

II

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

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 17 februari 2003

betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten

(kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 568)

(Slechts de tekst in de Nederlandse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2003/515/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

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

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

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

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

(1) Om schadelijke belastingconcurrentie te bestrijden, heeft de Ecofin-Raad in 1997 een gedragscode goedgekeurd inzake de belastingregeling voor ondernemingen ⁽²⁾ en tevens een ad-hocgroep ingesteld om de belastingmaatregelen waarop deze gedragscode mogelijk van toepassing is, te onderzoeken. Zoals de Commissie in het kader van de gedragscode had toegezegd, heeft zij in 1998 een mededeling uitgebracht over de toepassing van de regels inzake steunmaatregelen van de staten op maatregelen betreffende de directe belasting op bedrijven ⁽³⁾, waarin zij benadrukt dat zij deze regels strikt zal toepassen, met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling. In dit verband is de Commissie begonnen de maatregelen die als schadelijk worden beschouwd in het kader van de gedragscodegroep te onderzoeken op basis van de regels inzake staatssteun. De Commissie wijst erop dat de werkzaamheden van de gedragscodegroep parallel lopen met het beleid van de Europese Unie op het gebied van

staatssteun: beide hebben immers ten doel een einde te maken aan maatregelen die de mededinging in de interne markt vervalsen of dreigen te vervalsen. De Commissie neemt tevens nota van de vorderingen op het gebied van de bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie en in het bijzonder van de maatregelen die de lidstaten hebben genomen om de door de gedragscodegroep genoemde maatregelen af te schaffen of de schadelijke aspecten ervan in te trekken.

- (2) Bij brief van 12 februari 1999 heeft de Commissie Nederland om inlichtingen gevraagd over de regeling betreffende internationale financieringsactiviteiten (concernfinancieringsactiviteiten, hierna „cfa-regeling” genoemd). Nederland heeft deze inlichtingen verstrekt bij brief van 8 maart 1999.
- (3) De Commissie heeft Nederland bij schrijven van 11 juli 2001 in kennis gesteld van haar besluit om ten aanzien van deze steun de procedure van artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag in te leiden.
- (4) Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure is in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* ⁽⁴⁾ bekendgemaakt. De Commissie heeft de belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen over de betrokken steunmaatregel te maken.
- (5) De Commissie heeft van belanghebbenden opmerkingen terzake ontvangen. Zij heeft deze voor een reactie aan Nederland doorgezonden en heeft bij brief van 30 januari 2002 de opmerkingen van deze lidstaat ontvangen.

⁽¹⁾ PB C 306 van 31.10.2001, blz. 6.

⁽²⁾ PB C 2 van 6.1.1998, blz. 1.

⁽³⁾ PB C 384 van 10.12.1998, blz. 3.

⁽⁴⁾ Zie voetnoot 1.

- (6) Bij schrijven van 18 juli en 3 oktober 2002 heeft de Commissie aanvullende inlichtingen van Nederland ontvangen. In de loop van de procedure hebben de Commissie en de Nederlandse autoriteiten herhaaldelijk vergaderd.

2. GEDETAILEERDE BESCHRIJVING VAN DE STEUN-MAATREGEL

- (7) De bepalingen op grond waarvan een reserve kan worden gevormd voor risico's die verband houden met de financieringsactiviteiten van een internationaal concern, zijn vervat in artikel 15b van de Wet op de vennootschapsbelasting van 1969. Dit artikel is ingevoegd bij de wet van 13 december 1996, waarin ook bepalingen zijn opgenomen om de mogelijkheid te beperken om interessen die samenhangen met de concernfinancieringsactiviteiten van internationaal werkzame concerns, van de winst af te trekken door kunstmatige leningen aan te gaan. Deze bepaling is bedoeld om de uitholling van de grondslag van de Nederlandse vennootschapsbelasting tegen te gaan.

2.1. Doel

- (8) Volgens de Nederlandse autoriteiten heeft het Nederlandse parlement getracht met deze maatregel te voorkomen dat Nederlandse internationaal opererende ondernemingen hun concernfinancieringsactiviteiten onderbrengen in maatschappijen in het buitenland, met name in belastingparadijzen.

2.2. Voorwaarden

- (9) Verzoeken tot vorming van een risicoreserve worden behandeld door een speciaal daarvoor opgerichte coördinatiecommissie. Deze commissie heeft geen discretionaire bevoegdheid, evenmin als de minister of de overheid. De modelbeschikking die op 2 oktober 1997 werd gepubliceerd, is bedoeld om de correcte toepassing van de wet te waarborgen en mogelijk misbruik tegen te gaan.
- (10) De mogelijkheid om een risicoreserve te vormen, staat open voor elke belastingplichtige onderneming, ongeacht of deze van Nederlandse of van buitenlandse afkomst is, voorzover aan de wettelijke voorwaarden is voldaan.
- (11) Om een risicoreserve te mogen vormen, moet de onderneming financieringsactiviteiten ten behoeve van onderdelen van het concern verrichten die in ten minste vier landen of op ten minste twee continenten zijn gevestigd. Een onderneming wordt beschouwd als een onderdeel van hetzelfde concern als de Nederlandse onderneming wanneer deze beide ondernemingen voor meer dan 33,33 % met elkaar zijn verbonden. Aandelen die bij de ontbinding van de onderneming niet delen in de reserves van de onderneming, worden niet in aanmerking genomen bij de berekening van dit percentage.
- (12) Krachtens artikel 15b wordt onder de term „financieringsactiviteiten” verstaan: financieringsactiviteiten welke strekken ter financiering van bedrijfsmiddelen en

bedrijfsmatige activiteiten van tot het concern behorende lichamen, daaronder begrepen het financieren van deelnemingen, alsmede het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen binnen het concern, en beleggen.

- (13) Begunstigden van de regeling moeten kunnen aantonen dat zij geregeld leningen verstrekken en beleggingen plaatsen en dat zij geheel onafhankelijk kunnen opereren. De leiding moet over het vermogen en de bevoegdheid beschikken om daartoe de nodige stappen te ondernemen. De activiteiten moeten uitsluitend vanuit Nederland worden verricht, zonder bemoeienis van buitenaf. De onderneming moet zich, anders dan incidenteel, bezighouden met het regelen en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van de ondernemingen die tot het concern behoren.
- (14) Ten slotte moeten de ondernemingen in de vier landen per land ten minste 5 % van de belastbare inkomsten uit de financieringsactiviteiten bijdragen en op elk van de twee continenten minstens 10 %. Verder mag, om de internationale spreiding van de activiteiten te benadrukken, niet meer dan 10 % van het totale vermogen (vreemd en eigen vermogen) dat de onderneming voor haar financieringsactiviteiten gebruikt, direct of indirect ten behoeve van tot het concern behorende ondernemingen in Nederland worden aangewend.
- (15) Voldoet een onderneming niet aan de wettelijk vastgestelde voorwaarden, dan mag zij geen risicoreserve vormen. Evenzo heeft het niet langer aan deze voorwaarden voldoen tot gevolg dat de risicoreserve volledig vrijkomt en tegen het volle vennootschapsbelastingtarief wordt belast.
- (16) Aanvragen van ondernemingen die van de cfa-regeling gebruik willen maken, worden behandeld door de belastingdienst. Toestemming wordt verleend voor tien jaar.

2.3. Fiscale gevolgen

- (17) Indien aan alle voorwaarden is voldaan, kan de onderneming een reserve vormen met het oog op de bijzondere risico's die verband houden met de internationale financieringsactiviteiten van het concern. De jaarlijkse toevoeging aan de reserve mag niet meer bedragen dan 80 % van de winst uit financieringsactiviteiten (voornamelijk rente en royalty's) alsmede van de opbrengsten van kortlopende beleggingen die worden aangehouden ter financiering van acquisities (hierna „financieringswinst” genoemd).
- (18) Het aandeel van de beleggingen in de financieringswinst mag volgens de wet niet meer bedragen dan de laagste van de volgende waarden: ofwel 25 % van de nettowaarde van het concern ofwel de som van alle deelnemingen en binnen het concern uitstaande leningen (Nederlandse deelnemingen voor een bedrag dat niet groter is dan 1/9e deel van het bedrag van de buitenlandse deelnemingen). Andere bedrijfsinkomsten mogen niet worden gebruikt.

- (19) De nettofinancieringswinst wordt berekend na aftrek van de uitgaven die verband houden met de financieringsactiviteiten, waaronder de rentelasten en een evenredig gedeelte van de algemene kosten. Winst die is vrijgesteld ingevolge de deelnemingsvrijstelling en belastingkredieten ter voorkoming van dubbele belasting van inkomsten van dochterondernemingen worden niet als financieringswinst beschouwd. Onttrekkingen ten laste van de risicoreserve evenmin.
- (20) Bovendien is het jaarlijks aan de reserve toe te voegen bedrag wettelijk beperkt tot maximaal 80 % van de totale belastbare inkomsten, inclusief inkomsten die geen verband houden met financiële activiteiten. Zo wordt het deel van de financieringswinst dat als uitgangspunt dient voor de berekening van de maximumreserve, bij verliezen uit de overige activiteiten dus tot minder dan 80 % verminderd. Voor de toepassing van de 80 %-regel wordt de belastbare winst van de onderneming berekend alvorens eventuele toevoegingen of onttrekkingen aan de reserve in aanmerking worden genomen. Voorwaarts verrekende verliezen moeten worden afgetrokken.
- (21) Een onderneming die over een overnamekas beschikt met de (bij de belastingdienst aannemelijk gemaakte) bedoeling om één of meer ondernemingen over te nemen, kan binnen bepaalde grenzen de opbrengsten van die kas toevoegen aan de nettofinancieringswinst, die de grondslag vormt voor de berekening van de toevoeging aan de reserve. De overnamekas, waarvoor bovengenoemde voorwaarden gelden, dient in liquide middelen te worden aangehouden om op korte termijn beschikbaar te zijn. De overname dient te geschieden in de vorm van de verwerving van aandelenkapitaal.
- (22) De reserve kan vrijwillig of onvrijwillig worden opgeheven.
- (23) Bij verwerving van aandelen van een Nederlandse of buitenlandse onderneming, of bij een kapitaalstorting in dergelijke ondernemingen, kan een bedrag ten belope van 50 % van het bedrag van de verwerving of van de kapitaalstorting voorlopig onbelast aan de reserve worden onttrokken. De fiscale waarde van de verworven deelnemingen wordt echter met 50 % verminderd. Op deze wijze kan fiscaal worden geanticipeerd op een eventueel liquidatieverlies. Indien zich daarna ten aanzien van de verworven onderneming feitelijk een liquidatieverlies zou voordoen, is dit fiscaal gezien evenveel kleiner als het bedrag dat ter dekking van dit risico reeds aan de reserve is onttrokken.
- (24) Indien de activiteiten van de onderneming of de plaats waar deze worden uitgeoefend, naar het oordeel van de minister van Financiën bijzondere risico's meebrengen (bijvoorbeeld politieke of klimatologische risico's), wordt het percentage van de kosten die onbelast aan de reserve kunnen worden onttrokken, verhoogd tot 100 %. Dat geldt ook voor de vermindering van de fiscale waarde van de verworven deelnemingen. Ook in dit geval wordt een mogelijk toekomstig liquidatieverlies met hetzelfde bedrag verminderd. Hoewel dit geval zich nog nooit heeft voorgedaan, geldt dezelfde fiscale behandeling voor een kapitaalstorting die een onderneming van het concern in staat moet stellen verplichtingen na te komen die haar in het kader van een gerechtelijke procedure zijn opgelegd en die zij niet uit haar eigen middelen zou kunnen nakomen. Een dergelijke kapitaalstorting mag echter niet plaatsvinden in de vorm van de omzetting van vorderingen in aandelenkapitaal of ertoe leiden dat vaste inrichtingen in deelnemingen worden omgezet. De aandelen van de onderneming die de kapitaalstorting ontvangt, moeten ten minste vijf jaar worden gehouden, tenzij aan de vervreemding overwegend zakelijke motieven ten grondslag liggen.
- (25) Ook zonder dat een verwerving of een kapitaalstorting plaatsvindt, kan de risicoreserve te allen tijde vrijwillig worden opgeheven door middel van een schriftelijk verzoek daartoe. In dit geval wordt de reserve in vijf jaar in gelijke delen aan de winst toegevoegd en worden de jaarmoten belast tegen 10 %. Gedurende deze periode van vijf jaar kunnen geen toevoegingen aan de reserve meer plaatsvinden, maar onttrekkingen in verband met kapitaalstortingen blijven mogelijk. De criteria betreffende het verrichten van de activiteiten vanuit Nederland en de aanwezigheid in het buitenland blijven onverminderd gelden. Eventuele inkomsten gedurende deze periode worden belast tegen het normale vennootschaps-tarief en kunnen niet aan de reserve worden toegevoegd.
- (26) Verliezen die samenhangen met de risico's waarvoor de reserve is gevormd (afstand van schuldvorderingen, liquidatieverliezen en exploitatieverliezen van vaste inrichtingen van de onderneming of het concern), leiden verplicht tot een belaste onttrekking aan de reserve voor een bedrag ter grootte van het verlies. Indien de reserve niet toereikend is, komt het bedrag aan verliezen dat groter is dan de reserve, ten laste van de overige winst. De volgende risico's/verliezen leiden verplicht tot een onttrekking:
- risico's die uitgaan boven het verlies van de waarde van het aandelenkapitaal in een deelneming;
 - de afwaardering van verstrekte leningen en liquidatieverliezen die in Nederland ten laste van de winst komen;
 - afwaarderingsverliezen op belangen in verbonden lichamen die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen;
 - verliezen die voortvloeien uit het drijven van een buitenlandse onderneming via een vaste inrichting in andere landen, voorzover die waar dan ook binnen het Nederlandse deel van het concern worden geleden;
 - valutaverliezen.
- (27) Ten slotte wordt de reserve, tegen het normale vennootschaps-tarief, verplicht opgeheven wanneer de onderneming niet langer in Nederland aan belasting is onderworpen, met name als gevolg van een liquidatie of de verplaatsing van haar fiscale zetel naar het buitenland. Deze belaste onttrekking wordt niet aan de financieringswinst toegevoegd en kan niet worden gebruikt om een nieuwe reserve te vormen. Ook indien niet langer aan de voorwaarde dat de transacties daadwerkelijk vanuit Nederland moeten worden verricht, of aan de voorwaarden betreffende de aanwezigheid in het buitenland of aan eventuele andere door de wet gestelde voorwaarden wordt voldaan, vindt verplichte opheffing van de reserve plaats met dezelfde fiscale consequenties.

- (28) Bij verplichte opheffing binnen de vrijwillige opheffingsperiode van vijf jaar wordt de belasting over de jaarlijkse termijnen die al tegen 10 % zijn afgerekend, alsnog verhoogd met 25 % van die termijn, zodat uiteindelijk over de gehele reserve 35 % belasting wordt geheven.

2.4. Kosten van de maatregel

- (29) Volgens de Nederlandse overheid is de cfa-regeling budgettair neutraal.

3. REDENEN VOOR DE INLEIDING VAN DE PROCEDURE

- (30) Omdat de cfa-regeling alleen voor multinationale ondernemingen die in vier landen of op twee continenten actief zijn tijdelijke of permanente belastingvoordelen oplevert, was de Commissie van mening dat de positie van deze multinationale ondernemingen werd versterkt en dat de regeling staatssteun zou kunnen zijn in de zin van artikel 86, lid 1, van het Verdrag. Omdat de voordelen die de cfa-regeling oplevert niet zijn gekoppeld aan werkgelegenheidscheppende investeringen of specifieke projecten, lijken zij uitsluitend een verlichting van de vaste lasten in te houden. De Commissie was daarom van oordeel dat zij konden worden aangemerkt als exploitatiesteun en dat geen van de uitzonderingen van artikel 88, leden 2 en 3, van toepassing was.

4. OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

- (31) 59 ondernemingen en het VNO-NCW⁽⁵⁾ hebben binnen de gestelde termijn opmerkingen ingediend. Daarbij gaat het vooral om ondernemingen die zelf gebruikmaken of gebruik hebben gemaakt van de cfa-regeling. Van drie ondernemingen zijn de opmerkingen niet doorgegeven aan Nederland, omdat deze te laat werden ingediend. Deze opmerkingen komen echter in grote lijnen overeen met de opmerkingen die wel binnen de termijn werden ingediend. Bijna alle ondernemingen die opmerkingen hebben ingediend, hebben zich aangesloten bij het betoog van het VNO-NCW, waarvan de inhoud hieronder in het kort wordt weergegeven.

4.1. De cfa-regeling is geen steunmaatregel

- (32) Ten eerste is de cfa-regeling ingevoerd om de kapitaalvlucht uit Nederland tegen te gaan. Het was de bedoeling om de belastingconcurrentie tussen verschillende landen aan te pakken, niet om de concurrentievoorwaarden voor verschillende ondernemingen te beïnvloeden. De verenigbaarheid van de regeling met het Verdrag zou dus moeten worden beoordeeld op basis van de artikelen 96 en 97 en niet op basis van de bepalingen inzake staatssteun.
- (33) Ten tweede is de cfa-regeling geen steunmaatregel omdat de ondernemingen die van de maatregel gebruikmaken, geen voordeel genieten. Gezien de mobiliteit van internationale financieringsactiviteiten, ligt het voor de hand dat

ondernemingen voor deze activiteiten uitwijken naar de plaats met de gunstigste belastingregeling. Omdat het belastingtarief in Nederland 35 % bedroeg (ten tijde van de feiten), waren ondernemingen geneigd hun financieringsactiviteiten onder te brengen in andere landen, met gunstigere belastingregelingen. Met de invoering van de cfa-regeling heeft de Nederlandse overheid geprobeerd deze kapitaalvlucht tegen te gaan. Men kan dus niet zeggen dat de ondernemingen die gebruikmaken van de regeling, een voordeel genieten, want zonder die regeling zouden deze internationale ondernemingen hun financieringsactiviteiten in een ander land hebben ondergebracht. Of er al dan niet sprake is van een economisch voordeel, hangt dus af van de effectieve belastingdruk die in dat land op de financieringsactiviteiten rust. Het is dus niet zo dat de regeling voor deze ondernemingen een verlichting vormt van de vaste lasten die zij normaal hebben te dragen.

- (34) Ten derde heeft de regeling geleid tot extra belastingopbrengsten, zodat niet kan worden gezegd dat de tenuitvoerlegging van de regeling moest worden bekostigd met staatsmiddelen.
- (35) Ten vierde betreft het geen maatregel die bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt, het is een algemene maatregel. Alle ondernemingen die actief zijn in Nederland, ongeacht hun economische activiteit, kunnen immers gebruikmaken van de regeling, mits zij zich bezighouden met internationale concernfinancieringsactiviteiten. Bovendien worden in de cfa-regeling geen voorwaarden gesteld ten aanzien van de omvang of de nationaliteit van de onderneming. In tegenstelling tot wat de Commissie beweert, is deze regeling niet hoofdzakelijk bedoeld voor grote Nederlandse concerns. De cfa-regeling is dus vergelijkbaar met een Italiaanse fiscale regeling die bedoeld is om Italiaanse bedrijven aan te moedigen de „ondergrondse economie⁽⁶⁾” te verlaten en die door de Commissie onlangs als algemene maatregel is aangemerkt.
- (36) Ten vijfde doet de voorwaarde dat ondernemingen in vier landen of op twee continenten actief moeten zijn, geen afbreuk aan het algemene karakter van de maatregel. Het zijn immers de ondernemingen die aan dit criterium voldoen die de grootste internationale financieringsrisico's lopen, de risico's die de cfa-regeling probeert op te vangen. Het is niet erg waarschijnlijk dat ondernemingen die slechts in een of twee landen actief zijn, dergelijke risico's lopen. De vraag of de grens bij drie, vier of vijf landen moet liggen, is niet relevant, omdat de door de Nederlandse wetgever vastgestelde grens redelijk is in verhouding tot het nagestreefde doel en dus past in de aard en de opzet van de regeling.
- (37) Ten zesde zijn de gestelde criteria objectief van aard en beschikken de Nederlandse autoriteiten niet over een discretionaire bevoegdheid om deelname aan de cfa-regeling al dan niet goed te keuren.

⁽⁵⁾ Verbond van Nederlandse Ondernemingen — Nederlands Christelijk Werkgeversverbond.

⁽⁶⁾ N 674/01.

- (38) Ten zevende kende het Nederlandse belastingstelsel al vóór de invoering van de cfa-regeling de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden reserves voor specifieke risico's vrij te stellen van belasting. Volgens het VNO-NCW geldt dat met name voor de exportrisicoreserve, die geen staatssteun behelst.

4.2. Indien er al sprake is van staatssteun, dan van bestaande steun

- (39) Ten eerste heeft de Commissie vóór de invoering van de cfa-regeling in 1997 haar standpunt dat vergelijkbare maatregelen geen staatssteun vormen, herhaaldelijk bevestigd. Indien de Commissie haar beleid wijzigt, vereisen de algemene rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginselen dat zij haar standpuntwijziging tijdig bekendmaakt. Bij het achterwege blijven van een dergelijke bekendmaking dient de Commissie rekening te houden met het gewettigd vertrouwen dat haar eigen optreden bij de betrokken lidstaten en ondernemingen heeft gewekt. Daarbij dient zij zich er vooral rekenschap van te geven dat de fiscale bedrijfshuishouding van een onderneming niet met terugwerkende kracht kan worden geherstructureerd.
- (40) Ten tweede verhindert het beginsel van gelijke behandeling dat is vervat in punt J van de resolutie van de Raad van 1 december 1997 betreffende een gedragscode inzake belastingregelingen voor ondernemingen⁽⁷⁾ (hierna „gedragscode” genoemd), de Commissie de cfa-regeling als nieuwe steun te beschouwen nadat zij de Belgische coördinatiecentra als bestaande steun heeft aangemerkt. Dit geldt temeer wegens de vergaande consequenties die blijken de rechtspraak aan het inleiden van de procedure voor nieuwe steun moeten worden verbonden. De conclusie moet dus luiden dat de Commissie de cfa-regeling zou moeten behandelen volgens de procedure voor bestaande steun en dat het besluit van 11 juli 2001 tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure niet kan worden gehandhaafd.
- (41) Ten derde heeft de Commissie vanaf 17 juli 2000 de regeling voor de coördinatiecentra opnieuw onderzocht als bestaande steun op basis van artikel 1, onder b), punt v), van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad⁽⁸⁾ (hierna „procedureverordening” genoemd). Daarin is bepaald dat onder bestaande steun wordt verstaan „steun die als bestaande steun wordt beschouwd, omdat kan worden vastgesteld dat hij op het moment van inwerkingtreding geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt, zonder dat de betrokken lidstaat er wijzigingen in heeft aangebracht”. In haar brief van 17 juli 2000 geeft de Commissie geen aanwijzingen dat zich een ontwikkeling van de interne markt zou hebben voorgedaan vóór 10 december 1998, de datum van de publicatie 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⁽⁹⁾ (hierna „de mededeling” genoemd). De regeling is echter per 1

januari 1997 ingevoerd, dus twee jaar voordat de mededeling werd gepubliceerd. De cfa-regeling moet dus als bestaande steun worden beschouwd, omdat zij, evenals de Belgische regeling, op het moment van inwerkingtreding geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt.

4.3. Indien sprake is van nieuwe steun, is terugvordering in strijd met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht

- (42) Ten eerste konden de Nederlandse overheid en de behoedzame ondernemer op basis van besluiten van de Commissie met betrekking tot de Belgische coördinatiecentra in de jaren tachtig, op basis van het antwoord van het Commissielid Brittan op een parlementaire vraag in 1990 en op basis van het niet optreden van de Commissie tegen vergelijkbare maatregelen van andere lidstaten erop vertrouwen dat de cfa-regeling niet als staatssteun dient te worden aangemerkt. Dit gewettigd vertrouwen dat de cfa-regeling verenigbaar is met de interne markt, verhindert de terugvordering van de verstrekte steun, tot de datum van de eindbeschikking. De Commissie benadrukt immers zelf dat het inleiden van de procedure slechts een voorlopige beoordeling inhoudt van de vraag of de beoogde maatregel als steun moet worden aangemerkt.
- (43) Ten tweede is de Commissie krachtens de procedureverordening verplicht onverwijld op te treden indien zij over informatie beschikt met betrekking tot mogelijk onrechtmatige steun. Al in 1997 heeft de Commissie alle informatie die zij nodig had, van de Nederlandse autoriteiten ontvangen. Dat blijkt ook uit het feit dat alle argumenten die in de kennisgeving van 11 juli 2001 tegen de cfa-regeling worden aangevoerd, al aan de eerder ontvangen informatie hadden kunnen worden ontleend. De Commissie kan dus niet beweren dat zij met de vereiste spoed heeft gehandeld. Dit weegt des te zwaarder vanwege de rechtspraak in de RSV-zaak⁽¹⁰⁾. In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat de Commissie, door gedurende een abnormaal lange periode niet op te treden, bij de begunstigde het gewettigd vertrouwen kon wekken dat er geen bezwaar zou worden gemaakt tegen de verstrekte steun.

4.4. Overige opmerkingen

- (44) Sommige ondernemingen merken op dat zij voorheen profiteerden van de Belgische belastingregeling voor coördinatiecentra en dat zij van mening zijn dat beide regelingen sterk op elkaar lijken. Andere betogen dat de keuze van de cfa-regeling niet uitsluitend op fiscale overwegingen berust, omdat andere fiscale regelingen in de Gemeenschap of daarbuiten toentertijd voordeliger waren. Hun keuze zou door een geheel van factoren worden gerechtvaardigd, waaronder de kwaliteit van de economische infrastructuur van Nederland.

⁽⁷⁾ Zie voetnoot 2.

⁽⁸⁾ PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1.

⁽⁹⁾ Zie voetnoot 3.

⁽¹⁰⁾ Arrest van het Hof van 24 november 1987 in zaak 223-85 (RSV/Commissie), Jurisprudentie 1987, blz. 4617.

5. OPMERKINGEN VAN NEDERLAND

(45) Allereerst merken de Nederlandse autoriteiten op dat de Commissie de procedure heeft ingeleid op grond van informatie die naar aanleiding van het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 12 februari 1999 was verstrekt, terwijl deze informatie reeds bij brieven van 21 maart 1997 en 6 januari 1998, in antwoord op een verzoek van de Commissie van 5 maart 1997, aan de Commissie was toegezonden.

5.1. Achtergrond van de invoering van de regeling

(46) Volgens Nederland is de regeling ingevoerd naar aanleiding van het feit dat internationale concerns hun financieringsactiviteiten om fiscale redenen naar het buitenland verplaatsten. Volgens ramingen van de belastingdienst ging het destijds om een vermogen van meer dan 15 miljard NLG, waarvan de opbrengsten niet langer met Nederlandse vennootschapsbelasting belast konden worden. Nederland achtte het noodzakelijk een wettelijke maatregel vast te stellen waardoor het voor in Nederland gevestigde internationaal werkzame ondernemingen aantrekkelijker zou worden hun financieringsactiviteiten weer naar Nederland over te brengen, dan wel deze daar te houden. De vorm van de maatregel past bij de aard en de opzet van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het betreft een reservering tot dekking van bepaalde risico's, namelijk specifieke risico's die samenhangen met het werkzaam zijn als internationaal concern, toegespitst op de financieringsactiviteit en het houden van deelnemingen. Volgens Nederland betreft het geen belastingvrijstelling, omdat op de gevormde reserve een reële fiscale claim rust. Met de maatregel wordt niet beoogd concernfinancieringsactiviteiten van in het buitenland gevestigde, internationaal werkzame ondernemingen naar Nederland te halen. Niettemin is de regeling ook toegankelijk voor dergelijke ondernemingen, onder exact dezelfde voorwaarden.

(47) Overigens beklemtoont Nederland dat de regeling transparant is en geen discretionaire bevoegdheden voor de inspecteur of welke andere uitvoerende instantie dan ook omvat. De enige begrenzing waaraan de toepassing van deze regeling is onderworpen, namelijk dat een onderneming in ten minste vier landen of twee continenten activiteiten moet uitoefenen, dient slechts om te waarborgen dat alleen die ondernemingen van de regeling gebruikmaken die de risico's lopen waarvoor de reserveringsmogelijkheid in het leven is geroepen.

(48) Voorts verklaart Nederland dat de maatregel een onderdeel uitmaakt van een pakket dat de voorwaarden verduidelijkt waaraan een in het buitenland gevestigde concernfinancieringsmaatschappij moet voldoen om in Nederland als deelneming te worden gekwalificeerd in de zin van de deelnemingsvrijstelling, en dat de uitholling van de grondslag door middel van bepaalde ongerechtvaardigde renteaftrekken binnen concernverband beperkt of anderszins aan banden legt.

(49) Ten slotte meent Nederland dat de regeling aan haar doel beantwoordt omdat de betrokken concernfinancieringsvermogens zonder de regeling niet in Nederland zouden

zijn ondergebracht, maar in het buitenland. De ondernemingen die hebben besloten in Nederland te blijven of zich daar te vestigen, kunnen niet worden geacht hun voordeel te hebben verkregen omdat zij hebben afgezien van de zekere, lagere belastingtarieven in sommige andere landen. In Nederland hangt de werkelijke druk af van de ontwikkeling van de concernfinancieringswinsten en de verliezen tot dekking waarvan de reserve wordt gevormd.

5.2. Kwalificatie van de regeling als steun in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag

(50) Nederland is in de eerste plaats van mening dat de concernfinancieringsregeling, zoals vervat in artikel 15b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, geen steunmaatregel is in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag. Het is namelijk van oordeel dat de regeling niet uit overheidsmiddelen wordt bekostigd, dat zij een generieke maatregel vormt en dat zij past bij de aard en de opzet van het stelsel van de voornoemde wet.

5.2.1. De cfa-regeling wordt niet met overheidsmiddelen bekostigd

(51) Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat enkel voordelen die met staatsmiddelen zijn bekostigd, te beschouwen zijn als steunmaatregelen in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag⁽¹⁾. De cfa-regeling is echter niet met staatsmiddelen bekostigd, daar zij is opgezet om budgettair ten minste een neutraal effect te hebben. De regeling heeft zowel een opbrengsten- als een kostenzijde.

(52) Na de invoering van de cfa-regeling was in 1998 een bedrag van bijna 10 miljard EUR dat voorheen buiten Nederland rendeerd en de Nederlandse schatkist niets opleverde, in Nederland ondergebracht. Verder is door de invoering van de regeling een halt toegeroepen aan de tendens om financieringsactiviteiten naar andere landen te verplaatsen. In dit opzicht kan worden gesteld dat de invoering van de regeling een positieve uitwerking heeft gehad op de Nederlandse belastinginkomsten. Wat het voordeel betreft dat de regeling heeft meegebracht, schat Nederland de belastingdruk op de financieringsactiviteiten in het kader van de regeling gemiddeld op 15 %. Hieraan moet de fiscale claim op de risicoreserve en op de winst uit andere activiteiten die tegen het normale tarief worden belast, worden toegevoegd. Het is derhalve moeilijk te stellen dat de regeling voordeliger of minder voordelig is dan de fiscale regelingen waarvan de ondernemingen vóór de invoering van de regeling in 1997 in het buitenland profiteerden.

5.2.2. De regeling is een generieke maatregel

(53) De regeling is niet beperkt tot specifieke sectoren, is niet beperkt in de tijd, noch tot bepaalde regio's⁽²⁾. Daarnaast kent de regeling geen discretionaire bevoegdheden toe aan de staat.

⁽¹⁾ Arrest van 13 maart 2001 in zaak C-379/98 (Preussen Elektra/Schleswig), Jurisprudentie 2001, blz. I-2099, rechtsoverweging 59.

⁽²⁾ Zie Beschikking 96/369/EG van de Commissie (PB L 146 van 20.6.1996, blz. 42).

(54) Zoals de Commissie ook onderkent in haar mededeling, heeft het feit dat sommige ondernemingen meer dan andere van een belastingmaatregel profiteren, niet noodzakelijk tot gevolg dat de maatregel binnen de werkingsfeer van de staatssteunregels komt te vallen ⁽¹³⁾. Volgens Nederland is de stelling van de Commissie dat de regeling voornamelijk bedoeld is voor grote Nederlandse concerns, in het verband van de vraag naar de vermeende selectiviteit onjuist. In de praktijk is gebleken dat er ten minste 16 ondernemingen zijn waarvan het aantal werknemers wereldwijd minder bedraagt dan 1 000 (tien hiervan hebben minder dan 500 werknemers), en dat er tevens ten minste 16 ondernemingen zijn waarvan het voor de concernfinancieringsactiviteiten aangewende vermogen minder bedraagt dan 27 miljoen EUR (bij negen van deze ondernemingen bedraagt dit vermogen minder dan 7 miljoen EUR). Van de 87 ondernemingen die in het kader van de regeling zijn goedgekeurd, zijn er slechts 20 aan de Amsterdamse beurs genoteerd als AEX- of Midkapfonds.

(55) De twee continenten/vier landen-eis kan niet als criterium voor selectiviteit worden opgevat, maar vormt een redelijke maatstaf om het soort activiteiten af te bakenen waarbij de risico's voldoende reëel zijn. Een wettelijke, objectieve maatstaf die voldoende zekerheid biedt aan de desbetreffende soort activiteiten verdient daarbij verre de voorkeur boven bijvoorbeeld een discretionaire bevoegdheid voor de inspecteur, onder toetsing door de nationale rechter. Het gaat om een noodzakelijke uitvoeringsbepaling die past binnen het systeem van artikel 15b van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 en die bovendien de administratieve lasten vermindert.

5.2.3. De cfa-regeling past in de aard en de opzet van het stelsel van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

(56) Uit hoofde van de doelstelling, het voorkomen van verdere grondslaguitholling, is de regeling noodzakelijk en functioneel voor het stelsel van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en wordt zij gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het stelsel. De vereisten voor de toepassing van de cfa-regeling (de substantievereisten, de grens van twee continenten en vier landen en de spreidingseis) zijn noodzakelijk voor de doeltreffendheid van de cfa-regeling, ter verwezenlijking van de uitgangspunten ervan (toestaan van een reserve voor risico's die samenhangen met het werkzaam zijn als internationaal concern) en ter voorkoming van discretionaire bevoegdheden. Deze vereisten kunnen bovendien niet selectief of extreem streng worden genoemd.

(57) De Nederlandse regering voert voorts aan dat een systeem waarbij wordt gereserveerd tot dekking van in de toekomst optredende verliezen, kenmerkend is voor het Nederlandse systeem van fiscale jaarwinstberekening. Dit systeem verschilt als zodanig nauwelijks van dat van

de kostenegaliseringsreserve van artikel 13 van de Wet op de inkomstenbelasting, die ook van toepassing is bij de heffing van vennootschapsbelasting.

(58) Ook kenmerkend voor het Nederlandse systeem van de heffing van winstbelasting zijn de keuzevrijheden die de ondernemer in het kader van de (jaar)winstbepaling veelal heeft (zij het steeds onder voorwaarden en binnen grenzen). Zo kan de ondernemer terzake van zijn voorraadwaardering onder omstandigheden kiezen uit meerdere stelsels met verschillende fiscale gevolgen (kostprijs of lagere marktwaarde; ijzeren-voorraad; last-in-first-out). De achtergrond voor dergelijke keuzevrijheden is steeds dat de wetgever niet in staat is, een regeling te ontwerpen die recht doet aan alle concrete situaties, en dat ook de uitvoerende instanties daartoe niet voldoende zijn uitgerust. In dit verband kan ook worden gewezen op de regeling voor de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting: onder voorwaarden kan de onderneming daarvoor kiezen. In dit licht moet dan ook de regeling voor de omvang van de dotatie worden gezien: tot de beschreven maxima mag de onderneming zelf de omvang van de dotatie bepalen.

(59) Ook komen binnen het Nederlandse systeem wettelijke regelingen voor die het mogelijk maken, onder voorwaarden, tegen een nominaal tarief (dat lager is dan het normale) af te rekenen over de reserve. Zo werd een verlaagd tarief van 15 % toegepast ten aanzien van bepaalde lichamen die als gevolg van wetswijzigingen niet langer gekwalificeerd konden worden als een beleggingsinstelling en die daarom moesten worden belast over de gevormde herbeleggingsreserve.

(60) Ten slotte wordt, bij de vijfjaarlijkse afrekening over de concernfinancieringsreserve tegen 10 % — al dan niet commercieel gedwongen — de betrokken onderneming geconfronteerd met een aantal nadelen: zij kan niet meer doteren en zij dient de substance te handhaven. Als zij deze nadelen niet wil of kan accepteren, moet de reserve tegen het normale tarief worden afgerekend.

5.3. Artikelen 96 en 97 van het Verdrag

(61) Op de hiervoor aangevoerde gronden is de Nederlandse regering van mening dat de cfa-regeling geen steunmaatregel is in de zin van artikel 87 en dat, indien er sprake zou zijn van een dispariteit tussen de wettelijke bepalingen van de lidstaten die de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt vervalst, de procedure van artikel 96 zou kunnen worden toegepast. In zoverre in het rapport-Spaak ⁽¹⁴⁾ een onderscheid wordt gemaakt tussen algemene en specifieke distorsies zou de cfa-regeling wellicht als een algemene distorsie kunnen worden aangemerkt en niet als een specifieke. Naar het oordeel van de Nederlandse regering moeten de in het kader van de gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen gevoerde besprekingen worden aangemerkt als raadpleging van de lidstaten in de zin van artikel 96 van het EG-Verdrag.

⁽¹³⁾ Zie punt 14 van de mededeling.

⁽¹⁴⁾ Rapport des chefs des délégations aux ministres des Affaires étrangères, Brussel, 1956, blz. 60 en 61.

(62) Hoe dan ook is Nederland van mening dat artikel 87 van het Verdrag uitsluitend betrekking heeft op specifieke distorsies en dat de werkingssfeer ervan niet tot algemene maatregelen kan worden uitgebreid.

5.4. De regeling is een bestaande steunmaatregel

(63) Indien de cfa-regeling als staatssteun is aan te merken, is Nederland van mening dat de regeling als een bestaande steunmaatregel in de zin van artikel 1, onder b), punt v), van de procedureverordening moet worden beschouwd. De Nederlandse regering is deze mening toegedaan op basis van de gang van zaken met betrekking tot de Belgische regeling voor coördinatiecentra en de discussies over schadelijke belastingconcurrentie.

(64) De Commissie was in 1984 van mening dat de Belgische regeling voor coördinatiecentra ⁽¹⁵⁾ geen steun vormde. Vervolgens was zij van oordeel dat deze regeling steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 1, onder b), punt v), van de procedureverordening. Volgens de Nederlandse regering is er dan ook alle reden om de cfa-regeling, die wezenlijke kenmerken gemeen heeft met de Belgische regeling inzake coördinatiecentra, als een bestaande steunmaatregel te beschouwen. Beide regelingen zijn immers gericht op internationaal opererende bedrijven die zeer mobiele activiteiten verrichten en daardoor zeer gevoelig zijn voor belastingheffing.

(65) In deze opvatting voelt Nederland zich gesterkt door de antwoorden die de Commissie heeft gegeven op parlementaire vragen inzake de Belgische coördinatiecentra en met name door het antwoord dat zij in 1990 gaf op de schriftelijke vraag ⁽¹⁶⁾ van de heer Gijs de Vries, waaruit bleek dat de Commissie van mening was dat de regeling inzake Belgische coördinatiecentra, evenals vergelijkbare regelingen in andere lidstaten, niet onder de staatssteunregels viel.

(66) De desbetreffende ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt heeft zich naar de mening van de Nederlandse regering gedurende het einde van de jaren negentig voorgedaan. In deze jaren heeft de gemeenschappelijke markt zich verder ontwikkeld als gevolg van de totstandkoming van de derde fase van de economische en monetaire unie en de toenemende globalisering. De verschillen tussen de belastingstelsels van de lidstaten, in het bijzonder de belastingheffing op ondernemingen, zijn hierdoor steeds pregnanter geworden. Tevens streven internationaal opererende ondernemingen steeds intensiever naar een minimalisatie van de belastingkosten. Deze ontwikkelingen zorgden voor verschillende oproepen van onder andere de Commissie tot Europees optreden met betrekking tot de belastingheffing op ondernemingen.

(67) Volgens Nederland heeft dit geleid tot de overeengekomen gedragscode ter voorkoming van schadelijke belastingconcurrentie op 1 december 1997 als onderdeel van het zogenoemde belastingpakket. In de gedragscode wordt de samenhang met de staatssteunregels uit het EG-Verdrag expliciet erkend en zegt de Commissie toe richtsnoeren te publiceren ter verduidelijking van de toepassing van de staatssteunregels op maatregelen betreffende de directe belastingen op bedrijven. Deze verduidelijking werd verschaft door de mededeling van de Commissie. Tevens uit de Commissie in de gedragscode het voornemen om geldende belastingregelingen en nieuwe ontwerpen van de lidstaten te onderzoeken of opnieuw te toetsen aan de regels van het EG-Verdrag. Volgens de Nederlandse regering werd dit voornemen van de Commissie en met name het voornemen om bepaalde maatregelen opnieuw te onderzoeken, mede ingegeven door de gedachte dat een hernieuwd onderzoek van belastingmaatregelen noodzakelijk was, omdat de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt tot nieuwe inzichten zou kunnen leiden.

5.5. Terugvordering

(68) Ingeval, anders dan de Nederlandse regering meent, de cfa-regeling als een steunmaatregel moet worden beschouwd en niet als een bestaande steunmaatregel zou kunnen worden aangemerkt, zijn er naar het oordeel van de Nederlandse regering redenen niet tot terugvordering van uitgekeerde steun over te gaan.

(69) Volgens artikel 14 van de procedureverordening verlangt de Commissie geen terugvordering van steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht. In dit geval zou terugvordering in strijd zijn met het algemene beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen ⁽¹⁷⁾. Nederland baseert zijn oordeel met name op de conclusies van de advocaat-generaal in zaak 223-85 ⁽¹⁸⁾, waarin wordt gesteld dat de Commissie ook met betrekking tot niet-aangemelde steunmaatregelen voortvarend moet optreden.

(70) Dit beginsel dat de Commissie met voortvarendheid te werk moet gaan, is ook gecodificeerd in artikel 10 van de procedureverordening.

(71) Bovendien had de Commissie, zoals in het voorafgaande reeds is opgemerkt, bij brief van 5 maart 1997 ⁽¹⁹⁾ een verzoek om inlichtingen tot Nederland gericht, waarop Nederland bij brief van 21 maart 1997 uitvoerig heeft geantwoord. Pas bij brief van 12 februari 1999 ⁽²⁰⁾ is de Commissie op de zaak teruggekomen, zonder in enig opzicht te refereren aan de correspondentie van 1997 en

⁽¹⁵⁾ Veertiende verslag over het mededingingsbeleid (1984), blz. 271.

⁽¹⁶⁾ Schriftelijke vraag nr. 1735/90 (PB C 63 van 11.3.1991, blz. 37). Zie ook de eerdere vragen van de Belgische europarlementariërs Radoux (nr. 2381/82 — PB C 170 van 26.6.1983, blz. 9) en Van Rompuy (nr. 1817/83 — PB C 148 van 6.6.1984, blz. 14).

⁽¹⁷⁾ Een erkend beginsel in de rechtspraak van het Hof: arrest van 14 mei 1975 in zaak 74-74 (CNTA/Commissie), Jurisprudentie 1975, blz. 533; arrest van 25 januari 1979 in zaak 98-78 (Racke/Hauptzollamt Mainz), Jurisprudentie 1979, blz. 69.

⁽¹⁸⁾ Zie voetnoot 10.

⁽¹⁹⁾ Brief D/51112 van 5 maart 1997.

⁽²⁰⁾ Brief D/50716 van 12 februari 1999.

zonder ook andere vragen te stellen. De Nederlandse regering antwoordde bij brief van 30 april 1999 ⁽²¹⁾. Pas bij brief van 11 juli 2001 ⁽²²⁾ werd de procedure van artikel 88, lid 2, ingeleid. Nederland is dan ook van mening dat voor deze verdraging van meer dan vier jaar geen rechtsgeldige argumenten zijn aan te voeren, temeer omdat de cfa-regeling in de tussenliggende periode niet is gewijzigd. Om deze redenen is Nederland van oordeel dat, overeenkomstig de voornoemde rechtspraak evenals de vaste beschikkingspraktijk van de Commissie ⁽²³⁾, een te lange duur van de administratieve procedure een reden oplevert om niet tot terugvordering over te gaan.

- (72) Nederland is voorts van mening dat de fundamentele eis van rechtszekerheid zich ertegen verzet dat de Commissie eindeloos kan wachten met het uitoefenen van haar bevoegdheden ⁽²⁴⁾. In antwoord op vragen van de Nederlandse Tweede Kamer in 1997 over de verenigbaarheid van de regeling met de communautaire voorschriften heeft de Nederlandse regering namelijk verklaard dat de Commissie om inlichtingen had verzocht en dat, na het beantwoorden van de vragen, van de zijde van de Commissie niets meer was vernomen. Daarmee is deze informatie openbaar geworden. In het voorjaar van 1997 profiteerde nog geen enkele onderneming van de cfa-regeling, omdat er nog geen beschikkingen waren afgegeven. Wanneer de Commissie toen voortvarender had gehandeld en van haar bedenkingen had doen blijken, zou de zaak anders zijn gelopen en had kunnen worden voorkomen dat de betrokken ondernemingen schade zouden lijden.
- (73) Ten slotte meent Nederland dat, aangezien de cfa-regeling één onderdeel vormt van een samenhangend pakket van maatregelen om de uitholling van de belastinggrondslag tegen te gaan, de Commissie ten onrechte één element uit een samenhangend pakket licht. Indien de Commissie al zou kunnen aantonen dat er in bepaalde gevallen sprake is geweest van begunstiging van bepaalde ondernemingen, dan zou in dit geval en tegen deze achtergrond bezien een eis tot terugvordering een disproportionele maatregel zijn.

6. COMMENTAAR VAN NEDERLAND OP DE OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

- (74) In reactie op de opmerkingen van belanghebbenden wijst Nederland erop dat het grote aantal antwoorden getuigt van het belang van de zaak en dat de naar voren gebrachte meningen het standpunt dat het reeds heeft uiteengezet, ondersteunen en kracht bijzetten. Voorts dienen twee aspecten onder de aandacht te worden gebracht.
- (75) Ten eerste toont de diversiteit van de ondernemingen die opmerkingen hebben ingediend, overduidelijk aan dat de cfa-regeling openstaat voor alle ondernemingen die internationale financieringsactiviteiten verrichten, ongeacht de sector waarin zij werkzaam zijn.

- (76) Ten tweede dient, gezien de brief van de Commissie van 17 juli 2000, de kwalificatie „bestaande steun” ten aanzien van de cfa-regeling te worden gehandhaafd voor het geval dat de Commissie van oordeel zou zijn dat het een steunmaatregel betreft.

7. BEOORDELING VAN DE STEUN

- (77) De Commissie bevestigt haar oordeel dat de cfa-regeling staatssteun vormt in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag. Zij kan de door Nederland en de belanghebbenden voorgelegde argumenten namelijk niet aanvaarden en wel om de volgende redenen.
- (78) Ten eerste betekent het feit dat de regeling is ingevoerd om de kapitaalvlucht vanuit Nederland naar andere landen tegen te gaan, niet dat de verenigbaarheid ervan met het Verdrag uitsluitend op basis van de artikelen 96 en 97 moet worden beoordeeld. Het onderzoek naar de verenigbaarheid van een — al dan niet fiscale — maatregel met de voorschriften op het gebied van staatssteun betreft de gevolgen ervan en niet het doel dat ermee wordt beoogd. Zodra een maatregel aan alle vier criteria van artikel 87, lid 1, van het Verdrag voldoet, vormt hij derhalve een steunmaatregel en zijn de bepalingen van artikel 88 van toepassing. Welnu, de Commissie is na het hieronder weergegeven onderzoek tot de slotsom gekomen dat de bedoelde maatregel aan al deze vier criteria beantwoordt.

7.1. Voordeel

- (79) In de eerste plaats moet de maatregel een voordeel verschaffen dat de lasten verlicht die de ondernemingen normaal moeten dragen. Zoals in punt 9 van de mededeling wordt gesteld, kan dit voordeel worden verschaft door een vermindering van de belastingdruk door de opnemings van reserves in de balans.
- (80) Met de risicoreserve, die belastingvrij is, kan de belastingdruk dus onmiddellijk worden vermindert. Deze vermindering van de belastingdruk kan aanzienlijk zijn en oplopen tot 80 % van de belastbare winst die uit de financieringsactiviteiten van het concern wordt behaald. Deze aanzienlijke en onmiddellijke vermindering van de belastingdruk levert zowel de ondernemingen die rechtstreeks van de regeling profiteren, als de concerns waartoe zij behoren, een voordeel op in de zin van artikel 87, lid 1. Dit voordeel vloeit voort uit het uitstel van belasting op de in de reserve opgenomen bedragen; in sommige gevallen worden deze bedragen tegen een lager tarief of in het geheel niet belast.
- (81) Voor de onttrekking aan de risicoreserve moet immers normaal het standaardtarief van de in Nederland toepasselijke vennootschapsbelasting gelden, dat wil zeggen 35 %. Dit is echter niet altijd het geval. Zo kunnen enerzijds middelen aan de reserve worden onttrokken en onder bepaalde omstandigheden worden belast met een tarief van 10 %. Anderzijds is het, bij de verwerving van aandelen, mogelijk middelen aan de risicoreserve te

⁽²¹⁾ Nr. 9596.

⁽²²⁾ Referentie D/289741.

⁽²³⁾ Zie met name de Beschikkingen 92/329/EEG en 2001/168/EGKS.

⁽²⁴⁾ Zie het arrest van 14 juli 1972 in zaak 48/69 (ICI/Commissie), Jurisprudentie 1972, blz. 619, rechtsoverweging 49.

onttrekken zonder dat deze onmiddellijk worden belast. Naar gelang van het geval kunnen, indien er volgens de overheid sprake is van een bijzonder risico, de aan de reserve onttrokken bedragen 50 tot 100 % van het aankoopbedrag belopen. Daartegenover staat dat de bedragen die op de balans van de onderneming zijn opgenomen, dienovereenkomstig worden verminderd. Dankzij dit mechanisme kan de belastingdruk voor de onderneming onmiddellijk worden verminderd zonder dat het risico dat door de reserve wordt gedekt, zich daadwerkelijk voordoet. Weliswaar zal, in geval van liquidatie of verkoop van verworven activa, het verlies aan belastinginkomsten minder groot zijn indien de waarde van de op de balans opgenomen activa vermindert is met het bedrag van de reserve dat voor de verwerving is aangewend, maar de liquidatie van de genoemde activa blijft toch een onzeker element en in sommige gevallen zelfs volkomen hypothetisch. Er wordt immers geen enkele termijn voorzien voor de fiscale compensatie van dit voordeel.

- (82) De Commissie kan het argument dat de cfa-regeling, in vergelijking met regelingen van andere landen op het gebied van internationale concernfinancieringsactiviteiten, internationaal opererende ondernemingen geen enkel voordeel oplevert, niet aanvaarden. Het voordeel moet immers, in het kader van het onderzoek van staatssteun, uitsluitend op nationaal niveau worden beoordeeld, in dit geval met betrekking tot de Nederlandse ondernemingen die van de cfa-regeling zijn uitgesloten vanwege de strikte voorwaarden die deze regeling bevat. Dat de cfa-regeling minder aantrekkelijk zou zijn dan andere regelingen die buiten Nederland van toepassing zijn, is in dit geval derhalve niet relevant.
- (83) Concluderend is de Commissie van oordeel dat de vorming van de reserve een voordeel oplevert in de vorm van een uitstel van belasting van onbepaalde duur. Bovendien houdt het feit dat er voor bepaalde wijzen van gebruik van de reserve verlaagde belastingtarieven gelden, eveneens een voordeel in in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag, zowel voor de betrokken ondernemingen als voor de concerns waartoe zij behoren.

7.2. Gebruik van staatsmiddelen

- (84) In de tweede plaats moet het voordeel met staatsmiddelen worden bekostigd. In het onderhavige geval is de Commissie van mening dat de maatregel met staatsmiddelen wordt bekostigd omdat de toegekende belastingvermindering, ongeacht of deze de vorm heeft van een belastinguitstel of van een verlaging van het belastingtarief, tot een vermindering van de staatsinkomsten leidt. Zowel Nederland als belanghebbenden hebben aangevoerd dat de maatregel niet tot een verlies aan inkomsten voor de staat heeft geleid doch daarentegen de verplaatsing van bedrijven buiten Nederland een halt heeft toegeroepen en heeft bijgedragen tot de terugkeer of de vestiging van ondernemingen in Nederland, waardoor de vermindering van inkomsten als gevolg van een lagere belastingdruk wordt gecompenseerd. De Commissie kan deze benadering, die op een kostenbatenanalyse berust, niet delen. Het feit dat een vermin-

dering van inkomsten naderhand kan worden gecompenseerd door een toename van het aantal belastingplichtigen dankzij de maatregel, kan niet tot de conclusie leiden dat de maatregel niet uit staatsmiddelen wordt bekostigd. Of een maatregel steun inhoudt moet immers op een bepaald moment op het niveau van de individuele onderneming worden beoordeeld om te kunnen vaststellen of sommige ondernemingen meer staatssteun ontvangen of minder bijdragen aan de financiering van openbare goederen en diensten. Zoniet, dan zou iedere vorm van steun gerechtvaardigd zijn zodra deze een onderneming aanmoedigt zich in een bepaalde lidstaat te vestigen, haar in staat stelt haar toekomstige belastbare inkomsten te verhogen of voorkomt dat zij het land verlaat.

7.3. Ongunstige beïnvloeding van de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten

- (85) Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof⁽²⁵⁾ en punt 11 van de mededeling, kan „op grond van het enkele feit dat de steun de positie van deze onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, worden aangenomen dat dit handelsverkeer ongunstig is beïnvloed”. Aan deze voorwaarde is voldaan omdat de begunstigen tot multinationale concerns behorende ondernemingen zijn waarvan de meeste — zo niet alle — op de intracommunautaire markt opereren. De toekenning van bijzondere voordelen aan deze ondernemingen met vestigingen in ten minste vier landen of twee continenten, versterkt hun financiële positie. Bovendien stelt de Commissie vast dat de regeling het intracommunautaire handelsverkeer en de mededinging ongunstig beïnvloedt doordat zij, zoals overigens zowel door Nederland als door de belanghebbenden wordt benadrukt, openstaat voor alle sectoren van economische activiteit, ook voor de sectoren waar een intensief intracommunautair handelsverkeer bestaat.

7.4. Selectiviteit

- (86) Ten slotte moet de maatregel specifiek of selectief zijn, in die zin dat hij bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt.
- (87) Om te beginnen, het feit dat de regeling niet selectief is wat betreft bedrijfstak, nationaliteit of grootte van de betrokken ondernemingen, volstaat niet om aan te tonen dat de cfa-regeling een algemene maatregel is. Aangezien de cfa-regeling alleen geldt voor de financieringsactiviteiten van internationaal werkzame concerns die in ten minste vier landen dan wel op twee continenten zijn gevestigd, kan met reden worden geoordeeld dat aan het selectiviteitscriterium is voldaan. Zoals in punt 20 van de mededeling wordt gesteld, gelden sommige belastingvoordelen uitsluitend voor bepaalde functies, met name binnen een groep verleende diensten. Indien dergelijke belastingvoordelen bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigen, kunnen zij staatssteun zijn. Niet alleen geldt de cfa-regeling enkel voor financiële transacties binnen een concern, maar bovendien komen alleen sommige van deze transacties hiervoor in aanmerking.

⁽²⁵⁾ Arrest van het Hof van 17 september 1980 in zaak 730-79 (Philip Morris/Commissie), Jurisprudentie 1980, blz. 2671.

- (88) Er worden namelijk bijkomende voorwaarden opgelegd aan de ondernemingen die voor de regeling in aanmerking kunnen komen. Zo komen alleen financieringsoperaties in aanmerking die zelfstandig vanuit Nederland worden gestuurd, en de omvang van de financiële activiteiten ten behoeve van entiteiten in Nederland dient beperkt te zijn tot 10 % van de totale activiteiten. Deze criteria bevestigen de uitgesproken bedoeling van de Nederlandse autoriteiten, deze regeling voor te behouden aan multinationalaal opererende concerns waarvan het financiële centrum in Nederland is gelegen maar die financieringsactiviteiten beheren die hoofdzakelijk met buitenlandse entiteiten van het concern worden gerealiseerd. De maatregel is dus selectief, al was het alleen maar omdat deze niet geldt voor concerns die hoofdzakelijk op Nederlands grondgebied gevestigd zijn noch voor multinationale ondernemingen die in minder dan vier landen vestigingen hebben. Bovendien heeft de maatregel tot doel, zoals de Nederlandse regering heeft beklemtoond, een halt toe te roepen aan de verplaatsing naar elders van de financieringsactiviteiten van multinationale ondernemingen en hun terugkeer naar Nederland te bevorderen. De maatregel was dus van meet af aan gericht op een beperkt aantal ondernemingen.
- (89) Voorts kan het argument dat de maatregel een algemene maatregel is omdat deze vergelijkbaar is met andere fiscale bepalingen van Nederland betreffende de vorming van risicoreserves en met de Italiaanse regeling ten gunste van de ondergrondse economie, niet worden aanvaard. Deze twee maatregelen vertonen namelijk andere kenmerken dan de cfa-regeling. Met betrekking tot de Italiaanse regeling wijst de Commissie er met klem op dat deze voor alle ondernemingen openstaat, onafhankelijk van de uitgeoefende activiteit, al dan niet binnen een concern, en onafhankelijk van de plaats waar deze wordt uitgeoefend, ongeacht of het op nationaal of internationaal niveau is.
- (90) Bovendien zij erop gewezen dat de bovengenoemde voordelen, die tot een aanmerkelijke verlaging van de belastingdruk kunnen leiden, slechts voor een zeer beperkt aantal ondernemingen gelden, te weten 87. Het is duidelijk dat dit aantal bijzonder klein is in vergelijking met het totale aantal ondernemingen dat onderworpen is aan de vennootschapsbelasting⁽²⁶⁾. Bovendien, zelfs indien men ervan uit zou gaan dat dit aantal vergeleken dient te worden met het totale aantal multinationale ondernemingen in Nederland, dient het volgende te worden vastgesteld. Van deze concerns kan namelijk slechts een minderheid aan de eisen voldoen die in de cfa-regeling worden gesteld, en dit ongeacht de aard of de omvang van de risico's die zij op grond van hun internationale activiteiten lopen.
- Rechtvaardiging door de aard of de opzet van het stelsel
- (91) Zoals in punt 23 van de mededeling wordt opgemerkt „betekent het feit dat sommige maatregelen differentieel van aard zijn, niet noodzakelijk dat zij als steunmaatregelen moeten worden beschouwd”. Maatregelen die steunmaatregelen lijken, kunnen immers gerechtvaardigd zijn gezien de aard of de opzet van het stelsel. Aangezien het in het onderhavige geval gaat om de vorming van een reserve voor risico's die samenhangen met bepaalde activiteiten, hebben de Nederlandse autoriteiten de volgende argumenten aangevoerd.
- (92) Ten eerste brengen internationale transacties specifieke risico's mee ten opzichte van nationale transacties waarbij de politieke of commerciële risico's minder groot zijn of gemakkelijker kunnen worden voorzien. Bovendien moeten, zoals de Nederlandse autoriteiten verklaren, toevoegingen aan de risicoreserve in verhouding staan tot de werkelijke risico's.
- (93) Naar aanleiding van de argumenten die in het kader van de procedure zijn aangevoerd, erkent de Commissie dat de bedragen die in de risicoreserve zijn opgenomen, zeer reële risico's kunnen dekken. Dit blijkt uit het feit dat verschillende belanghebbenden de Commissie te kennen hebben gegeven dat zij geld aan de reserve hebben onttrokken nadat bepaalde risico's zich daadwerkelijk hadden voorgedaan. Het feit dat de reserve, althans in sommige gevallen, gerechtvaardigd kan zijn vanuit boekhoudkundig en financieel oogpunt, betekent evenwel niet dat de beperking ervan tot slechts bepaalde categorieën ondernemingen ook gerechtvaardigd is.
- (94) De Commissie kan niet akkoord gaan met het argument dat het minimum van vier landen of twee continenten alleen bedoeld is om over objectieve criteria te kunnen beschikken voor de vaststelling of aan de basisvereisten is voldaan. Want hoewel het logisch is om in een fiscaal stelsel bepaalde limieten of drempels te voorzien teneinde de goede werking van het stelsel te verzekeren, mogen deze drempels toch niet ertoe leiden dat er buitensporige eisen worden gesteld die niet in verhouding staan tot de beoogde doelen. Concerns die slechts in drie landen of alleen maar op één continent actief zijn, zijn objectief gezien niet minder blootgesteld aan de risico's van internationale financieringsactiviteiten. Het lijdt daarentegen geen twijfel dat het aantal ondernemingen dat niet aan de criteria van de cfa-regeling voldoet, veel groter is dan het aantal dat wel hieraan voldoet. In die zin, en in het licht van de recente rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg in het arrest Alava⁽²⁷⁾, is niet aangetoond dat de maatregel gerechtvaardigd wordt door de aard of de opzet van het Nederlandse belastingstelsel. Zo kan de strijd tegen de uitholling van de belastinggrondslag of het ontoereikende concurrentievermogen waaronder de concernfinancieringsactiviteiten in Nederland vóór 1997 te lijden hadden, niet de toekenning van staatssteun aan een beperkt aantal ondernemingen rechtvaardigen. Dit werd met name vastgesteld in het arrest van het Hof in zaak 173-73⁽²⁸⁾.
- (95) Zoals hiervoor is overwogen, heeft de regeling uitdrukkelijk tot doel de terugkeer naar Nederland van de financieringsactiviteiten van grote multinationale concerns te bevorderen. Dit is een doelstelling van economisch belang en geen doelstelling die inherent is aan een belastingstelsel.

⁽²⁶⁾ Het totale aantal ondernemingen in Nederland is 555 000, volgens rapport nr. 2/2002 van de Europese waarnemingspost voor het MKB.

⁽²⁷⁾ Arrest van 23 oktober 2002 in zaak T-346/99, rechtsoverwegingen 58-63.

⁽²⁸⁾ Arrest van 2 juli 1974 (Italië/Commissie), Jurisprudentie 1974, blz. 709, rechtsoverwegingen 22-33.

- (96) Bovendien, ook al is in het licht van de opmerkingen van Nederland en andere belanghebbenden gebleken dat de toevoegingen aan de risicoreserve daadwerkelijk bedoeld waren ter dekking van risico's, is er niet aangetoond dat de limiet van 80 % van de nettowinst uit de internationale financieringsactiviteiten en 80 % van de winst uit het geheel van de activiteiten van de begunstigde onderneming, in alle gevallen evenredig was aan de werkelijke risico's. De toevoegingen aan de reserve kunnen worden verricht zodra de aanwezigheid van een risico wordt aangetoond; de omvang van het risico hoeft echter op geen enkele wijze te worden aangetoond. De enige beperking is de bepaling dat ten hoogste 80 % van de winst uit internationale financieringsactiviteiten aan de reserve mag worden toegevoegd.
- (97) Daar de risicoreserve bedoeld is ter dekking van risico's in verband met internationale financieringsactiviteiten, stroken onttrekkingen aan de risicoreserve met tijdelijke belastingvrijstelling met het oog op aquisities in Nederland of in het buitenland niet met de logica die wordt aangevoerd voor de vorming van risicoreserves in het algemeen, maar veeleer met de logica van een steunregeling voor de overname van ondernemingen. Bij de overname van ondernemingen wordt de vermindering van de belastingdruk immers alleen gecompenseerd indien de desbetreffende ondernemingen worden doorverkocht of geliquideerd. Of er in die omstandigheden belasting wordt geheven hangt niet af van het al dan niet daadwerkelijk optreden van het gedekte risico maar van een besluit van de onderneming die onder de cfa-regeling valt.
- (98) En ten slotte is de Commissie, ongeacht de limieten die in deze regeling zijn voorzien, a priori van mening dat de fiscale behandeling van financiële transacties binnen een concern niet zou mogen verschillen van de behandeling van financiële transacties tussen niet-verbonden ondernemingen. Daar het nadeel dat deze activiteiten in Nederland ondervinden ten opzichte van sommige belastingstelsels, in de procedure als voornaamste rechtvaardiging wordt aangevoerd, is de Commissie van mening dat deze rechtvaardiging niet valt terug te voeren op de logica van het Nederlandse belastingstelsel maar eerder beantwoordt aan doelstellingen van het economische beleid.

7.5. Kwalificatie van de regeling als onwettige steun

- (99) Zowel Nederland als belanghebbende derden hebben aangevoerd dat de cfa-regeling als een bestaande steunmaatregel moet worden beschouwd, met name wegens de gelijkenis met de Belgische regeling inzake coördinatiecentra, ten aanzien waarvan de Commissie in 1984 had vastgesteld dat deze niet kon worden aangemerkt als een steunmaatregel. In dit verband dient een aantal zaken te worden onderscheiden.
- (100) Ten eerste zij erop gewezen dat het begrip „steunmaatregel” een objectief gegeven is en dat de Commissie wat dit aangaat over geen enkele discretionaire bevoegdheid beschikt. Het Hof⁽²⁹⁾ heeft eveneens geoordeeld dat de Commissie over geen enkele manoeuvreerruimte beschikt bij de beantwoording van de vraag of een maat-

regel al dan niet bestaande steun vormt. In het onderhavige geval is vastgesteld dat de Nederlandse regeling niet voorafgaand aan de tenuitvoerlegging ervan bij de Commissie is aangemeld en dat de inlichtingen die Nederland op verzoek van de Commissie in maart 1997 aan haar heeft verstrekt, niet kunnen worden gelijkgesteld aan een kennisgeving zoals bedoeld in artikel 88, lid 3, van het Verdrag.

- (101) Ten tweede zij opgemerkt dat ten aanzien van de regeling voor de Belgische coördinatiecentra die door Nederland en de belanghebbenden wordt aangehaald, in 1984 weliswaar een beschikking is gegeven waarbij wordt vastgesteld dat de regeling niet als steunmaatregel wordt aangemerkt, maar dat deze beschikking uiteraard alleen maar betrekking heeft op de Belgische regeling aangezien zij uitsluitend tot België is gericht. Hoewel de twee regelingen bepaalde gelijkenissen vertonen, zijn zij bovendien ontegenzeggelijk niet identiek, met name wegens de gebruikte techniek en wegens de vorm waarin de voordelen worden verleend.
- (102) Ten slotte kan de cfa-regeling niet worden beschouwd als bestaande steun in de zin van artikel 1, onder b), punt v), van de procedureverordening, omdat alle elementen van het begrip „staatssteun” vanaf het moment waarop de maatregel werd ingevoerd aanwezig waren. Overigens is niet aangetoond in hoeverre de gemeenschappelijke markt zich heeft ontwikkeld. Want ook al zijn de invoering van de derde fase van de economische en monetaire unie en de toenemende mondialisering weliswaar vaststaande, opmerkelijke gebeurtenissen, zij maken niettemin deel uit van continue processen die lang vóór de goedkeuring van de cfa-regeling zijn ingezet. De derde fase van de monetaire unie is de bekroning van de pogingen tot coördinatie van het wisselkoersbeleid waarmee vanaf de jaren zeventig is begonnen. De mondialisering is op haar beurt terug te voeren op het multilaterale karakter van de GATT-handelsovereenkomst⁽³⁰⁾ van vlak na de oorlog. Wat de voornoemde mededeling van de Commissie aangaat, deze is, zoals het Gerecht van eerste aanleg in het arrest Alava⁽³¹⁾ heeft opgemerkt, grotendeels gebaseerd op de rechtspraak van het Hof en het Gerecht en geeft alleen maar verduidelijking omtrent de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op fiscale maatregelen. Zelfs wanneer verondersteld wordt dat de beschikkingspraktijk van de Commissie is gewijzigd, zoals het Gerecht van eerste aanleg heeft onderstreept in zijn arrest Gibraltar tegen Commissie⁽³²⁾, kan de vraag of een overheidsmaatregel een bestaande of nieuwe steunmaatregel is, niet afhangen van een subjectief oordeel van de Commissie, maar moet zij worden beantwoord ongeacht enige vroegere administratieve praktijk van de Commissie.

7.6. Onderzoek van de verenigbaarheid

- (103) Aangezien de desbetreffende fiscale regeling staatssteun vormt in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag, moet de eventuele verenigbaarheid ervan in het licht van de uitzonderingen van artikel 87, leden 2 en 3, worden onderzocht.

⁽³⁰⁾ General Agreement on Tariffs and Trade.

⁽³¹⁾ Zie voetnoot 27, rechtsoverwegingen 83 en 84.

⁽³²⁾ Arrest van 30 april 2002 in de gevoegde zaken T-195/01 en T-207/01, Jurisprudentie 2002, blz. II-2309, rechtsoverweging 121.

⁽²⁹⁾ Arrest van 17 juni 1999 in zaak C-295/97 (Piaggio), Jurisprudentie 1999, blz. I-3735, rechtsoverweging 44 e.v.

- (104) De afwijkingen van artikel 87, lid 2, van het EG-Verdrag inzake 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 in het onderhavige geval niet van toepassing.
- (105) De afwijking van artikel 87, lid 3, onder a), inzake de mogelijkheid om steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waarin een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst, toe te staan, is in dit geval niet van toepassing daar geen enkel gebied in Nederland onder deze bepaling valt. Hetzelfde geldt voor de afwijking van artikel 87, lid 3, onder c), waarbij steunmaatregelen met het oog op de ontwikkeling van bepaalde gebieden worden toegestaan, daar de onderhavige regeling eveneens geldt buiten de regio's die voor deze afwijking in aanmerking komen.
- (106) De fiscale regeling inzake de risicoreserve valt evenmin in de categorie van projecten van gemeenschappelijk Europees belang die voor de uitzondering van artikel 87, lid 3, onder b), in aanmerking komen, en is ook niet bedoeld om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, zodat zij niet in aanmerking komt voor de afwijking van artikel 87, lid 3, onder d).
- (107) Ten slotte moet worden onderzocht of de onderhavige regeling in aanmerking komt voor de uitzondering van artikel 87, lid 3, onder c), waarbij steunmaatregelen welke de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid vergemakkelijken, zijn toegestaan mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.
- (108) De fiscale voordelen die samenhangen met de vorming van de risicoreserve en de vrijwillige opheffing ervan, zijn niet gekoppeld aan het verrichten van investeringen, de schepping van werkgelegenheid of specifieke projecten; zij houden slechts een verlichting van de vaste lasten in en kunnen bijgevolg worden aangemerkt als exploitatiesteun. De Commissie is dan ook van oordeel dat zij het handelsverkeer zodanig kunnen veranderen dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad, en dat zij dus niet in aanmerking komen voor de afwijking van artikel 87, lid 3, onder c).
- (109) Wat de steun betreft die wordt toegekend bij de opheffing van de reserve met het oog op de acquisitie van ondernemingen in Nederland en het buitenland, stelt de Commissie vast dat deze maatregelen normaal beperkt moeten blijven tot de steunzones, of het MKB, en tot de investeringen die voor steun in aanmerking komen, namelijk initiële investeringen⁽³³⁾, en dat de intensiteit ervan in overeenstemming moet zijn met het door de Commissie toegestane niveau. De Commissie stelt vast dat de hier onderzochte maatregel evenwel geen enkele bepaling bevat inzake de bedoelde gebieden, de uitslui-

ting van grote ondernemingen, de voor steun in aanmerking komende kosten of de beperking van de steunintensiteit. Bovendien is de belastingvermindering na het verrichten van de investering onmiddellijk en kan het uiteindelijke bedrag niet van tevoren worden berekend; de maatregel kan derhalve exploitatiesteun inhouden, die, zoals in het voorafgaande is opgemerkt, niet in aanmerking kan komen voor de uitzondering van artikel 87, lid 3, onder c).

- (110) Omdat de onderhavige regeling voor geen van de afwijkingen van artikel 87 van het EG-Verdrag in aanmerking komt, is deze onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

7.7. Gewettigd vertrouwen

- (111) In artikel 14, lid 1, van de procedureverordening wordt bepaald: „De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht”. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie en de eigen besluitvormingspraktijk van de Commissie houdt een bevel tot terugvordering van steun een schending in van een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht, indien door een daad van de Commissie bij de begunstigde het gewettigd vertrouwen is ontstaan dat deze steun in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht is verleend.

In de zaak Van den Bergh en Jurgens⁽³⁴⁾ heeft het Hof verklaard: „Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen een beroep worden gedaan door iedere ondernemer bij wie een instelling gegronde verwachtingen heeft opgewekt. Wanneer echter een voorzichtig en bezonnen handelaar 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.”

In casu merkt de Commissie op dat de Belgische en de Nederlandse regeling weliswaar niet volkomen identiek zijn, maar dat de cfa-regeling niettemin overeenkomsten vertoont met de in België bij Koninklijk Besluit nr. 187 van 30 december 1982 ingevoerde regeling betreffende de fiscale behandeling van coördinatiecentra. Beide regelingen hebben namelijk betrekking op activiteiten binnen eenzelfde groep en een groot aantal begunstigden van de cfa-regeling had voordien een beroep gedaan op de Belgische regeling inzake coördinatiecentra. Bij beschikking van 2 mei 1984 oordeelde de Commissie dat de Belgische regeling geen steunmaatregel was in de zin van artikel 92, lid 1, van het EEG-Verdrag. Ook al werd die beschikking niet gepubliceerd, toch moet worden opgemerkt, zoals overigens door Nederland en de belanghebbenden wordt beklemtoond, dat in het XIVE mededingingsverslag alsook in een antwoord op een parlementaire vraag⁽³⁵⁾ werd verklaard dat de Commissie geen bezwaar had gemaakt tegen de Belgische regeling inzake coördinatiecentra.

⁽³³⁾ Zie voor de definitie van initiële investeringen punt 4.4 van de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen (PB C 74 van 10.3.1998, blz. 9).

⁽³⁴⁾ Arrest van het Hof van 11 maart 1987 in zaak 265-85 (Van den Bergh en Jurgens/Commissie), Jurisprudentie 1987, blz. 1155, rechtsoverweging 44.

⁽³⁵⁾ Zie voetnoot 16.

(112) In dit verband wijst de Commissie erop dat haar besluit over de Belgische regeling inzake coördinatiecentra is genomen vóór de inwerkingtreding van de cfa-regeling. Voorts wijst zij erop dat alle begunstigden van de cfa-regeling als zodanig waren erkend voordat de Commissie op 11 juli 2001 besloot tot inleiding van de formele onderzoekprocedure. Bijgevolg aanvaardt de Commissie de argumenten van Nederland en de belanghebbenden met betrekking tot het bestaan van een gewettigd vertrouwen bij de begunstigden van de regeling en ziet zij ervan af terugvordering van de verleende steun te gelasten.

8. NOODZAAK VAN EEN OVERGANGSPERIODE

(113) Bij schrijven van 3 oktober 2002 heeft Nederland de Commissie meegedeeld dat zij, gezien het gewettigd vertrouwen en de eerbiediging van de verworven rechten, de ondernemingen die thans gebruikmaken van de cfa-regeling, in staat diende te stellen van deze regeling te profiteren tot aan het eind van de periode waarvoor zij als begunstigden waren erkend. De Commissie is van mening dat hierbij twee vragen dienen te worden bezien. Ten eerste, wat gedaan dient te worden met de reserves die reeds zijn gevormd overeenkomstig de cfa-regeling. Ten tweede, of de ondernemingen na de eindbeschikking de regeling nog kunnen aanwenden om nieuwe reserves te vormen.

(114) In de eerste plaats zij erop gewezen dat de begunstigden van de regeling zich bij de vorming van deze reserves kunnen beroepen op een gewettigd vertrouwen. De bedragen die in deze reserves worden opgenomen, worden geacht bedoeld te zijn voor de dekking van de risico's die verband houden met de financieringsactiviteiten. Ongeacht de aard van de mogelijke risico's is gebleken dat de besluiten om geld in de reserves op te nemen, het resultaat zijn geweest van arbitrage en in de langetermijnstrategie van de begunstigde ondernemingen passen. De Commissie stelt vast dat de voordelen van het gebruik van de reserve weliswaar in de tijd kunnen worden gespreid, maar dat deze voordelen teweeg worden gebracht door de vorming van de reserve. Men kan daarom stellen dat de voordelen die verbonden zijn aan de werkelijke bedragen in de reserves, in beginsel verworven zijn op basis van het gewettigd vertrouwen. Er kan dus in het onderhavige geval niet worden verlangd dat over de bedragen in de risicoreserve onmiddellijk vennootschapsbelasting tegen het normale tarief wordt geheven. De bedragen die in deze reserves zijn opgenomen, kunnen dus overeenkomstig de bestaande Nederlandse wetgeving worden aangewend met de voordelen die hierin zijn voorzien.

(115) Ten aanzien van de vorming van nieuwe reserves is de Commissie in beginsel van oordeel dat na een eindbeschikking waarbij de regeling als onwettige steun wordt aangemerkt, ondernemingen zich niet langer kunnen beroepen op de beginselen van het gewettigd vertrouwen of de rechtszekerheid. Het spreekt voor zich dat geen beroep op het gewettigd vertrouwen meer kan worden gedaan na een redelijke termijn die de lidstaat en de betrokken ondernemingen de nodige tijd moet gunnen zich aan de nieuwe situatie aan te passen. De Commissie heeft het in dit geval evenwel wenselijk geacht de volgende factoren in aanmerking te nemen.

(116) Allereerst neemt de Commissie nota van de context waarin de ingeleide procedure moet worden gesitueerd. Deze vormt een aanvulling op de werkzaamheden die de lidstaten zijn begonnen in het kader van de gedragscode met het oog op de bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie. Daarenboven dient rekening te worden gehouden met de vorderingen die de lidstaten hebben geboekt bij de verwezenlijking van de uiteindelijke doelstelling om een einde te maken aan schadelijke belastingconcurrentie. Derhalve moet de mededingingsvervalsing die de handhaving van de regeling tot in 2010 meebrengt, worden afgezet tegen de vorderingen die op communautair niveau zijn gemaakt bij de verwezenlijking van de doelstelling van de bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie.

(117) In de tweede plaats zal, zoals Nederland in zijn brief van 3 oktober 2002 te kennen heeft gegeven, het aantal begunstigden van de regeling tot in 2010 geleidelijk afnemen. De Nederlandse autoriteiten hebben immers in december 2002 aangekondigd dat geen nieuwe verzoeken om toepassing van de regeling in behandeling zullen worden genomen. Bijgevolg zal het aantal begunstigden geleidelijk verminderen en het is waarschijnlijk dat het merendeel van hen, omdat Nederland heeft toegezegd de regeling na 2010 niet te verlengen, de voor hen resterende duur van de regeling zal benutten om de reeds gevormde reserves te liquideren. Gezien de aangekondigde beëindiging van de regeling is de Commissie van oordeel dat de grootste activiteit van de door de cfa-regeling begünstigde ondernemingen het gebruik van de reserves zal betreffen en niet zozeer de vorming van nieuwe reserves.

(118) Gezien deze uitzonderlijke omstandigheden is de Commissie van mening dat de ondernemingen die bij de inleiding van deze procedure aanspraak konden maken op de cfa-regeling, zowel nieuwe reserves kunnen blijven vormen als de reeds bestaande reserves kunnen blijven gebruiken overeenkomstig de uitvoeringsbepalingen van de geldende cfa-regeling en wel voor de looptijd van de reeds afgegeven beschikkingen en uiterlijk tot 31 december 2010.

9. CONCLUSIES

(119) De Commissie stelt vast dat Nederland in strijd met artikel 88, lid 3, de onderhavige steunregeling op onwettige wijze ten uitvoer heeft gelegd. Zij stelt vast dat de cfa-regeling onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Wegens het gewettigde vertrouwen bij de begunstigden en de uitzonderlijke omstandigheden die hiervoor zijn beschreven, is er evenwel geen reden om tot terugvordering van de uitgekeerde steun over te gaan en kan de regeling worden gehandhaafd tot uiterlijk 31 december 2010,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De steunregeling die door Nederland ten uitvoer is gelegd in het kader van artikel 15b van de Wet op de vennootschapsbelasting van 1969 en die bij wet van 13 december 1996 is ingevoerd, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

Artikel 2

Nederland dient de in artikel 1 bedoelde regeling af te schaffen. De ondernemingen die op 11 juli 2001 onder deze regeling vielen, kunnen hierop aanspraak blijven maken tot het einde van de looptijd van tien jaar die hun door de Nederlandse fiscus is toegestaan. Aan de toepassing van de regeling komt hoe dan ook uiterlijk op 31 december 2010 een einde.

Artikel 3

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

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot het Koninkrijk der Nederlanden.

Gedaan te Brussel, 17 februari 2003.

Voor de Commissie

Mario MONTI

Lid van de Commissie
