

Het Market Economy Investor Principle: niet het middel maar het doel

mr. G. van der Wal en mr. T. Boesman*

Het staatssteunrecht is eigenlijk eenvoudig. Zolang er geen sprake is van staatssteun, vindt het verbod van artikel 107 lid 1 VWEU geen toepassing. Dit eenvoudige uitgangspunt leidt er echter toe dat de Commissie veelal alles in het werk stelt om het toepassingsbereik van het verbod te vergroten, terwijl lidstaten en begunstigde ondernemingen hun best doen het tegendeel te bereiken. Het Market Economy Investor Principle (MEIP) staat in deze discussie vaak centraal: er is geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU als de overheid marktconform handelt als een private investeerder. Uit recente arresten van het Gerecht volgt dat de overheid bij de keuze van de instrumenten daarbij veel ruimte heeft.

1. Market Economy Investor Principle

Het recht van de Europese Unie laat lidstaten de ruimte economische activiteiten te verrichten en laat hen de keuze om deze zelf te verrichten dan wel aan derden over te laten.¹ Artikel 106 VWEU (ex 86 EG) maakt overigens wel duidelijk dat de mededingingsregels van toepassing zijn op publieke ondernemingen (en economische activiteiten van overheden). De spanning die inherent is aan de toepassing van het mededingingsrecht (waaronder het staatssteunverbod) op het economische (markt)handelen van de overheid naast de publieke taken van de overheid, wordt opgelost door te onderscheiden tussen de overheid als 'marktspeler' en de overheid bij de uitvoering en behartiging van publieke taken en behangen. Indien een lidstaat gebruikt maakt van haar financiële middelen op een wijze die vergelijkbaar is met de handelwijze van een commerciële marktspeler, is geen sprake van staatssteun. Een onderneming verkrijgt echter overduidelijk een voordeel indien deze middelen van een lidstaat tot haar beschikking zou krijgen die zij niet (althans niet op dezelfde of vergelijkbare voorwaarde) van een private marktspeler zou hebben kunnen verkrijgen. Het onderscheid wordt bepaald met behulp van het 'Market Economy Investor Principle' ('MEIP', ook wel 'marktinvesteerdertest' genoemd). Eén van de eerste verwijzingen naar het MEIP werd gemaakt door Advocaat-Generaal Slynn in zijn conclusie in de zaak Van der Kooy, waarin hij stelde dat:

Tot het wezen van een steunmaatregel behoort dat hij niet commercieel is, in de zin dat de staat ingrijpt waar de markt zich afzijdig houdt. De staat kan daarvoor zijn redenen hebben, maar die zijn niet commercieel in de gewone zin van het woord. De staat kan bijvoorbeeld aandelen kopen of geld lenen, maar wanneer

hij dat doet in een omvang of op voorwaarden die voor een commercieel investeerder onaanvaardbaar zouden zijn, verleent hij steun in de zin van artikel [107 VWEU], indien aan de criteria van dit artikel is voldaan.²

Ook het Hof van Justitie bevestigde al in de jaren '80 in de zaak België/Commissie de conclusie van de Commissie, dat twee omvangrijke kapitaalinjecties uit de openbare middelen in een onderneming die in de betrokken periode jaarlijks grote verliezen leed, staatssteun inhouden aangezien geen enkele particuliere investeerder of aandeelhouder bereid zou zijn geweest om zonder een uitvoerbaar herstructureringsplan dergelijke bedragen te investeren.³ Het Hof van Justitie bevestigt voorts in deze periode dat het noodzakelijk is het gedrag van de lidstaat te vergelijken met dat van een private investeerder.⁴

Uit dit beginsel volgt dat wanneer kapitaal onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden al dan niet rechtstreeks door een lidstaat ter beschikking van een onderneming wordt gesteld, dit niet als staatssteun kan worden aangemerkt in de zin van artikel 107 VWEU (ex 87 EG).⁵ De centrale vraag die hierbij gesteld wordt is: had de betrokken onderneming de van de lidstaat ontvangen financiële middelen ook kunnen verkrijgen van een private (commerciële) marktpartij?

* Gerard van der Wal en Tim Boesman zijn als advocaten werkzaam bij Houthoff Buruma, Brussel.

1. Artikel 345 VWEU (ex 295 EG); Interpretatieve Mededeling van de Commissie van 5 februari 2008 over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS), C(2007)6661, p. 3.
2. Conclusie van A-G Gordon Slynn van 2 april 1987 in de gevoegde zaken 67, 68 en 70/85, *Jur.* 1988, p. 219.
3. Hof van Justitie 10 juli 1986, *België/Commissie*, zaak 40/85, *Jur.* 1986, p. 2321, r.o. 16-17.
4. Zie bijvoorbeeld: Hof van Justitie 10 juli 1986, *België/Commissie*, zaak 234/84, *Jur.* 1986, p. 2263, r.o. 9-18; Hof van Justitie 14 februari 1990, *Frankrijk/Commissie*, zaak C-301/87, *Jur.* 1990, p. I-307, r.o. 38-9; Hof van Justitie 21 maart 1990, *België/Commissie*, zaak C-142/87, *Jur.* 1990, p. I-959, r.o. 22-29; Hof van Justitie, 21 maart 1991, *Italië/Commissie*, zaak C-305/89, *Jur.* 1991, p. I-1603, r.o. 17-24.
5. Hof van Justitie 21 maart 1991, *Italië/Commissie*, zaak C-303/88, *Jur.* 1991, p. I-1433, r.o. 19.

Volgens vaste rechtspraak moet worden beoordeeld, of een particuliere investeerder die qua omvang vergelijkbaar is met de organen die de overheidssector beheren, in vergelijkbare omstandigheden ertoe zou kunnen worden gebracht, een even grote kapitaalbreng te doen als de overheid voor ogen heeft.⁶ Zou de private investeerder dus op dezelfde voorwaarden de overeenkomst zijn aangegaan, en zo niet, onder welke voorwaarden zou hij dan wel akkoord zijn gegaan.⁷

2. Kenmerken van het MEIP

Een maatregel wordt niet alleen al als staatssteun aangemerkt omdat de investering achteraf gezien geen verstandige is geweest. De maatregel dient ex tunc te worden beoordeeld, waarbij de context van de periode waarin de maatregelen zijn genomen in acht dient te worden genomen.⁸ Bij de analyse kunnen wel de voorzienbare toekomstige ontwikkelingen van de markt meegenomen worden. Ook indien de kans klein is dat op korte termijn baten zullen worden gerealiseerd, betekent dit nog niet dat er sprake is van staatssteun. In een dergelijk geval dienen de investeringen vergeleken te worden met die van een private partij die een structureel beleid doorvoert, dat gericht is op winst op de lange(re) termijn.⁹ Een staatsbedrijf mag dus tijdelijk verlies lijden, om de onderneming in staat te stellen op de lange termijn weer gezond te zijn. Als de staatsonderneming echter enig uitzicht op rendabiliteit ontbeert, zelfs op de lange termijn na herstructurering, zal deze investering waarschijnlijk als staatssteun worden aangemerkt.¹⁰

Een kapitaalinjectie door de overheid moet echter geacht worden aan het criterium van de particuliere investeerder te voldoen en geen staatssteun in te houden, indien deze financiële injectie ook daadwerkelijk tegelijk plaatsvindt met een in vergelijkbare omstandigheden door een particuliere investeerder gedane aanzienlijke inbreng.¹¹ Het motief van de private investeerder dient in een dergelijk geval wel te zijn het streven naar winst.¹² Twee voorbeelden worden hierna beschreven.

Citynet Amsterdam

In de zaak van het glasvezelproject Citynet van de gemeente Amsterdam wenste de gemeente een glasvezelnetwerk aan te leggen dat universeel toegankelijk diende te worden voor alle Amsterdammers tegen redelijke kosten. Daartoe ging de gemeente op zoek naar andere investeerders. Uiteindelijk participeerde de gemeente voor een derde deel, de overige investeerders voor het resterende deel (de gemeente bleef wel de grootste individuele investeerder). De Commissie stelde in haar beschikking vast dat het project gedeeltelijk betaald is met staatsmiddelen, om vervolgens te onderzoeken of de gemeente heeft gehandeld als een particuliere marktinvesteerder. Volgens de Commissie houdt dit beginsel in dat een transactie geen staatssteun vormt indien de steunmaatregel gelijktijdig met de particuliere investering plaatsvindt en onder omstandigheden die voor een particuliere investeerder die onder normale marktvoorwaarden opereert, aanvaardbaar zouden zijn.¹³

Als een andere particuliere investeerder in het project gelijktijdig en onder vergelijkbare omstandigheden als de overheidsinvesteerder een significante investering in het project doet, gaat de Commissie er vanuit dat aan het beginsel van de particuliere marktinvesteerder is voldaan, de zogenoemde 'gelijkheidstoets'.¹⁴ De Commissie formuleert een aan-

tal criteria op grond waarvan wordt vastgesteld of aan het MEIP is voldaan:¹⁵

- de particuliere investeerders moeten marktinvesteerders zijn en hun investeringen in het project moeten een reële economische impact hebben;
- alle betrokken partijen moeten de investeringen gelijktijdig hebben gedaan;
- de investeringsvoorwaarden moeten voor alle partijen identiek zijn;
- wanneer de overheid, de andere investeerders en/of de begunstigde buiten de investeringen om nog andere betrekkingen met elkaar onderhouden, kan er reden zijn tot twijfel of de gelijkheid van de investeringsvoorwaarden volstaat.

In de zaak Citynet vergden de punten (ii) en (iii) de aandacht. De gemeente had al investeringen gedaan (onderzoekskosten e.d.) voordat de private partijen werden uitgenodigd deel te nemen. De Commissie ging echter akkoord na bevestiging van alle partijen dat ook deze voorinvesteringen door alle partijen gedragen zouden worden.¹⁶ De Commissie concludeerde uiteindelijk dat het project was gebaseerd op realistische prognoses op grond waarvan een private investeerder tot investeringen zou kunnen overgaan.¹⁷ De Commissie oordeelde dat de gemeente had gehandeld als een particuliere marktinvesteerder en dat geen sprake was van staatssteun.

-
6. Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 27 september 2001, *Italië en SIM2/Commissie*, zaak C-328/99 en 399/00, *Jur.* 2003, p. I-4035, r.o. 38.
 7. EGGvEA 30 april 1998, *Cityflyer Express/Commissie*, zaak T-16/96, *Jur.* 1998, p. II-757, r.o. 51; EGGvEA 6 maart 2003, *Westdeutsche Landesbank/Commissie*, gevoegde zaken T-228 en 233/99, *Jur.* 2003, p. II-435, r.o. 245.
 8. Hof van Justitie 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie*, zaak C-482/99, *Jur.* 2002, p. I-4397, r.o. 71-81. Het Hof van Justitie bepaalde dat de Commissie ten onrechte een latere periode als referentiepunt gebruikte dan de periode waarin de steun werd gegeven.
 9. Hof van Justitie 21 maart 1991, *Italië/Commissie*, zaak C-305/89, *Jur.* 1991, p. I-1603, r.o. 20.
 10. Idem, r.o. 22.
 11. Zie bijvoorbeeld EGGvEA 12 december 2000, *Alitalia/Commissie*, zaak T-296/97, *Jur.* 2000, p. II-3871, r.o. 81.
 12. Idem, r.o. 82-82, waarbij het Gerecht stelde dat de Commissie terecht het argument van Alitalia had verworpen dat de werknemers van het bedrijf instemden aandelen te kopen in ruil voor loonbevoorziening. Het Gerecht oordeelde dat de participatie van de werknemers ingegeven werd door de wens hun baan te houden en het voortbestaan van Alitalia te verzekeren, en dat dit niet te vergelijken valt met het optreden van een private partij die streeft naar winst.
 13. Beschikking van de Commissie van 11 december 2007 betreffende steunmaatregel C 53/06 (ex N 262/05, ex CP 127/04) ten gunste van Glasvezelnet Amsterdam voor een investering in een glasvezeltoegangsnetwerk door de gemeente Amsterdam, *PbEU L* 24 (2008) p. 27-49.
 14. Beschikking, para. 78.
 15. Beschikking, para. 91-94.
 16. Beschikking, para. 102.
 17. Beschikking, para. 175.

Kahla

In de zaak Kahla bevestigde het Gerecht dat de mogelijkheid van steun kan worden uitgesloten wanneer de overheid tegelijkertijd met een belangrijke deelneming van particuliere investeerders in vergelijkbare omstandigheden deelneemt in een onderneming.¹⁸ Het Gerecht oordeelt dat het bestaan van steun echter niet kan worden uitgesloten, indien de particuliere investeringen in dezelfde onderneming pas worden verricht nadat overheidsmiddelen zijn toegewezen.¹⁹ Het Gerecht bevestigde aldus de wijze van beoordeling van de Commissie in de zaak Citynet Amsterdam.

3. Toepassing MEIP op publiekrechtelijke bevoegdheden

Enkel indien de staat handelt als een onderneming, is het MEIP van toepassing. Het beginsel kan toegepast worden op velerlei soorten steun, zoals leningen, garanties en andere vormen van directe investeringen.

Veelal werd aangenomen dat de vorm van de door de staat gebruikte middelen of de grondslag van het handelen van de staat bepalend was voor de hoedanigheid van het optreden van de staat. Indien de staat gebruik maakte van publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals het verlenen van belastingvoordelen, ging men ervan uit dat de staat hoe dan ook handelde als overheid en toepassing van het MEIP was uitgesloten.²⁰

Ryanair²¹

De zaak Ryanair maakte duidelijk dat de lidstaten meer ruimte hebben bij de keuze van de instrumenten indien zij als private investeerder (willen) handelen. Handelingen die op het eerste gezicht typische overheidshandelingen zijn, kunnen onder omstandigheden toch als een economische activiteit worden aangemerkt, oordeelde het Gerecht.²² In deze zaak ging het om een korting van 50% op de wettelijke landingsheffingen op het vliegveld te Charleroi, die door het Waalse gewest aan Ryanair werd toegekend. Het Waalse gewest is eigenaar van een (publiekrechtelijke) onderneming (BSCA) die de luchthaven beheert en exploiteert. BSCA had garanties afgegeven aan Ryanair om Ryanair te vrijwaren van bepaalde verliezen. In de beschikking overweegt de Commissie dat het vaststellen van landingsheffingen valt binnen de wetgevende en regulerende bevoegdheden van het Waalse gewest. De Waalse overheid is in de toepasselijke wetgeving aangewezen om de toegang tot de Waalse vliegvelden te reguleren. Volgens de Commissie brengt dit met zich dat het Waalse gewest handelt via publiekrechtelijke middelen. De Commissie was derhalve van mening dat het Waalse gewest in een dergelijk geval handelt als een overheid en niet als een onderneming.

Het Gerecht deelt de opvatting van de Commissie niet en oordeelt dat de vaststelling van landingsrechten rechtstreeks verband houdt met een economische activiteit van het Waalse gewest, te weten, het beheer en de exploitatie van de luchthaven in Charleroi. Het Gerecht stelt vast dat de landingsheffingen dienen te worden gezien als een vergoeding voor door de eigenaar of concessiehouder verrichte diensten.²³ De omstandigheid dat het Waalse gewest beschikt over regelgevende bevoegdheden tot vaststelling van luchthavenheffingen, sluit niet uit dat een systeem van kortingen op deze heffingen dient te worden getoetst aan het MEIP, aangezien een dergelijk systeem van heffingen en kortingen ook door een particuliere onderneming kan worden ingevoerd.²⁴ Ook

voor een private onderneming is het immers mogelijk kapitaalinjecties of kortingen te verstrekken aan een andere onderneming, waarbij de gevolgen voor de begunstigde onderneming dezelfde zijn als een verlaging van de heffingen. Ook de afgegeven garanties door de publiekrechtelijke onderneming BSCA moeten worden gezien als een economische activiteit welke getoetst dient te worden aan het MEIP. Voor beide handelingen heeft de Commissie nagelaten deze toets uit te voeren op welke grond het Gerecht de beschikking van de Commissie vernietigt.

4. Een marktconforme belastingontheffing: bespreking van het arrest *Électricité de France (EDF)*²⁵

In het EDF arrest zet het Gerecht de lijn van het arrest Ryanair voort. De vraag die hier beantwoord dient te worden is of het MEIP ook van toepassing is indien de staat geen vennootschapsbelasting heft over de overheveling van nog onbelaste liquide middelen naar de post 'eigen vermogen' van EDF. Het Gerecht is van oordeel dat het antwoord op de vraag niet zozeer afhangt van de vorm van de maatregel, maar juist van de aard, doelstelling en toepasselijke regelgeving.

Het Gerecht stelde dan ook vast dat de vorm van de staatsmaatregel (hier: belastingontheffing) niet doorslaggevend is voor de bepaling of het MEIP van toepassing is. Onderzocht dient te worden of een private investeerder bereid zou zijn onder dezelfde marktomstandigheden een vergelijkbaar voordeel voor EDF te realiseren als het voordeel van de staatsmaatregel.

4.1 Geschiedenis

EDF is een Frans overheidsbedrijf dat belast is met de productie, het transport en de distributie van elektriciteit door heel Frankrijk. In 1956 is het Franse hoogspanningsnet (RAG) aan EDF toevertrouwd via een concessiecontract. EDF is één van de belangrijkste ondernemingen op de Europese energiemarkt met 32,5 miljoen aansluitingen in Frankrijk en 8,9 miljoen in de rest van Europa. Daarnaast is zij ook actief op energiemarkten buiten Europa, zoals in China en de Verenigde Staten.²⁶ In 2009 bedroeg de omzet 66,4 miljard EUR.

In de zomer van 2001 startte de Commissie een onderzoek naar een drietal maatregelen van de Franse overheid die als staatssteun ten gunste van EDF zouden kunnen worden aangemerkt. Ten eerste verlenen de Franse autoriteiten een on-

18. EGGvEA 24 september 2008, *Kahla/Commissie*, zaak T-20/03, *Jur.* 2008, p. II-2305, r.o. 254.

19. Idem, r.o. 254.

20. Andrea Biondi, Piet Eeckhout en James Flynn e.d., *The law of state aid in the European Union* (2004 Oxford) p. 208-209.

21. Zie bijvoorbeeld EGGvEA 4 maart 2009, *Fineco/Commissie*, zaak T-445/05, *Jur.* 2009, p. II-289.

22. EGGvEA 17 december 2008, *Ryanair/Commissie*, zaak T-196/04, *Jur.* 2008, p. II-3643.

23. Idem, r.o. 89.

24. Idem, r.o. 101.

25. HvJEU 15 december 2009, *Électricité de France (EDF) / Commissie*, T-156/04, n.n.g., r.o. 221. (van dit arrest is nog geen Nederlandse tekst beschikbaar).

26. Beschikking, nrns. 8-10 en 24.

beperkte overheidsgarantie aan EDF (EPIC-status). Vanwege haar status als overheidsbedrijf zijn de sanering- en faillissementswetgeving niet op EDF van toepassing. Dit komt er feitelijk op neer dat EDF niet failliet kan gaan.²⁷ Ten tweede ziet de Commissie een probleem in het pensioenstelsel voor de elektriciteit- en gassector dat wordt beheerd door EDF en een ander nutsbedrijf. Ten derde heeft EDF over 1997 over bepaalde onbelaste reserves die werden overgeheveld naar de post 'eigen vermogen', geen vennootschapsbelasting betaald. De Commissie is van mening dat dit wel diende te gebeuren. Alleen bij die laatste maatregel speelt de toepassing van het MEIP in de beroepsprocedure een rol.

Na een jaar van correspondentie tussen de Commissie, Frankrijk en EDF, een eerste onderzoek en een formele onderzoeksprocedure stelde de Commissie in december 2003 haar beschikking vast betreffende de door Frankrijk ten uitvoer gelegde staatssteun aan EDF.²⁸

4.2 Beschikking van de Commissie

De Commissie kwalificeerde de onbeperkte overheidsgarantie als onverenigbare staatssteun die Frankrijk vóór 1 januari 2005 diende op te heffen. Omdat de Commissie deze maatregel als 'bestaande steun' kwalificeerde hoefde geen terugvordering plaats te vinden.²⁹

Daarnaast oordeelde de Commissie ten aanzien van de hervorming van het pensioenstelsel dat de Franse regering bevestigd heeft dat zij voornemens is dit stelsel om te vormen zodat de Commissie hierover in de beschikking geen oordeel hoefde te geven.

Vennootschapsbelasting

Het gaat hier om het voordeel dat voortvloeit uit de niet-betaling door EDF in 1997 van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van de onbelaste bestemmingsreserves voor de vervanging van het Franse hoogspanningsnet (RAG).

Na het in 1956 verkregen concessiecontract voor het RAG, heeft EDF in 1987 haar boekhoudkundige methode gewijzigd en de activa voor het RAG opgevoerd onder de post 'goederen in concessie'. Op dergelijke in concessie verstrekte goederen die aan de staat dienen te worden geretourneerd na de concessie, kunnen in Frankrijk speciale, gunstige boekhoudkundige belastingregels worden toegepast. Daarnaast heeft EDF reserves aangelegd voor de eventuele vervanging van het RAG, welke onder Franse wetgeving niet belast zijn (hierna: de reserves).³⁰

Bij wet van 10 november 1997 is vervolgens bepaald dat EDF als eigenaar van het RAG wordt beschouwd, met terugwerkende kracht vanaf het verkrijgen van de concessierechten in 1956. De reserves die tussen 1987 en 1997 zijn aangelegd zijn als gevolg van deze wet doelloos geworden. Deze onbelaste, ongebruikte reserves ter hoogte van 38,5 miljard FRF zijn in 1997 belast met vennootschapsbelasting ter hoogte van 41,66% (het in 1997 geldende percentage).³¹ Over het gedeelte van de reserves die betrekking hebben op de rechten van de concessiegever, ter hoogte van 14,119 miljard FRF, is geen belasting geheven; deze waarden zijn overeenkomstig de wet zonder fiscale gevolgen overgeboekt naar de post 'eigen vermogen' van EDF. Deze 'herwaarderingsreserves' hadden echter normaal gezien belast moeten worden. In een notitie van het Franse directoraat-generaal der Belastingen, waarover de Commissie beschikte, wordt dit erkend en wordt opgemerkt dat 'het aldus verkregen be-

lastingvoordeel [in 1997 door EDF] kan worden geraamd op 5,88 miljard FRF ($14,119 \times 41,66\%$)', wat neerkomt op 888,89 miljoen EUR.³²

Volgens de Commissie bestaat er geen enkele reden om niet dezelfde belasting, als geheven is over de ongebruikte reserves, ook te heffen over het andere gedeelte van de belastingvrije reserves.

De Commissie oordeelt in artikel 3 van de Beschikking dat de niet-betaling door EDF in 1997 van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van de onbelaste bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG, ter hoogte van 14,119 miljard FRF voor rechten van de concessiegever die zijn overgebracht naar kapitaalinjecties, staatssteun is die niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Het steunbestanddeel in verband met de niet-betaling van de vennootschapsbelasting bedraagt 888,89 miljoen EUR. Op grond van artikel 4 van de Beschikking dient Frankrijk alle nodige maatregelen te nemen om deze onwettig ter beschikking gestelde steun vermeerderd met rente onverwijld met inachtneming van de procedures van het nationale recht van EDF terug te vorderen. Artikel 5 van de Beschikking draagt aan Frankrijk op binnen twee maanden aan de Commissie mee te delen welke maatregelen zijn genomen om aan de beschikking te voldoen.

4.3 Overwegingen van het Gerecht

In beroep betwist EDF de conclusies en de Beschikking van de Commissie. EDF wordt hierin gesteund door Frankrijk. EDF voert vier gronden aan. We bespreken alleen de materiele grond die over het MEIP gaat.

MEIP

EDF voert aan dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat de niet-betaling van belasting over de onbelaste reserves staatssteun oplevert.

27. Beschikking, mrs. 3-5.

28. Beschikking van de Commissie van 16 december 2003 betreffende de door Frankrijk ten uitvoer gelegde staatssteun aan EDF en aan de elektriciteit- en Gassector, *PbEU* L 49 (2005), p. 9-29.

29. De Commissie oordeelde dat de onbeperkte overheidsgarantie als 'bestaande steun' kwalificeerde omdat deze steunregeling reeds gold voorafgaand aan de inwerkingtreding van het EG-Verdrag. In geval van 'bestaande steun' past de Commissie de procedure van artikel 108 lid 1 VWEU toe hetgeen belangrijke procedurele gevolgen heeft. In geval van 'bestaande steun' stelt de Commissie op grond van art. 108 lid 1 VWEU dienstige maatregelen voor die de lidstaat kan aanvaarden of weigeren. In geval van weigering kan de Commissie de dienstige maatregelen in een beschikking opleggen, maar zij kan (anders dan bij onrechtmatig verstrekte 'nieuwe steun') de lidstaat niet verplichten de reeds genoten steun bij de begunstigde onderneming terug te vorderen. De kwalificatie van een steunregeling als 'bestaande steun' bespaart de Commissie soms zeer complexe of zelfs onoplosbare terugvorderingsscenario's.

30. Beschikking, mnr. 24.

31. Beschikking, mrs. 25-30.

32. Beschikking, mnr. 89.

Het Gerecht begint met een uiteenzetting van de doelstelling van artikel 107 VWEU. Deze bepaling beoogt te voorkomen dat de handel tussen lidstaten wordt vervalst of dreigt te worden vervalst door begunstiging van bepaalde ondernemingen of industrieën, door tegemoetkomingen van overheidswege, in welke vorm dan ook. Het begrip 'steun' houdt dus naar vaste rechtspraak niet alleen positieve prestaties in, zoals subsidies, leningen of eigen vermogen van ondernemingen, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en die, zonder subsidies in de strikte zin van het woord, vergelijkbaar zijn in aard en hetzelfde effect hebben.³³

Het Gerecht wijst erop dat het Hof van Justitie in de rechtspraak een onderscheid maakt tussen de interventies van lidstaten met een economisch karakter en de tussenkomsten van lidstaten die moeten worden aangemerkt als handelingen van een publieke instantie. Het MEIP is enkel van toepassing in het eerste geval en niet indien de overheid intervenueert met het doel haar publieke verplichtingen na te komen, bijvoorbeeld indien de overheid een directe subsidie of belastingvrijstellingen verleent.³⁴

Om te bepalen of de maatregelen van de overheid genomen zijn als openbaar lichaam of als aandeelhouder en private marktpartij, is het belangrijk de maatregelen niet te beoordelen naar hun vorm, maar juist naar hun aard, doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, met inachtneming van de doelstelling van de maatregelen in kwestie.³⁵

In het geval van een vennootschap waarvan het kapitaal in handen is van de overheid is het daarom van belang te onderzoeken of onder soortgelijke omstandigheden een particuliere investeerder, die qua omvang kan worden vergeleken met die van de betrokken openbare lichamen, een kapitaalinjectie zou hebben verleend van dezelfde grootte, op basis van de potentiële winstgevendheid en het voorspelbaar verlies.³⁶

Dat een lidstaat hierbij kan beschikken over geheel andere en omvangrijkere middelen dan een private investeerder, met name inkomsten uit belastingen, sluit op zichzelf niet uit dat de handelingen van de overheid kunnen worden getoetst aan het MEIP. Als dit anders zou zijn, zou de toepassing van het MEIP op de gedragingen van een staat die als aandeelhouder opereert van weinig belang zijn, aangezien een staat - anders dan een private marktpartij - onvermijdelijk beschikt over financiële middelen verworven door de uitoefening van de openbare macht, in het bijzonder belastinginkomsten.³⁷

Ook het feit dat het overheidshandelen plaatsvindt middels wetgeving of op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden en instrumenten neemt niet weg dat de aard, het doel en de doelstellingen van de materiële consequenties van het overheidshandelen kunnen worden gekwalificeerd als economische handelingen die overeenkomen met die van een particuliere investeerder.³⁸

De centrale vraag die het Gerecht diende te beantwoorden was dan ook of een lidstaat, die zowel crediteur als enige aandeelhouder is van een staatsonderneming, rechtsgeldig de toepassing van het MEIP kan invoeren indien het een kapitaalinjectie verleent aan die onderneming middels het afschrijven van een vordering op die onderneming.³⁹

Het Gerecht oordeelt dat in het geval van een onderneming waarvan het kapitaal in handen is van de overheid en waarin de staat kapitaal investeert, het gedrag van de staat als

aandeelhouder kan worden beoordeeld met behulp van het MEIP, ongeacht de door de staat gekozen vorm voor de kapitaalinjectie. Het feit dat de kapitaalinjectie in EDF het gevolg is van de afschrijving van een fiscale schuld, is niet voldoende om de toepassing van het MEIP uit te sluiten. De Commissie had moeten nagaan of een particuliere investeerder een vergelijkbare investering in vergelijkbare omstandigheden zou hebben gemaakt, onafhankelijk van de vorm van interventie door de staat en het gebruik van de fiscale middelen.⁴⁰

Het Gerecht concludeert dan ook dat, doordat de Commissie geweigerd heeft de staatsmaatregelen te onderzoeken in de context van het MEIP, de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en in strijd heeft gehandeld met artikel 107 VWEU.⁴¹

Het Gerecht vernietigt de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking wegens strijd met artikel 107 VWEU.⁴²

4.4 Commentaar

Op grond van het MEIP is geen sprake van staatssteun indien de investering van de Staat 'onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden' plaatsvindt. In deze test schuilt volgens sommige critici een paradox aangezien de staat zich in een positie bevindt die in veel opzichten inherent onvergelijkbaar is met de positie van een particuliere investeerder. De staat verkrijgt inkomsten door het heffen van belastingen en beschikt daardoor meestal over veel omvangrijkere middelen dan een onderneming. Ook beschikt de staat over een solvabiliteitspositie die zodanig sterk dat, anders dan bij een particuliere onderneming, het risico op faillissement meestal nihil of zeer beperkt is. Hierdoor kan de staat over het algemeen sneller en goedkoper vreemd vermogen aantrekken dan om het even welke particuliere investeerder. Deze inherent onvergelijkbare positie is in eerdere rechtspraak van het Gerecht ook uitdrukkelijk erkend.⁴³

33. GEU 15 december 2009, *Électricité de France (EDF)* / Commissie, T-156/04, n.n.g., r.o. 221.

34. Idem, r.o. 222-225, 228.

35. Idem, r.o. 229.

36. Idem, r.o. 230.

37. Idem, r.o. 231-232.

38. Idem, r.o. 236-237.

39. Idem, r.o. 246.

40. Idem, r.o. 249, 250, 258.

41. Idem, r.o. 284.

42. Idem, r.o. 286.

43. Zie Gerecht van de Europese Unie 6 maart 2003, *Westdeutsche Landesbank* / Commissie, T-228/99, Jur. 2003, p. II-435, r.o. 272: 'De openbare investeerder bevindt zich echter niet in dezelfde situatie als een particuliere investeerder. Laatstbedoelde kan enkel op zijn eigen middelen rekenen om zijn investeringen te financieren en staat dus met zijn vermogen in voor de consequenties van zijn keuzen. De openbare investeerder daarentegen heeft toegang tot middelen die voortvloeien uit de uitoefening van overheidsgezag, met name tot middelen uit belastingen. Aangezien de situaties van deze twee typen investeerders niet gelijk zijn, wordt de openbare investeerder dus niet gediscrimineerd wanneer bij de beoordeling van zijn handelwijze rekening wordt gehouden met de handelwijze van een verstandige particuliere investeerder.'

Ook tijdens de financiële en economische crisis blijkt het verschil tussen de posities van de staat en die van particuliere investeerders duidelijk. Particuliere ondernemingen ondervinden tijdens de crisis veel grotere moeilijkheden bij het aantrekken van krediet terwijl overheidsorganen relatief eenvoudig en goedkoop krediet kunnen blijven aantrekken of zelf voldoende middelen in kas hebben om de gewenste investeringen te doen.

Dit roept de vraag op of het verstrekken van (vreemd of eigen) vermogen door de staat aan een onderneming tijdens de financiële crisis kan worden geacht te voldoen aan het MEIP indien vast staat dat geen enkele particuliere investeerder op dat moment tot een dergelijke handeling zou kunnen overgaan.

Het Gerecht oordeelt in het EDF arrest echter dat deze inherente verschillen niet aan een toepassing van het MEIP in de weg staan.

In het EDF arrest wordt aan het Gerecht de vraag voorgelegd of het feit dat de Franse staat een kapitaalinvestering bekostigt op een wijze die voor een particuliere investeerder onmogelijk is (namelijk door middel van een vrijstelling van vennootschapsbelasting) inhoudt dat niet aan het MEIP kan worden voldaan. Het Gerecht beantwoordt de vraag ontkenkend en kiest een praktische benadering.

In de eerste plaats stelt het dat bij de MEIP toets de overheidshandeling niet moet worden beoordeeld naar de vorm van de investering maar naar de aard, het doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, met inachtneming van de doelstelling van de maatregelen in kwestie. Het feit dat de staat beschikt over financiële middelen die voortkomen uit de uitoefening van haar publieke bevoegdheden, betekent niet dat het handelen van de staat niet met een particuliere investeerder kan worden vergeleken.⁴⁴

In de tweede plaats maakt het Gerecht duidelijk dat bij het MEIP de vraag moet worden beantwoord of, ondanks het feit dat de staat over middelen en instrumenten beschikt waarover een particuliere investeerder niet kan beschikken, die particuliere investeerder in vergelijkbare (bevoorrechte) omstandigheden als de staat een besluit zou nemen vergelijkbaar met het besluit van de staat.⁴⁵

Met andere woorden, hoe de staat aan zijn geld komt is niet relevant, de centrale vraag is op welke wijze de staat het geld besteedt en of een particuliere winstgedreven investeerder in de positie en met de voorrechten van de staat eveneens tot die handeling zou overgaan.

Deze conclusie is op zich niet nieuw. Ook in de Ryanair-zaak oordeelde het Gerecht dat het verlenen van een korting op luchthavenheffingen die worden vastgesteld op basis van regelgevende bevoegdheden, de toepassing van het MEIP niet uitsluit.

Hoewel deze uitkomst van de zaak EDF als positief kan worden beschouwd, is de motivering van het Gerecht op een aantal punten onbevredigend.

In de eerste plaats is verwarrend dat het Gerecht wijst op het onderscheid tussen staatshandelingen met een economisch karakter (waarop het MEIP van toepassing) en staatshandelingen met een publiek karakter (waarop het MEIP niet van toepassing is) zoals een belastingvrijstelling.⁴⁶ Uit het vervolg van het arrest blijkt dat dit onderscheid niet gemaakt kan worden op basis van de vorm of de juridische grondslag van het overheidshandelen, zodat ook een belastingvrijstelling als een overheidshandeling met een economisch karakter

kan gelden waarop het MEIP kan worden toegepast.

In de tweede plaats is verwarrend dat het Gerecht uitdrukkelijk stelt dat voor het vaststellen of het handelen van de staat moet worden getoetst aan het MEIP, gekeken moet worden naar de door de lidstaat nagestreefde doelstelling (in de EDF zaak de herkapitalisatie van EDF). Dit lijkt niet consistent met de vaste rechtspraak van het Hof dat de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten geen rol spelen bij de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU maar enkel in het kader van artikel 108 lid 3 VWEU.⁴⁷ Laatstgenoemd punt is ook een van de argumenten die de Commissie aanvoert in haar inmiddels ingesteld beroep tegen de uitspraak van het Gerecht. Hier past echter een onderscheid: voor de vraag of sprake is van bevoordeling door een overheidsmaatregel is de doelstelling van de maatregel niet relevant; er wordt enkel gekeken naar het effect. In het geval van EDF was in die zin stellig sprake van een voordeel van EDF. Voor het antwoord op de vraag of een voordeel resulteert in staatssteun moet in het kader van de toepassing van het MEIP wel worden gekeken naar de doelstelling (hier: kapitaalversterking van EDF) ongeacht de juridische grondslag van de maatregel. Als sprake is van markthandelen dat de voorwaarden van het MEIP vervult, is geen sprake van staatssteun. De Commissie blijft zich tegen deze interpretatie van het MEIP verzetten.⁴⁸ Volgens de Commissie heeft het Gerecht het MEIP onjuist toegepast, onder meer door het onderscheid van het handelen van de staat te maken op basis van de nagestreefde doelstelling en niet op grond van objectieve en controleerbare elementen. De Commissie vreest een lastige discussie met de lidstaten over subjectieve en voor interpretatie vatbare doelstellingen, te meer indien deze achteraf worden ingeroepen. Ook zou het Gerecht ten onrechte een vergelijking tussen het handelen van een bedachtzame particuliere investeerder en de Franse staat '*met haar voorrechten van openbare macht*' hebben nagelaten.⁴⁹

5. Tot slot

Een van de hoofdregels in het staatssteunrecht is dat de gevolgen van de overheidsmaatregel doorslaggevend zijn ongeacht de vorm. Bij de toepassing van het MEIP geldt dat evenzeer. In het arrest EDF bevestigt het Gerecht deze brede en functionele interpretatie van het MEIP, maar geeft hij lidstaten toch de nodige bewegingsvrijheid. De staat en decentrale overheidsorganen kunnen handelingen die in isolatie beschouwt als staatssteun kwalificeren (zoals een belastingvrijstelling) rechtvaardigen door te wijzen op de doelstel-

44. Idem, r.o. 232.

45. Idem, r.o. 261.

46. Idem r.o. 223 en 225-226.

47. Hof van Justitie van de Europese Unie, 2 juli 1974, Italië / Commissie, 173/73, *Jur.* 1974, p. 709.

48. De Commissie heeft hoger beroep ingesteld (zaak C-124/10 P), *Pb.* C 161 (2010) p. 16.

49. Andere argumenten betreffen de gelijke behandeling van overheid- en particuliere ondernemingen, de bewijslast en de feiten die in aanmerking zijn genomen door het Gerecht. Ook klaagt de Commissie dat de beschikking niet de herkapitalisatie, maar de fiscale gevolgen als staatssteun aanmerkte.

ling (zoals een kapitaaluitgifte) waardoor de maatregel op basis van het MEIP als marktconform en niet langer als een voordeel of staatsteun kwalificeert en daarmee aan het verbod van artikel 107 lid 1 VWEU ontsnapt. Zo kan het licht in Frankrijk toch aanblijven.