



Datum van
inontvangstneming

:

11/04/2013

Zaak C-110/13

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

7 maart 2013

Verwijzende rechter:

Bundesfinanzhof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 december 2012

Verzoekster en verzoekster tot Revision:

HaTeFo GmbH

Verweerder en verweerder in Revision:

Finanzamt Haldensleben

BUNDESFINANZHOF

[OMISSIS]

BESCHIKKING

In de zaak

HaTeFo GmbH, [OMISSIS] Calvörde,
verzoekster en verzoekster tot Revision,

[OMISSIS]

tegen

Finanzamt Haldensleben,
verweerder en verweerder in Revision,
betreffende investeringstoelage 2006

heeft de IIIe Senat

op 20 december 2012 de volgende beschikking gegeven:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen: **[Or. 2]**

1. a) Aan welke vereisten moet worden voldaan om te spreken van een gemeenschappelijk handelen in de zin van artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij aanbeveling 2003/361/EG van de

Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (kmo-aanbeveling): volstaat in dit opzicht reeds elke samenwerking in het kader van de ondernemingen van de bij beide ondernemingen betrokken natuurlijke personen zonder dat er conflicten of belangentegenstellingen zijn, of is veeleer een duidelijk onderling afgestemd gedrag van deze personen vereist?

b) Indien een onderling afgestemd gedrag is vereist: volgt dit reeds uit een zuiver feitelijke samenwerking?

2. Moeten, wanneer er geen verplichting van geconsolideerde jaarrekening is, voor de vraag of een onderneming met een andere onderneming via een persoon of via een in gemeenschappelijk overleg handelende groep natuurlijke personen

verbonden is, niet alleen de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling genoemde „banden” in beschouwing worden genomen, maar moeten ook via een algemene economische benadering aspecten als eigendomsverhoudingen – in het bijzonder het feit dat de aandeelhouders tot een familie behoren –, de deelnemingsstructuur en de economische integratie – in het bijzonder ook de identiteit van de bedrijfsleider – van de betrokken ondernemingen worden onderzocht? **[Or. 3]**

3. Ingeval ook volgens de kmo-aanbeveling een verder dan de formele benadering gaande economische algemene benadering mogelijk is: veronderstelt dit opzet of althans het gevaar van omzeiling van de kmo-definitie?

Motivering

I.

Verzoekster en verzoekster tot Revision (hierna: „verzoekster”), een in 1999 opgerichte GmbH, produceert platen, folie, buizen en profielen uit kunststof. Vennoten zijn A met een aandeel van 24,8 %, zijn echtgenote B met een aandeel van 62,8 % alsook C met 12,4 %. A en C zijn zelfstandig bevoegde bedrijfsleider van verzoekster. A is samen met zijn moeder D bovendien voor gelijke delen vennoot van X-GmbH. A en C zijn ook zelfstandig bevoegde bedrijfsleider van X-GmbH.

In de beginfase werd verzoekster ondersteund door borgstellingen van X-GmbH. Voorts sloot verzoekster bij haar oprichting voor de duur van de financieringen althans voor vijf jaar met mogelijke verlenging een „Geschäftsbesorgungsvertrag” (lastgevingsovereenkomst) met X-GmbH. Op die basis verkrijgt verzoekster – in elk geval tot de beslissing van het Finanzgericht (FG) – alle opdrachten van X-GmbH. Daartegenover neemt X-GmbH het volledige geproduceerde volume over tegen een gebruikelijke marktprijs en verkoopt het. Op de markt – in het bijzonder op internet – treedt alleen X-GmbH op. Voorts, aldus de overeenkomst, heeft een vertegenwoordiger van X-GmbH doorlopend de professionele leiding van verzoekster. Verzoekster heeft bovendien de volledige inkoop alsook EDV en **[Or. 4]** onderzoek in X-GmbH ondergebracht en gebruikt daartoe een van de vele bankverbindingen van X-GmbH.

Als zodanig overschrijdt verzoekster noch met het aantal werkzame personen noch met haar omzet of balanstotaal de omzeldrempels in de zin van aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen – kmo-aanbeveling – (PB L 124, blz. 36). X-GmbH overschreed de omzeldrempel in 2004 en 2005 zowel met het aantal werkzame personen als haar jaarlijkse omzet.

De investeringsbank S ging ervan uit dat verzoekster een kmo in de zin van de kmo-aanbeveling is en verleende haar derhalve hogere premies in het kader van de Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur”

(gemeenschapstaak „verbetering van de regionale economische structuur”; hierna: „GA-regeling”).

Verweerder en verweerder in Revision (hierna: „Finanzamt – FA –”) ging op grond van de vervlechtingen met X-GmbH ervan uit dat verzoekster een met X-GmbH verbonden onderneming in de zin van de kmo-aanbeveling is en dus dat de kmo-omzetrempels zijn overschreden. Hij verleende verzoekster voor het litigieuze jaar 2006 derhalve slechts de basistoelage (toeslagpercentage 12,5 %) voor verwerkende activiteiten overeenkomstig § 2, lid 6, eerste zin, sub 1, van het Investitionszulagengesetz 2005 (Duitse wet inzake investeringspremies; hierna: „InvZulG 2005”) en niet de met een toeslagpercentage van 25 % aangevraagde verhoogde investeringstoelage voor een kmo overeenkomstig § 2, lid 7, eerste zin, sub 1, InvZulG 2005. Het bezwaar was vergeefs. Volgens het FA moet ter beoordeling of verzoekster en X-GmbH „verbonden ondernemingen” zijn, niet alleen rekening worden gehouden met de formele **[Or. 5]** verhoudingen inzake meerderheid en overeenkomsten. Veeleer moet ook een economische benadering worden gevolgd, waarbij de formeel zelfstandige ondernemingen via een gecoördineerd optreden van deelnemende natuurlijke personen als economische eenheid moeten worden behandeld. In casu controleert een groep van slechts vier personen, waarvan drie met enge familiebanden, beide ondernemingen. Hieruit blijkt een bijzonder hoge kwaliteit en intensiteit van de banden tussen de bedrijven die als wezenlijk criterium voor een relatie tussen de ondernemingen moeten worden beschouwd. Dat C met de overige drie personen niet verwant is, is irrelevant aangezien de verwantschapsverhouding reeds blijkt uit de familiebanden tussen A, B en D en het feit dat A en C tegelijk de leiding hebben. Ook de lastgevingsovereenkomst is een niet te verwaarlozen aanwijzing dat de ondernemingen economisch gecoördineerd optreden, aangezien X-GmbH voor 100 % als verzoeksters opdrachtgever fungeert en voor verzoekster de verkoop in zijn geheel waarneemt. Met de taakverdeling van productie en verkoop is sprake van een verdeling van economisch samenhangende functies over de verschillende ondernemingen. Economisch zijn verzoekster en X-GmbH dus als een eenheid te beschouwen.

Het FG verwierp het beroep **[OMISSIS]**. De Commissie beklemtoont in haar bekendmakingen dat het (reeds in de voorgaande aanbeveling uit 1996 vervatte) zelfstandigheids criterium en de begrippen „partneronderneming” en „verbonden ondernemingen” die dit criterium (door de aanbeveling van 2003) aanvullen, niet door een zuiver formele invulling mogen worden gemanipuleerd of omzeild. Bijgevolg blijven de participatieverhoudingen **[Or. 6]** weliswaar het hoofdcriterium voor de analyse van een gecoördineerd optreden terwijl de verdergaande vraag naar een niet zuiver informele, maar ook formele band van de ondernemingen via natuurlijke personen slechts bij een bijkomend onderzoek van alle andere banden tussen de ondernemingen, in het bijzonder op leidinggevend niveau, de leveranciers- en klantencontacten en een gemeenschappelijk gebruik van logistiek is te beantwoorden. Dienvolgens zouden de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling vermelde „banden” noch beslissend

noch al te formeel zijn op te vatten, zodat bijvoorbeeld aan de aldaar vermelde invloed via een „met [een andere] onderneming gesloten overeenkomst” niet enkel zou zijn voldaan bij overeenkomsten naar vennootschapsrecht, maar ook bij overeenkomsten tot regeling van schulden. Dat moet dan des te meer gelden bij de onderhavige lastgevingsovereenkomst, die X-GmbH voortdurende zeggenschap garandeert in de opdrachten via professionele ondersteuning bij de productie en via de prijsvaststelling tot en met de verkoop, en aldus verzoeksters bedrijfsactiviteit veel meer beheerst dan bijvoorbeeld het recht om een bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan te ontslaan zou kunnen. Bovendien omvat het in artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling gebruikte begrip „in gemeenschappelijk overleg handelende groep” ook en juist familiebanden, ook wanneer deze alleen worden weerspiegeld in een participatie aan de betrokken ondernemingen of juist slechts in een gemeenschappelijk gebruik van wagens van het bedrijf, waarbij de Commissie er niet eenmaal nader op ingaat of dit gebruik op een overeenkomst is gegrond. Dat moet zeker gelden wanneer als hier individuele familieleden in beide ondernemingen aandelen hebben, de familie bovendien in beide ondernemingen juist de meerderheid van de rechten als vennoot en **[Or. 7]** dus van de stemrechten hebben en op leidinggevend niveau ook nog dezelfde zelfstandig bevoegde personen optreden.

Verzoekster stelt in haar tegen de uitspraak van het FG gerichte Revision dat het FG in de eerste plaats voor de vraag of A, B en D als vennoten van verzoekster respectievelijk van X-GmbH een „in gemeenschappelijk overleg handelende groep natuurlijke personen” in de zin van artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling zijn, en voor de daarbij te geven uitlegging aan het niet nader bepaalde rechtsbegrip ten onrechte heeft teruggegrepen naar Unierechtelijke grondslagen of beslissingen die verder gaan dan de tekst van de kmo-definitie van de kmo-aanbeveling. In dit opzicht is veeleer alleen uitgegaan van Duits recht respectievelijk de rechtspraak van de Duitse rechters, volgens welke er juist geen sprake is van een „in gemeenschappelijk overleg handelende groep”. In het bijzonder mogen de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling genoemde criteria niet door aanvullende criteria worden verruimd, maar zijn zij veeleer beslissend.

Het FA acht de uitspraak van het FG terecht.

II.

De Senat [OMISSIS] verwijst de in het dictum gestelde prejudiciële vragen naar het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

1. In geschil is of verzoekster samen met X-GmbH als „verbonden ondernemingen” in de zin van de kmo-aanbeveling een economische eenheid vormt en of de omzetrempel is overschreden **[Or. 8]** aangezien de omzet dan moet worden samengeteld.

a) De door verzoekster gevraagde hogere investeringstoelage vindt zijn rechtsgrondslag in § 2, lid 7, eerste zin, sub 1, InvZulG 2005. De InvZulG 2005 betreft een door de Commissie goedgekeurde steun (PB 2005 C 235, blz. 3 en 4) in de zin van artikel 87, lid 3, sub a en c, EG, thans artikel 107 VWEU.

b) Volgens § 2, lid 7, eerste zin, sub 1, InvZulG 2005 geldt voor investeringen in bedrijven die – zoals in casu – in andere steungebieden zijn gelegen, een verhoging van de investeringstoelage van 25 % van de heffingsgrondslag voor het deel van de heffingsgrondslag over investeringen in de zin van § 2, lid 1, InvZulG 2005, wanneer de roerende economische goederen tijdens een periode van vijf jaar in een steunbegunstigd bedrijf blijven, dat ook voldoet aan de definitie van het begrip kleine en middelgrote ondernemingen in de zin van aanbeveling 96/280/EG van de Commissie van 3 april 1996 betreffende de definitie van de kleine en middelgrote ondernemingen – aanbeveling 96/280/EG – (PB 1996 L 107, blz. 4), vervangen door kmo-aanbeveling 2003/361/EG, reeds aangehaald.

c) Anders dan verzoekster meent, moet de aan § 2, lid 7, eerste zin, InvZulG 2005 ten gronde liggende definitie van kmo naar Unierecht worden uitgelegd. Dat volgt reeds uit de verwijzing in de wet naar de kmo-aanbeveling van de Europese Commissie en komt overeen met de wil van de wetgever om, anders dan in de regeling die voorafging aan § 2, lid 7, eerste zin, InvZulG 1999, het Unierechtelijke kmo-begrip over te nemen [OMISSIS]. Weliswaar staat het de lidstaten vrij de kmo-definitie te gebruiken [**Or. 9**] (brochure van de Europese Commissie bij de nieuwe definitie van kmo's – brochure –, 2006, blz. 6). Wanneer een lidstaat – zoals hier Duitsland – evenwel beslist de definitie over te nemen, is voor de uitlegging aan de hand van de nationale rechtspraak – bijvoorbeeld de toepassing van criteria dat sprake is van een persoonlijke vervlechting in de bedrijfsorganisatie – geen plaats meer. Een oplossing van de uitleggingsvragen aan de hand van de nationale rechtspraak – zoals verzoekster verdedigt – zou in dit opzicht ingaan tegen het doel van de kmo-aanbeveling om de op gemeenschapsniveau uiteenlopende kmo-definities en de daarmee gepaard gaande incoherenties te reduceren en te zorgen voor meer uniforme kmo-maatregelen op het niveau van de Unie en de lidstaten (zie punt 1 van de considerans van de kmo-aanbeveling). Er kan worden verwezen naar het Hof wanneer de nationale wetgever – zoals hier in § 2, lid 7, eerste zin, InvZulG 2005 – naar het Unierecht verwijst (zie bijvoorbeeld arresten Hof van 18 oktober 1990, Dzodzi, C-297/88 en C-197/89, blz. I-3763, en 8 november 1990, Krystyna Gmurzynska-Bscher, C-231/89, blz. I-4003, punt 24).

2. De kmo-aanbeveling onderscheidt bij het te berekenen aantal werkzame personen en de financiële bedragen drie relevante soorten ondernemingen die het eerdere zogenaamde zelfstandigheidscriterium vervangen dat formeel uitging van een participatiedrempel tot 25 %. Relevant is of een onderneming zelfstandig is dan wel of zij met andere ondernemingen – als verbonden ondernemingen of partnerondernemingen – een economische groep vormt.

a) Volgens artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling **[Or. 10]** zijn ondernemingen verbonden wanneer zij met elkaar een van de volgende banden onderhouden:

- een onderneming heeft de meerderheid van de stemrechten in een andere onderneming;
- een onderneming heeft het recht de meerderheid van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van een andere onderneming te benoemen of te ontslaan;
- een onderneming heeft het recht een overheersende invloed op een andere onderneming uit te oefenen op grond van een met deze onderneming gesloten overeenkomst of een bepaling in de statuten van laatstgenoemde onderneming;
- een onderneming heeft op grond van een overeenkomst als enige zeggenschap over de meerderheid van de stemrechten in een andere onderneming.

Ondernemingen die door een in gemeenschappelijk overleg handelende groep natuurlijke personen met elkaar een van voormelde banden onderhouden, worden volgens artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling als verbonden ondernemingen beschouwd indien zij hun activiteiten of een deel van hun activiteiten op dezelfde markt of op verwante markten uitoefenen.

b) De definitie gaat ervan uit dat dit type onderneming overeenkomt met de economische situatie van ondernemingen die ofwel via directe of indirecte zeggenschap over de meerderheid van het kapitaal respectievelijk de stemrechten of door het potentieel om een overheersende invloed op een onderneming uit te oefenen, tot een ondernemingsgroep behoren (zie brochure, blz. 23 en 41). In een poging om de ondernemingen uitleggingsproblemen te besparen, heeft de Commissie bij de definitie van het type onderneming van de verbonden onderneming de criteria overgenomen – voor zover zij met het doel van de definitie overeenkomen –, die in artikel 1 van de Zevende richtlijn (83/349/EEG) van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 193, blz. 1), laatst gewijzigd bij richtlijn 2009/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 (PB L 164, blz. 42), zijn **[Or. 11]** vastgesteld (zie punt 11 van de considerans van de kmo-aanbeveling; brochure, blz. 41). Er is voornamelijk sprake van een verbonden onderneming in de zin van de kmo-aanbeveling wanneer zij krachtens voormelde richtlijn geconsolideerde rekeningen moet opstellen of zij door consolidatie opgenomen is in de rekeningen van een andere onderneming die verplicht is dergelijke geconsolideerde rekeningen op te stellen (zie brochure, blz. 41).

c) Betreffende het – volgens de Commissie uiterst zeldzame – geval waarbij een onderneming via een persoon of een in gemeenschappelijk overleg handelende groep natuurlijke personen als verbonden onderneming geldt, ofschoon zij geen geconsolideerde rekeningen moet opstellen, wordt alleen verwezen naar bestaande „banden” in de zin van artikel 3, lid 3, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling.

3. a) Voor de toepassing van het in aanbeveling 96/280/EG vervatte zelfstandigheids criterium ontwikkelde de praktijk van de Commissie zich aldus dat werd gegarandeerd dat slechts „echte” kmo’s onder de kmo-definitie vielen, dus ondernemingen die door belemmeringen – zoals in het bijzonder moeilijke toegang tot kapitaal en krediet, alsook tot informatie – werden benadeeld (zie bijvoorbeeld beschikking 2002/468/EG van de Commissie van 15 januari 2002 betreffende de Staatssteun die Duitsland ten gunste van Klausner Nordic Timber GmbH & Co. KG, Wismar, Mecklenburg-Voor-Pommeren, heeft verleend, PB L 165, blz. 15, punten 61-63). Om dat te garanderen, beoordeelde de Commissie alle economische omstandigheden en pastte het zelfstandigheids criterium aan de hand van de participatiegrens van 25 % of meer consequent toe [OMISSIS]. Beslissend daartoe zijn de eigendomsverhoudingen – in het bijzonder het aspect dat de aandeelhouders tot een familie behoren – en de economische [Or. 12] integratie (zie beschikking van de Commissie, Klausner Nordic Timber GmbH & Co. KG, reeds aangehaald, punten 67 e.v. en 76 e.v.). Voor dat laatste volstaan volgens de Commissie factoren als bijvoorbeeld een link in de websites, gemeenschappelijke managementactiviteiten en een daaruit afgeleid optreden naar buiten als een enkele onderneming of de vertegenwoordiging van de ene door de andere onderneming bij bestuurstaken.

b) Zowel het Hof (arrest van 29 april 2004, Italiaanse Republiek/Commissie, C-91/01, Jurispr. blz. I-4355, in het bijzonder punt 50 e.v.) als het Gerecht (arrest van 14 oktober 2004, Pollmeier Malchow, T-137/02, Jurispr. blz. II-3541, in het bijzonder punten 61 e.v. en 68 e.v.) heeft deze strenge handhaving van het zelfstandigheids criterium door de Commissie goedgekeurd.

c) In de reeds onder de kmo-aanbeveling 2003 vastgestelde beschikking 2006/904/EG van de Commissie van 7 juni 2006 betreffende de staatssteun nr. C 8/2005 (ex N 451/2004) die Duitsland voornemens is toe te kennen aan Nordbrandenburger UmesterungsWerke – NUW – (PB L 353, blz. 60) houdt de Commissie rekening met de geldende rechtspraak en beklemtoont zij dat deze benadering in artikel 3, lid 3, van de bijlage bij de nieuwe kmo-aanbeveling wordt overgenomen (zie punten 45 en 46). Volgens deze beschikking acht de Commissie het „onontbeerlijk om factoren als de deelnemingsstructuur, de identiteit van de directeuren, de mate van economische vervlechting en soortgelijke andere betrekkingen tussen de desbetreffende ondernemingen te onderzoeken” (zie punt 48). Volgens de Commissie moest de door de familie Sauter geleide onderneming waarbij ook NUW hoorde, „vooral dankzij de banden op het persoonlijke vlak [...], maar ook door de zakelijke relaties en organisatorische

betrekkingen” vanuit economisch oogpunt als eenheid worden beschouwd (zie **[Or. 13]** punt 57 van voormelde beschikking).

Ondanks dit doel om door de herwerking van de sinds 2005 geldende kmo-definitie, in het bijzonder door de invoering van de begrippen „verbonden onderneming” en „partneronderneming” meer rechtszekerheid bij de toepassing van het zelfstandigheids criterium te garanderen, beklemtoont de Commissie ook in de steunzaak Sovello AG (voorheen EverQ GmbH) – waarin het evenwel om partnerondernemingen en niet om verbonden ondernemingen ging – de handhaving van de reeds met betrekking tot aanbeveling 96/280/EG gestelde beginselen (zie uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG opmerkingen te maken, PB 2008 C 253, blz. 23, punten 26-28). Daarbij bespreekt de Commissie uitdrukkelijk het argument of bij het onderzoek van de kmo-status op basis van de huidige kmo-definitie „aanvullende, ongeschreven criteria” mogen worden gebruikt. De Commissie bevestigt in dit opzicht dat beoordelingen die verder gaan dan de toepassing van de formele criteria, absoluut beperkt moeten blijven tot de zeldzame uitzonderingsgevallen waarin duidelijk kan worden uitgegaan van een omzeiling (zie besluit 2010/358 van de Commissie van 27 januari 2010 betreffende de door Duitsland toegekende staatssteun C 27/08 (ex N 426/05) ten gunste van Sovello AG (voorheen EverQ GmbH), PB L 167, blz. 21, punt 83). De economische totaalbenadering bestaat volgens de Commissie hierbij niet in de toepassing van „aanvullende criteria”, maar gaat verder dan de zuiver formele analyse, wat mogelijk moet zijn wanneer er risico van omzeiling is (zie besluit van de Commissie inzake staatssteun aan Sovello AG, reeds aangehaald, punt 84 e.v.).

4. Uit het voorgaande volgen voor de Senat de in het dictum geformuleerde prejudiciële vragen, van het antwoord waarop afhangt of het FA verzoekster de alleen aan een **[Or. 14]** kmo in de zin van de kmo-aanbeveling toekomstige hogere investeringstoeslag overeenkomstig § 2, lid 7, eerste zin, sub 1, InvZulG 2005 terecht heeft geweigerd. Aangezien geen sprake is van een geval van (concern-)betrekkingen in de zin van artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling, komt een relatie van verzoekster met X-GmbH alleen via de bij beide ondernemingen betrokken familieleden en/of via de bedrijfsleider die dezelfde persoon is, in aanmerking als „in gemeenschappelijk overleg handelende groep natuurlijke personen”.

a) Met betrekking tot de eerste vraag:

Volgens de Senat dienen de in artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling, anders dan de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling, omschreven omstandigheden – bijvoorbeeld meerderheid van stemmen, zeggenschapsovereenkomst – te worden uitgelegd [OMISSIS]. In dit opzicht rijst de vraag aan welke vereisten moet worden voldaan om te spreken van een in gemeenschappelijk overleg handelende groep natuurlijke personen.

Bij [OMISSIS] beschikking [OMISSIS] wierp de Senat in het bijzonder de vraag op of reeds elke samenwerking in het kader van ondernemingen van de bij beide ondernemingen betrokken natuurlijke personen, zonder dat er conflicten of tegengestelde belangen zijn, volstaat om te spreken van gemeenschappelijk optreden dan wel of een duidelijk onderling afgestemd gedrag van deze personen vereist is.

Aangezien de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling beschreven feiten, waarnaar artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling verwijst, worden gekenmerkt door vennootschapsrechtelijke of uit overeenkomsten voortvloeiende bevoegdheden tot **[Or. 15]** zeggenschap, acht de Senat het mogelijk dat voor een gemeenschappelijk optreden een uit overeenkomst voortvloeiende band tussen de personen is vereist naast feitelijke samenwerking.

Uit de overwegingen in de steunzaken Klausner Nordic Timber GmbH & Co. KG (reeds aangehaald, punt 76) en NUW (reeds aangehaald, punt 54) volgt dat de Commissie ogenschijnlijk uitging van onderling afgestemd handelen met betrekking tot de activiteiten van de aldaar beoordeelde ondernemingen, dat uiteindelijk werd afgeleid uit de samenwerking van de ondernemingen.

b) Met betrekking tot de tweede vraag:

Doel van de huidige kmo-definitie was de interpretatieproblemen die waren gerezen inzake het zelfstandigheids criterium in de kmo-definitie van 1996 (punt 2 van de considerans van de kmo-aanbeveling) en de toepassingsmoeilijkheden [OMISSIS] door de invoering van drie typen ondernemingen op te heffen. In het bijzonder de banden, waarbij moet worden uitgegaan van het type van de „verbonden onderneming”, worden in bijzonderheden – en volgens de tekst beslissend – omschreven in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling.

Overeenkomstig de praktijk van de Commissie (zie beschikking van de Commissie van 15 januari 2002, Pollmeier GmbH, PB L 296, blz. 20, punten 16 en 17) wijst artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling erop dat ondernemingen die volledig of gedeeltelijk op dezelfde markt of verwante markten actief zijn, ook „via een natuurlijke persoon of een in gemeenschappelijk overleg handelende groep natuurlijke personen” **[Or. 16]** kunnen verbonden zijn. Aangezien evenwel artikel 3, lid 3, vierde alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling in dit opzicht slechts vereist dat de ondernemingen „via” de persoon of de groep „een van deze banden onderhouden”, rijst de vraag of naast het formele onderzoek van de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling vermelde banden ook een economische totaalbenadering moet worden verricht, waarbij aspecten als eigendomsverhoudingen – in het bijzonder het feit dat de aandeelhouders tot een familie behoren –, de deelnemingsstructuur en de economische integratie – in het

bijzonder ook het feit dat de bedrijfsleider dezelfde is – van de betrokken ondernemingen zijn te onderzoeken. Punt 12 van de considerans zegt hierover alleen dat „het ook wenselijk is, indien van toepassing, rekening te houden met de via natuurlijke personen tussen de ondernemingen bestaande banden” om ten slotte alleen de kmo te ondersteunen die daaraan behoefte heeft.

Indien in de gevallen waarin een band tussen ondernemingen ten slotte slechts via een natuurlijke persoon of – zoals in casu – via een in gemeenschappelijk overleg handelende groep in aanmerking komt, ondanks de nieuwe versie van de kmo-aanbeveling, bevestigend wordt geantwoord dat een economische totaalbenadering is vereist, dan moeten alle omstandigheden van de zaak worden beoordeeld; daarvoor is het FG als bodemrechter bevoegd en dit kan door het Bundesfinanzhof (BFH) in Revision slechts beperkt worden getoetst. Indien er bij de door het FG verrichte totaalbenadering geen procedurefouten, geen denkfouten of fouten tegen ervaringsregels zijn, is het BFH daardoor gebonden ook wanneer zij niet dwingend, maar alleen mogelijk is [OMISSIS]. **[Or. 17]**

c) Met betrekking tot de derde vraag:

In haar reeds onder de huidige kmo-aanbeveling vastgestelde beschikking in de zaak NUW onderzoekt de Commissie op basis van factoren als de deelnemingsstructuur, de identiteit van de directeuren, de mate van economische vervlechting en soortgelijke andere betrekkingen tussen de ondernemingen de economische integratie van NUW in de ondernemingsgroep Sauter. Zij komt tot de conclusie „dat NUW en de Sauter-groep geen kmo's zijn overeenkomstig de definitie van de kmo-aanbeveling en dat zij daarom niet de typische nadelen van kmo's ondervinden” (zie beschikking van de Commissie NUW, reeds aangehaald, punt 68).

In de steunzaak Sovello AG (EverQ) stelde de Commissie onder verwijzing naar de zaak Italië/Commissie, reeds aangehaald, dat „beoordelingen die verder gaan dan de toepassing van de formele criteria, absoluut beperkt moeten blijven tot de zeldzame uitzonderingsgevallen waarin duidelijk kan worden uitgegaan van een omzeiling van de criteria” (zie beschikking van de Commissie Sovello, reeds aangehaald, punt 83). De Commissie bevestigde vervolgens in de zaak Sovello AG een dergelijke omzeiling met opzet van de formele deelnemingsstructuur (zie punten 102 en 114). Aangezien de steunzaak Sovello AG de vraag van een partneronderneming in de zin van artikel 3, lid 2, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling betrof en voor zover naar de tekst van kmo-aanbeveling formeel alleen dient te worden uitgegaan van de in aanbeveling 96/280/EG vastgestelde deelneming van 25 %, rijst de vraag of opzet dan wel het risico van omzeiling als beperkend criterium vereist is voor een economische totaalbenadering die verder gaat dan de formele analyse, ook bij een band tussen ondernemingen in de zin **[Or. 18]** van artikel 3, lid 3, van de bijlage bij de kmo-aanbeveling. Hierop kan de verwijzing naar de steunzaak Pollmeier Malchow wijzen aangezien het daarin – anders dan in de zaak Italië/Commissie (reeds aangehaald, punt 39) – ten slotte

ging om de vraag van de via een groep natuurlijke personen (Pollmeier en zijn familie) verbonden ondernemingen (zie arrest Pollmeier Malchow, reeds aangehaald, punten 66, 68 e.v., 75 en 77). Volgens het Hof speelde de vraag van een omzeiling van de kmo-criteria in de steunzaak Pollmeier Malchow voorts geen rol meer gelet op de bevestiging van een economische eenheid via Pollmeier en zijn familie (zie punt 82).