestond voordat de steun werd verleend. Noch de Spaanse autoriteiten noch de dertig belanghebbenden hebben argumenten aangevoerd die een algemene afwijking van dit grondbeginsel rechtvaardigen.
- (160) Niettemin is in artikel 14, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999 bepaald dat „de Commissie geen terugvordering van de steun verlangt indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht”. In de rechtspraak van het Hof van Justitie en de beschikingspraktijk van de Commissie is vastgesteld dat het feit dat de terugvordering van de steun wordt gelast, een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht zou schenden wanneer, door het optreden van de Commissie, in hoofde van de begunstigde van een maatregel een gewettigd vertrouwen bestaat dat de steun werd toegekend in overeenstemming met de Gemeenschapswetgeving ⁽¹¹²⁾.
- (161) In zijn arrest in de zaak *Forum 187* ⁽¹¹³⁾ stelde het Hof van Justitie dat „iedere justitiabele bij wie een gemeenschapsinstelling gegronde verwachtingen heeft gewekt, zich op het vertrouwensbeginsel kan beroepen. Voorts kan niemand schending van dit beginsel stellen, wanneer de administratie hem geen precieze toezeggingen heeft gedaan. Wanneer verder een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer de vaststelling van een voor zijn belangen nadelige communautaire maatregel kan voorzien, kan hij zich niet op dit beginsel beroepen wanneer die maatregel wordt vastgesteld.”.
- (162) De Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden hebben zich in hoofdzaak beroepen op het bestaan van een gewettigd vertrouwen, ten eerste op basis van een aantal antwoorden van de Commissie op schriftelijke parlementaire vragen en, ten tweede, op basis van de zagezegde vergelijkbaarheid van de steunregeling met eerdere maatregelen die de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard. Ten derde zijn de Spaanse autoriteiten en de dertig belanghebbenden van mening dat de Commissie op grond van het beginsel van gewettigd vertrouwen noch terugvordering van de aftrek die reeds heeft plaatsgevonden noch afschaffing van alle nog uitstaande belastingaftrek, tot de in TRLIS vastgelegde periode van 20 jaar, kan gelasten.

⁽¹¹¹⁾ PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1.

⁽¹¹²⁾ Zie de in voetnoot 108 genoemde beschikkingen.

⁽¹¹³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 22 juni 2006 in de gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *Forum 187 ASBL*, Jurispr. 2006, blz. I-5479, punt 147; zie ook het arrest van het Hof van Justitie van 26 november 2005 in zaak C-506/03 *Duitsland/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 58 en het arrest van het Hof van Justitie van 11 maart 1987 in zaak C 265/85, *Van den Bergh en Jurgens BV/Commissie*, Jurispr. 1987, blz. 1155, punt 44.

⁽¹¹⁰⁾ Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 4 september 2009 in zaak T-211/05, *Italië/Commissie*, nog niet in het Publicatieblad verschenen, punt 173; zie ook het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 8 juni 1995 in zaak T-459/00, *Siemens/Commissie*, Jurispr. 1995, blz. II-1675, punt 48.

- (163) Wat de vermeende vergelijkbaarheid betreft van de steunregeling met andere maatregelen die niet als staatssteun zijn aangemerkt, is de Commissie van mening dat de steunregeling wezenlijk verschilt van de maatregelen die de Commissie in haar besluit van 1984 inzake de „Belgische coördinatiecentra”⁽¹¹⁴⁾ heeft beoordeeld. Zo heeft de kwestieuze maatregel een ander toepassingsgebied, omdat hij geen betrekking heeft op activiteiten binnen de groep, zoals in de zaak van de „Belgische coördinatiecentra”. Daarenboven heeft de kwestieuze maatregel een andere structuur, waardoor deze selectief is, met name omdat hij uitsluitend betrekking heeft op operaties die aan andere landen zijn gekoppeld.
- (164) Wat het effect betreft van de verklaringen van de Commissie over het gewettigd vertrouwen van de begunstigen is de Commissie van oordeel dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen twee periodes: a) de periode vanaf het van kracht worden van de maatregel op 1 januari 2002 tot de datum van publicatie van het besluit tot inleiding van de procedure in het Publicatieblad op 21 december 2007; b) de periode na de publicatie van het besluit tot inleiding van de procedure in het Publicatieblad.
- (165) Wat de eerste periode betreft, erkent de Commissie haar antwoorden op de parlementaire vragen van de heer Erik Meijer en mevrouw Sharon Bowles over het mogelijke steunkarakter van de kwestieuze maatregel. Op de parlementaire vraag van Europees Parlementslid Erik Meijer van 19 januari 2006 antwoordde een lid van de Commissie namens de Commissie het volgende: „De Commissie kan niet bevestigen dat de hoge geboden prijzen van Spaanse ondernemingen toe te schrijven zijn aan de Spaanse belastingwetgeving die ondernemingen in staat stelt om goodwill sneller af te schrijven dan Franse of Italiaanse bedrijven. De Commissie kan wel bevestigen dat dergelijke nationale wetgeving niet onder de regels voor overheidssteun valt, aangezien het hier in de eerste plaats om algemene afschrijvingsregels voor alle ondernemingen in Spanje gaat.”⁽¹¹⁵⁾ Op 17 februari 2006 antwoordde een Commissaris op de parlementaire vraag van Europees Parlementslid mevrouw Sharon Bowles namens de Commissie het volgende: „Volgens de informatie waarover de Commissie op dit ogenblik beschikt, lijken de Spaanse belastingvoorschriften betreffende de afschrijving van goodwill van toepassing te zijn op alle ondernemingen in Spanje, ongeacht hun omvang, sector, rechtsvorm en ongeacht of zij particulier of openbaar bezit zijn, aangezien het algemene afschrijvingsregels betreft. Daarom lijken zij niet binnen het toepassingsgebied van de staatssteunregels te vallen.”⁽¹¹⁶⁾
- (166) Met deze verklaringen aan het Europees Parlement heeft de Commissie specifieke, onvoorwaardelijke en overeenstemmende garanties geboden, die bij de begunstigen van de kwestieuze maatregel gegronde verwachtingen hebben gewekt dat de regeling inzake de afschrijving van goodwill in die zin rechtmatig was dat zij niet bin-

nen het toepassingsgebied van de staatssteunregels viel⁽¹¹⁷⁾, en dat derhalve geen van de uit de genoemde regeling voortvloeiende voordelen vervolgens het voorwerp van een terugvorderingsprocedure kon uitmaken. Alhoewel deze verklaringen niet gelijkstaan met een formeel besluit van de Commissie waarin wordt vastgesteld dat de afschrijvingsregeling geen staatssteun was, was het effect ervan met het oog op het creëren van gewettigd vertrouwen vergelijkbaar, met name gelet op het feit dat in deze zaak de geldende procedures die de naleving van het collegialiteitsbeginsel waarborgen, in acht waren genomen. Aangezien het begrip staatssteun objectief is⁽¹¹⁸⁾ en de Commissie ten aanzien van de uitleg ervan — anders dan bij de toetsing van de verenigbaarheid — geen discretionaire bevoegdheid heeft, wordt iedere namens de Commissie afgegeven precieze en onvoorwaardelijke verklaring, volgens welke een nationale maatregel niet als staatssteun moet worden beschouwd, uit de aard der zaak zodanig uitgelegd dat deze betekent dat de maatregel vanaf het begin (dat wil zeggen ook vóór de verklaring in kwestie) geen steun was. Een onderneming die tevoren in onzekerheid verkeerde over de vraag of zij in de toekomst, uit hoofde van de staatssteunregels, het voorwerp zou zijn van een bevel tot terugvordering van de voordelen die zij zou hebben verworven overeenkomstig de regeling betreffende de afschrijving van de goodwill die is voortgevloeid uit transacties die vóór de verklaringen van de Commissie zijn gesloten, zou uit genoemde verklaringen de conclusie hebben kunnen trekken dat deze onzekerheid ongegrond was, aangezien niet te verwachten was dat zij in dit opzicht een grotere mate van zorgvuldigheid dan de Commissie zou tonen. Gelet op deze bijzondere omstandigheden en het feit dat het Gemeenschapsrecht niet vereist dat wordt aangetoond dat er een causaal verband bestaat tussen de door een instelling van de Gemeenschap gedane toezeggingen en het gedrag van de burgers of ondernemingen waarop deze toezeggingen betrekking hebben⁽¹¹⁹⁾, zou een voorzichtig en bezonnen ondernemer redelijkerwijs kunnen verwachten dat de Commissie later geen terugvordering zou gelasten⁽¹²⁰⁾ ten aanzien van de maatregelen waarover zij zelf, in een verklaring aan een andere instelling van de Gemeenschap, had gesteld dat deze geen steun vormen, ongeacht het tijdstip waarop de transactie werd gesloten waarvoor de steunmaatregel is vastgesteld.

- (167) De Commissie komt dan ook tot de slotsom dat de begunstigen van de kwestieuze maatregel alle reden hadden om ervan uit te gaan dat de steun niet zou

⁽¹¹⁴⁾ Besluit van de Commissie SG(84) D/6421 van 16 mei 1984.

⁽¹¹⁵⁾ Schriftelijke vraag E-4431/05.

⁽¹¹⁶⁾ Schriftelijke vraag E-4772/05.

⁽¹¹⁷⁾ Zie, betreffende het beginsel van gewettigd vertrouwen, het reeds genoemde arrest van het Hof van Justitie in *Van den Bergh en Jurgens BV/Commissie*, punt 44, het arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken C 182/03 en C-217/03, *Forum 187 ASBL/Commissie*, Jurispr. 2006, blz. I-5479, punt 147 en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-290/97 *Mehibas Dordtselaan/Commissie*, Jurispr. 2000, blz. II-15, punt 59.

⁽¹¹⁸⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 22 december 2008, *British Aggregates/Commissie*, C-487/06 P, punten 111 tot en met 114, punt 185 en punt 186; arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 17 oktober 2002 in zaak T-98/00, *Linde/Commissie*, punt 33.

⁽¹¹⁹⁾ M.a.w. er hoeft niet te worden aangetoond dat de particulier of de onderneming op grond van de garantie in kwestie heeft deelgenomen aan activiteiten die zij anders niet zou hebben verricht.

⁽¹²⁰⁾ Zie naar analogie de beschikking van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de in België gevestigde coördinatiecentra (2003/757/EG) en de Beschikking van de Commissie van 20 december 2006 over fiscale GIE's (C46/2004).

worden teruggevorderd, en gelast daarom niet de terugvordering van de fiscale steun die aan deze begunstigten is verleend in het kader van deelnemingen welke een Spaanse verwervende onderneming direct of indirect in een buitenlandse onderneming bezat vóór de datum van de publicatie ⁽¹²¹⁾ in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van het besluit van de Commissie tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure overeenkomstig artikel 88, lid 2, van het Verdrag, die toen van de kwestieuze maatregel zouden hebben kunnen profiteren. In overeenstemming met haar vaste praktijk ⁽¹²²⁾ is de Commissie van oordeel dat een behoedzame ondernemer vanaf de datum van inleiding van de formele onderzoeksprocedure de door haar geuite twijfels ten aanzien van de verenigbaarheid van de kwestieuze maatregel in aanmerking had moeten nemen.

(168) Voorts is de Commissie van mening dat deze begunstigten tot het einde van de in de kwestieuze maatregel vastgelegde afschrijvingsperiode moeten kunnen blijven profiteren van de voordelen van deze maatregel. De Commissie erkent dat de operaties zijn gepland en investeringen zijn gedaan in het redelijke en legitieme vertrouwen in een zekere mate van continuïteit van de economische voorwaarden, de kwestieuze maatregel daaronder begrepen. Zij is dan ook, overeenkomstig eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie en haar eigen beschikkingspraktijk ⁽¹²³⁾, en gelet op het feit dat er van dwingend algemeen belang geen sprake is ⁽¹²⁴⁾, van oordeel dat de begunstigten in de gelegenheid moeten worden gesteld tijdens de volledige in artikel 12, lid 5, van de TRLIS vastgelegde afschrijvingsperiode van de voordelen van de kwestieuze maatregel te blijven profiteren.

(169) Daarnaast is de Commissie van oordeel dat een redelijke overgangperiode moet worden voorzien voor de ondernemingen die, in een langetermijnperspectief, al rechten in buitenlandse ondernemingen hadden verworven maar op de datum van publicatie van het besluit tot inleiding van de procedure deze rechten niet gedurende een ononderbroken periode van minstens een jaar bezaten. Derhalve is naar de mening van de Commissie het beginsel van het gewettigd vertrouwen ook van toepassing op ondernemingen die — afgezien van de voorwaarden dat zij hun deelnemingen gedurende een ononderbroken periode van minstens een jaar in bezit hebben — vóór 21 december 2007 aan alle andere in artikel 12, lid 5, van de TRLIS vervatte voorwaarden (zie overweging 21) hebben voldaan, indien zij deze deelnemingen uiterlijk op

21 december 2008 gedurende een ononderbroken periode van minstens een jaar bezaten.

(170) In gevallen waarin de verwervende Spaanse onderneming pas na 21 december 2007 de deelnemingen direct of indirect in haar bezit had, wordt van deze begunstigde daarentegen alle met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun teruggevorderd, behalve indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: ten eerste is een verwervende Spaanse onderneming vóór 21 december 2007 een onherroepelijke verbintenis aangegaan de deelnemingen in bezit te hebben; ten tweede bevatte de overeenkomst een opschortende voorwaarde die is verbonden met het feit dat de transactie in kwestie aan de verplichte goedkeuring van een regelgevende instantie is onderworpen; en ten derde is de transactie vóór 21 december 2007 aangemeld. Voor de periode na de bekendmaking van het besluit tot inleiding van de procedure in het *Publicatieblad* kan niet worden beweerd dat een zorgvuldige marktdeelnemer niet had kunnen voorzien dat een communautaire maatregel zou worden aangenomen die gevolgen voor zijn belangen zou hebben, zoals deze beschikking. Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat tot terugvordering moet worden overgegaan in alle gevallen die niet door de overwegingen 167 en 169 van deze beschikking worden bestreken. Bovendien is de kwestieuze maatregel naar de mening van de Commissie geen steun indien de begunstigten op het ogenblik waarop zij van de voordelen ervan profiteerden, aan alle voorwaarden voldeden van overeenkomstig artikel 2 van Verordening (EG) nr. 994/98 vastgestelde wetgeving, die van toepassing was op het tijdstip waarop de belastingvermindering werd toegekend.

(171) Gelet op de bovenstaande overwegingen komt het precieze bedrag van de steun in een bepaald belastingjaar en voor een bepaalde begunstigde overeen met de netto contante waarde van de door de afschrijvingsmogelijkheid overeenkomstig artikel 12, lid 5, van de TRLIS verleende verlaging van de belastingdruk. Derhalve is dit bedrag afhankelijk van het belastingtarief dat in de bewuste jaren op de onderneming van toepassing was en van het van toepassing zijnde discontorentetarief.

(172) Voor een bepaald belastingjaar en een bepaalde begunstigde komt de nominale waarde van de steun overeen met de overeenkomstig artikel 12, lid 5, van de TRLIS verleende belastingvermindering voor deelnemingen in buitenlandse ondernemingen die niet aan de in de overwegingen 167 en 169 genoemde voorwaarden voldoen.

(173) De nominale waarde wordt berekend door toepassing van het rentepercentage tegen de nominale waarde, overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 en Verordening (EG) nr. 271/2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 794/2004.

(174) Bij de berekening van de belastingdruk voor de begunstigten indien de onwettige steunmaatregel niet had bestaan, moeten de Spaanse autoriteiten zich, zoals reeds is aangegeven, baseren op de operaties die in de periode vóór de bekendmaking van het besluit tot inleiding van de procedure in het *Publicatieblad* tot stand zijn gekomen. Er kan niet worden beweerd dat de begunstigten,

⁽¹²¹⁾ Zie voetnoot 1.

⁽¹²²⁾ Zie onder andere Beschikking 2007/375/EG van de Commissie van 7 februari 2007 betreffende de door, onderscheidenlijk, Frankrijk, Ierland en Italië ten uitvoer gelegde accijnsvrijstelling voor bij de productie van aluminiumoxide in de Gardanne, in de regio-Shannon en op Sardinië als brandstof gebruikte minerale oliën (PB L 147 van 8.6.2007, blz. 29) en de reeds genoemde beschikking van de Commissie van 24 juni 2003 betreffende de door België ten uitvoer gelegde steunregeling, overweging 79.

⁽¹²³⁾ Zie Beschikking 2003/755/EG van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra (PB L 282 van 30.10.2003, blz. 25) en het arrest van het Hof van Justitie van 22 juni 2006 in de reeds genoemde gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *Forum 187 ASBL*, punten 162 en 163.

⁽¹²⁴⁾ Zie het reeds genoemde arrest in zaak *Forum 187*, punt 149; zie tevens het arrest van het Hof van Justitie van 14 mei 1975 in zaak C-74/74, *CNTA/Commissie*, *Jurispr.* 1975, blz. 533, punt 44.

indien deze onrechtmatige voordelen niet hadden bestaan, hun operaties op een andere manier zouden hebben vormgegeven om hun belastingdruk te verlagen. Zoals in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak-Unicredito⁽¹²⁵⁾, duidelijk wordt uiteengezet, kan bij de berekening van de steun geen rekening worden gehouden met dit soort hypothetische overwegingen.

VII. CONCLUSIE

(175) In het licht van de hogervermelde rechtspraak en de bijzondere kenmerken van de zaak is de Commissie van mening dat artikel 12, lid 5, van de TRLIS wat intracommunautaire verwervingen betreft een steunregeling in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag is. Voorts is zij van mening dat, aangezien de uitvoering van de kwestieuze maatregel een inbreuk op artikel 88, lid 3, van het Verdrag vormde, deze wat de intracommunautaire verwervingen betreft een onwettige steunregeling is. Aangezien echter tot de datum van bekendmaking van het besluit tot inleiding van de onderzoeksprocedure gewettigd vertrouwen aanwezig was, ziet de Commissie bij steun ten behoeve van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen waarover de zeggenschap vóór de datum van bekendmaking van het besluit van de Commissie tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure overeenkomstig artikel 88, lid 2, van het Verdrag in het *Publicatieblad van de Europese Unie* direct of indirect door Spaanse verwervende ondernemingen wordt uitgeoefend, bij uitzondering af van de terugvordering van alle uit de toepassing van de steunregeling resulterende belastingvoordelen, behalve wanneer: ten eerste, een verwervende Spaanse onderneming vóór 21 december 2007 een onherroepelijke verbintenis is aangegaan de deelnemingen in bezit te hebben; ten tweede, de overeenkomst een opschortende voorwaarde bevatte die is verbonden met het feit dat de transactie in kwestie aan de verplichte goedkeuring van een regelgevende instantie is onderworpen, en ten derde, de transactie vóór 21 december 2007 is aangemeld.

(176) De Commissie houdt de op 10 oktober 2007 ingeleide procedure betreffende de extracommunautaire operaties open gelet op de nieuwe elementen die de Spaanse autoriteiten hebben toegezegd te zullen verschaffen,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

1. De steunregeling overeenkomstig artikel 12, lid 5, van het „Real Decreto Legislativo” nr. 4/2004 van 5 maart 2004 tot consolidering van de wijzigingen in de „Ley del Impuesto sobre Sociedades” (Spaanse wet inzake de vennootschapsbelasting), die in strijd met artikel 88, lid 3, van het Verdrag, op onwettige wijze door het Koninkrijk Spanje ten uitvoer is gelegd, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt ten aanzien van de aan de begunstigden voor het verrichten van intracommunautaire verwervingen verleende steun.

2. Daarentegen kan belastingaftrek die de begunstigden overeenkomstig artikel 12, lid 5, van de TRLIS genoten in het kader van de intracommunautaire verwerving van directe of indirecte deelnemingen in buitenlandse ondernemingen die vóór

21 december 2007 aan de desbetreffende voorwaarden van de steunregeling voldeden, afgezien van de voorwaarde dat zij hun deelnemingen gedurende een ononderbroken periode van minstens een jaar in bezit hebben, gedurende de gehele in de steunregeling vastgelegde afschrijvingsperiode verder worden toegepast.

3. Belastingaftrek die de begunstigden overeenkomstig artikel 12, lid 5, van de TRLIS genoten in het kader van intracommunautaire verwervingen, die zijn verbonden aan een vóór 21 december 2007 aangegane onherroepelijke verbintenis, genoemde deelnemingen in bezit te hebben mits de overeenkomst een opschortende voorwaarde bevat die is verbonden met het feit dat de transactie in kwestie aan de verplichte goedkeuring van een regelgevende instantie is onderworpen en de transactie vóór 21 december 2007 is aangemeld, kan gedurende de gehele in de steunregeling vastgelegde afschrijvingsperiode verder worden toegepast voor het gedeelte van de deelnemingen die zij vanaf de datum waarop de opschortende voorwaarde wordt opgeheven in bezit hebben.

Artikel 2

De in het kader van de in artikel 1 genoemde regeling verleende belastingvermindering is geen steun indien deze, op het tijdstip waarop hij werd verleend, voldeed aan de voorwaarden van overeenkomstig artikel 2 van Verordening (EG) nr. 994/98 vastgestelde wetgeving, die van toepassing was op het tijdstip waarop de steun werd verleend.

Artikel 3

De in het kader van de in artikel 1 genoemde regeling verleende belastingvermindering die op het tijdstip waarop hij werd verleend aan de voorwaarden voldeed van overeenkomstig artikel 1 van Verordening (EG) nr. 994/98 vastgestelde wetgeving of van enige andere destijds geldende steunregeling, is verenigbaar met de gemeenschappelijke markt tot de maximale steunintensiteiten die op dat soort steun van toepassing zijn.

Artikel 4

1. Spanje vordert de met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun die uit hoofde van de in artikel 1, lid 1, bedoelde regeling in de vorm van belastingvermindering is verleend, terug van de begunstigden waarvan de in het kader van intracommunautaire verwervingen verkregen deelnemingen in buitenlandse ondernemingen niet aan de in artikel 1, lid 2, bedoelde voorwaarden voldoen.

2. De terug te vorderen steun omvat de 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, zoals gewijzigd door Verordening (EG) nr. 271/2008.

4. Spanje schorst iedere uitstaande belastingvermindering die door de in artikel 1, lid 1, bedoelde regeling is verleend vanaf de datum van vaststelling van deze beschikking, met uitzondering van de vermindering die is toegekend voor deelnemingen in buitenlandse ondernemingen welke de in artikel 1, lid 2, genoemde voorwaarden vervullen.

⁽¹²⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005 in zaak C-148/04, *Unicredito Italiano Spa/Agencia delle Entrate*, Jurispr. 2005, blz. I-11137, punten 117 tot en met 119.

Artikel 5

1. De terugvordering van steun die uit hoofde van de in artikel 1 bedoelde regeling is verleend geschiedt onverwijld en daadwerkelijk.
2. Spanje zorgt ervoor dat deze beschikking binnen vier maanden vanaf de datum van kennisgeving van deze beschikking ten uitvoer wordt gelegd.

Artikel 6

1. Binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van deze beschikking verstrekt Spanje de volgende informatie:
 - a) de lijst van de begunstigden die uit hoofde van de in artikel 1 bedoelde regeling steun hebben ontvangen en het totale steunbedrag dat door elk van hen uit hoofde van de regeling is ontvangen;
 - b) het totale van de begunstigde terug te vorderen bedrag (hoofdsom en rente);
 - c) een gedetailleerde beschrijving van de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan deze beschikking te voldoen;
 - d) documenten die aantonen dat aan de begunstigden opdracht is gegeven de steun terug te betalen.

2. Spanje houdt de Commissie op de hoogte van de stand van uitvoering van de nationale maatregelen die het heeft genomen om deze beschikking ten uitvoer te leggen, en dit tot de steun die uit hoofde van de in artikel 1 bedoelde regeling is verleend volledig is teruggevorderd. Spanje verstrekt, op eenvoudig verzoek van de Commissie, onverwijld informatie over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan deze beschikking te voldoen. Het verstrekt eveneens gedetailleerde informatie over de reeds van de begunstigde teruggevoerde steunbedragen en rente.

Artikel 7

Deze beschikking is gericht tot het Koninkrijk Spanje.

Gedaan te Brussel, 28 oktober 2009.

Voor de Commissie

Neelie KROES

Lid van de Commissie

BIJLAGE

Lijst van belanghebbenden die opmerkingen op het besluit tot inleiding van de procedure hebben gemaakt en die niet om vertrouwelijke behandeling hebben verzocht

Abertis Infraestructuras SA
Acerinox SA
Aeropuerto de Belfast SA.
Altadis SA, Fomento de Construcciones y Contratas SA
Amey UK Ltd
Applus Servicios Tecnológicos SL
Asociación Española de Banca (AEB)
Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)
Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN)
Asociación de Marcas Renombradas Españolas
Asociación Española de Asesores Fiscales
Amadeus IT Group SA
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA
Banco Santander SA
Club de Exportadores e Inversores Españoles
Compañía de distribución integral Logista SA
Confederacion Española de Organizaciones Empresariales
Confederacion Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME)
Ebro Puleva SA
Ferrovia Services SA
Hewlett-Packard Española SL
La Caixa S A,
Iberdrola S A
Norvarem SA
Prosegur Compañía de Seguridad SA
Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (Grupo AGBAR)
Telefónica SA

Abonnementsprijzen 2011 (excl. btw, incl. verzendkosten voor normale verzending)

<i>Publicatieblad van de Europese Unie</i> , L- en C-serie, uitsluitend papieren versie	22 officiële talen van de Europese Unie	1 100 EUR per jaar
<i>Publicatieblad van de Europese Unie</i> , L- en C-serie, papieren versie + dvd (jaarlijks)	22 officiële talen van de Europese Unie	1 200 EUR per jaar
<i>Publicatieblad van de Europese Unie</i> , L-serie, uitsluitend papieren versie	22 officiële talen van de Europese Unie	770 EUR per jaar
<i>Publicatieblad van de Europese Unie</i> , L- en C-serie, dvd (maandelijks) (cumulatief)	22 officiële talen van de Europese Unie	400 EUR per jaar
<i>Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie</i> (S-serie: Overheidsopdrachten en aanbestedingen), dvd, verschijnt één keer per week	Meertalig: 23 officiële talen van de Europese Unie	300 EUR per jaar
<i>Publicatieblad van de Europese Unie</i> , C-serie „Vergelijkende onderzoeken”	Taal (talen) van het (de) vergelijkende onderzoek(en)	50 EUR per jaar

Het abonnement op het *Publicatieblad van de Europese Unie*, dat in de officiële talen van de Europese Unie verschijnt, is verkrijgbaar in 22 verschillende taalversies. Het abonnement omvat de L-serie (Wetgeving) en de C-serie (Mededelingen en bekendmakingen).

Ieder abonnement geldt slechts voor één enkele taalversie.

Overeenkomstig Verordening (EG) nr. 920/2005 van de Raad, bekendgemaakt in Publicatieblad L 156 van 18 juni 2005, waarin is bepaald dat de instellingen van de Europese Unie tijdelijk niet verplicht zijn om alle rechtsbesluiten in het lers te redigeren en in die taal bekend te maken, worden de in het lers opgestelde nummers van het Publicatieblad apart verkocht.

Het abonnement op het *Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie* (S-serie: Overheidsopdrachten en aanbestedingen) omvat alle 23 officiële taalversies op één meertalige dvd.

Op verzoek kunnen de abonnees op het *Publicatieblad van de Europese Unie* eveneens de verschillende bijlagen van het Publicatieblad ontvangen. De abonnees worden op de hoogte gebracht van het verschijnen van bijlagen door middel van een „Bericht aan de lezer” in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Verkoop en abonnementen

Abonnementen op verscheidene niet-kosteloze publicaties, zoals het abonnement op het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zijn verkrijgbaar bij onze verkoopkantoren. Een lijst met verkoopkantoren is te vinden op het volgende internetadres:

http://publications.europa.eu/others/agents/index_nl.htm

Via EUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu>) heeft u direct en gratis toegang tot het recht van de Europese Unie. Op deze website kunt u het *Publicatieblad van de Europese Unie* raadplegen. U vindt er eveneens de verdragen, de wetgeving, de jurisprudentie en de voorbereidende wetgevende besluiten.

Meer informatie over de Europese Unie is te vinden op de volgende website: <http://europa.eu>



Bureau voor publicaties van de Europese Unie
2985 Luxemburg
LUXEMBURG

NL