

Annotatie

Arrest van het Hof (Grote kamer) van 5 juni 2012, *Europese Commissie tegen Électricité de France (EDF)*, zaak C-124/10 P

mr. G. van der Wal en mr. M.C. van Heezik*

Inleiding

Met zijn arrest van 5 juni 2012 in de zaak *Électricité de France (EDF)* heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie EU een principiële uitspraak gedaan over het toepassingsbereik van het staatssteunrechtelijke beginsel van de particulier investeerder in een markteconomie (ook wel MEIP of *market economy investor principle*, afgekort als MEIP). De voorliggende vraag was of het MEIP tevens kan worden toegepast in een geval waarin de staat zijn overheidsprerogatieven, in dit geval het toekennen van een belastingvrijstelling, heeft aangewend. De Franse regering had aangevoerd dat zij met het toekennen van de vrijstelling van de vennootschapsbelasting had gehandeld in haar hoedanigheid als aandeelhouder van EDF en hiermee had beoogd een kapitaalinjectie in EDF te realiseren.

De Commissie was van mening dat het MEIP in een dergelijke situatie niet kan worden toegepast omdat het beginsel van gelijke behandeling van overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen dat aan de artikelen 106 en 345 VWEU ten grondslag ligt, zich daartegen verzet. De situatie waarin overheidsprerogatieven worden uitgeoefend is volgens de Commissie per definitie niet vergelijkbaar met de situatie waarin een particuliere investeerder zich bevindt.¹

Het Gerecht heeft in het arrest van 15 december 2009 in essentie geoordeeld dat de Commissie ten onrechte de toepassing van het MEIP heeft afgewezen, aangezien de maatregel niet (alleen) naar de vorm moet worden beoordeeld, maar naar de aard, het voorwerp en de doelstellingen ervan.

Volgens het Gerecht dienen alle aspecten van de maatregelen in hun totaliteit alsmede de context waarin de maatregelen zijn genomen in aanmerking te worden genomen.² Het Hof heeft dit oordeel

* Gerard van der Wal en Greetje van Heezik zijn als advocaten werkzaam bij Houthoff Buruma Brussel.

¹ Beschikking van 16 december 2003 betreffende de aan EDF en de elektriciteits- en gasindustrie verleende staatssteun (C 68/2002, N 504/2003 en C 25/2003).

² Zie ook mr. G. van der Wal en mr. T. Boesman, *Het Market Economy Investor Principle: niet het middel maar het doel*, Tijdschrift voor Staatssteun, nr. 1 november 2010, blz. 15-21.

van het Gerecht met zijn arrest 5 juni 2012 bevestigd, ondanks het tegenovergestelde standpunt van advocaat-generaal Mazák.³

Arrest Hof

Feiten

Aan het arrest van het Hof liggen de volgende feiten ten grondslag. Volgens de algemene boekhoudkundige regels voor concessies was EDF verplicht voor de genationaliseerde elektriciteitsconcessies vanaf 1987 specifieke reserves aan te leggen voor de in concessie gegeven vaste activa (het hoogspanningsnet, het zogenaamde *Réseau d'alimentation générale* (RAG)), zodat deze bij het verstrijken van de concessie in perfecte staat aan de concessiegever konden worden teruggegeven. De reserves alsmede de door EDF gedane uitgaven voor vervanging van de activa zijn beiden opgenomen in balansposten (rechten van de concessiegever) waarover EDF geen vermogensbelasting verschuldigd was.

De Franse Staat heeft de boekhouding van EDF genormaliseerd, nadat het Franse Cour des comptes (rekenkamer) had geoordeeld dat de gehanteerde vermogensstatus van het RAG onregelmatig was. De in concessie gegeven RAG-rechten moesten vanwege de dubbelrol van de Franse Staat – enerzijds als concessieverlenende overheid en anderzijds als eigenaar – nagenoeg worden beschouwd als eigen vermogen van EDF. De doorgevoerde normalisatie bestond in de eerste plaats uit het opnemen van het RAG als eigen vermogen in plaats van geconcessioneerde goederen. In de tweede plaats werden de niet gebruikte reserves voor de vernieuwing van het RAG opgevoerd als niet uitgekeerde winst hetgeen tot een belastbare opbrengst leidde. In de derde plaats werden de rechten van de concessiegever buiten de resultatenrekening om rechtstreeks geboekt onder de post kapitaal injecties (14,119 miljard FRF) en werd het saldo verdeeld over de verschillende herwaarderingsposten.

De Commissie heeft deze constructie gekwalificeerd als staatssteun in de vorm van een vrijstelling van de door EDF verschuldigde vennootschapsbelasting. Tegen de Commissiebeschikking heeft EDF met succes beroep aangetekend. Het Gerecht heeft de Commissiebeschikking gedeeltelijk nietig verklaard, omdat de Commissie ten onrechte de toepasselijkheid van het MEIP a priori heeft afgewezen omdat de Franse Staat met fiscale middelen een voordeel aan EDF heeft toegekend. Tegen het arrest van het Gerecht heeft de Commissie de hogere voorziening ingesteld.

Hogere voorziening

³ Conclusie advocaat-generaal J. Mazák 20 oktober 2011, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF) e.a.*

Ter onderbouwing van de hogere voorziening heeft de Commissie twee middelen aangevoerd. Met het eerste middel heeft de Commissie betoogd dat het Gerecht de bewijselementen onjuist heeft opgevat door te oordelen dat de Franse Staat een belastingvordering heeft omgezet in kapitaal. Volgens de Commissie bestond de maatregel uit een vrijstelling van de vennootschapsbelasting waarop het MEIP niet van toepassing is, omdat de Franse Staat handelde ter uitoefening van typische overheidsprerogatieven. Met het tweede middel heeft de Commissie aangevoerd dat het Gerecht een onjuiste uitlegging heeft gegeven van de werkingssfeer en de inhoud van het MEIP. Het tweede middel bestaat uit vier onderdelen.

Het eerste onderdeel van het tweede middel betreft de klacht dat het Gerecht bij de toetsing aan artikel 107 lid 1 VWEU ten onrechte rekening heeft gehouden met de door de Franse Staat nagestreefde doelstellingen. Het tweede onderdeel stelt dat het Gerecht geen poging heeft gedaan om vast te stellen of het gedrag van de Franse Staat vergelijkbaar is met het gedrag van een particuliere investeerder. Daarnaast heeft het Gerecht geen referentie-investeerder gedefinieerd waarmee de Franse Staat kan worden vergeleken. Het derde onderdeel betreft de klacht dat het Gerecht het beginsel van gelijke behandeling dat aan het MEIP ten grondslag ligt, heeft geschonden door uitsluitend aan de winstgevendheid toetsen en uit te gaan van de mogelijkheid voor de Staat om gebruik te maken van de openbare macht. Het vierde onderdeel stelt dat het Gerecht de regels van de bewijslastverdeling heeft geschonden, omdat het aan de lidstaat staat om – indien is voldaan aan alle andere staatssteunvoorwaarden – te bewijzen dat is voldaan aan de voorwaarden van de uitzondering van het MEIP.

Beoordeling door het Hof

Het Hof behandelt de verschillende onderdelen van het tweede middel tezamen en begint zijn beoordeling met een verwijzing naar de vaste rechtspraak op grond waarvan de door een Staat nagestreefde doelstellingen niet uitsluiten dat een met staatsmiddelen gefinancierde maatregel die een onderneming begunstigt, kwalificeert als steun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.⁴ Deze bepaling verplicht immers tot een objectieve beoordeling van de gevolgen van de maatregel. Voorts verwijst het Hof naar de vaste rechtspraak op grond waarvan niet voldaan is aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU indien uit de toetsing van de maatregel aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder blijkt dat de begunstigde overheidsonderneming dezelfde voordelen had kunnen genieten onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden.⁵

⁴ HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF)*, n.n.g., r.o. 76 en 77.

⁵ Idem, r.o. 78.

Ten aanzien van de toetsing van de maatregel van de Staat aan het MEIP wijst het Hof op de rechtspraak waaruit volgt dat alleen rekening dient te worden gehouden met de voordelen en de verplichtingen die de Staat heeft in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, en niet met de voordelen die voortvloeien uit zijn hoedanigheid als overheid. Daarbij dient de toetsing aan het MEIP uit te gaan van een particuliere investeerder, die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de Staat benadert.⁶ Daaruit volgt volgens het Hof dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de rol van de Staat als aandeelhouder van een onderneming en de rol van de Staat die als overheid handelt. De toepasselijkheid van het MEIP hangt dientengevolge af of het economische voordeel aan een onderneming is toegekend door de lidstaat in zijn hoedanigheid als aandeelhouder dan wel als overheid.⁷

Een lidstaat die zich op het MEIP beroept, dient – bij twijfel – ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aan te tonen dat hij in zijn hoedanigheid van aandeelhouder heeft gehandeld en heeft beoogd te investeren in een door hem gecontroleerd overheidsbedrijf.⁸ Het kan daartoe noodzakelijk zijn dat de lidstaat aantoont dat de investeringsbeslissing is genomen op grond van economische ramingen waaruit de toekomstige winstperspectieven blijken en die vergelijkbaar zijn met de gegevens waarop een rationele particuliere investeerder die zich in een zoveel mogelijk vergelijkbare situatie bevindt, zijn investeringsbeslissing zou hebben gebaseerd.

Het Hof benadrukt echter dat een lidstaat niet achteraf bepaalde maatregelen kan rechtvaardigen met de stelling dat hij in zijn hoedanigheid als aandeelhouder heeft gehandeld door achteraf opgestelde gegevens of economische ramingen te presenteren waaruit blijkt dat de investering daadwerkelijk winstgevend is geweest. Gegevens of evoluties die niet beschikbaar of voorzienbaar waren op het tijdstip waarop de investeringsbeslissing is genomen, zijn niet relevant voor de toetsing aan het MEIP⁹

Het Hof gaat vervolgens in op de wijze waarop de Commissie de door de lidstaat (vooraf opgestelde) overgelegde gegevens ter rechtvaardiging dient te beoordelen. Volgens het Hof *"staat het aan de Commissie om een globale beoordeling te verrichten rekening houdend niet alleen met de door deze lidstaat verstrekte gegevens maar ook met alle andere relevante gegevens van de zaak op basis waarvan kan worden uitgemaakt of de lidstaat de betrokken maatregel heeft genomen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid."*¹⁰ In dit verband kunnen de door het Gerecht

⁶ Idem, r.o. 79.

⁷ Idem, r.o. 81.

⁸ Idem, r.o. 82 en 83.

⁹ Idem, r.o. 85, 104 en 105.

¹⁰ Idem, r.o. 86.

genoemde aspecten van belang zijn¹¹, zoals de aard en het voorwerp van de maatregel, de context waarin deze is genomen alsmede de daarmee nagestreefde doelstelling en de regels waaraan deze maatregel is onderworpen.¹² Hoewel artikel 107 lid 1 VWEU een beoordeling op basis van objectieve gegevens vereist, heeft het Gerecht volgens het Hof in het kader van deze globale beoordeling terecht rekening worden gehouden met de door de lidstaat nagestreefde doelstelling teneinde te bepalen of de Staat heeft gehandeld in zijn hoedanigheid als aandeelhouder en of het MEIP van toepassing is.

Met betrekking tot het fiscale karakter van de maatregel merkt het Hof op dat daaruit niet kan worden afgeleid dat aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan, te meer daar de vorm van de maatregel irrelevant is voor deze voorwaarden. Toepassing van het MEIP strekt er juist toe om uit te maken of sprake is van de toekenning van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel, ongeacht de vorm, dat de mededinging kan of dreigt te vervalsen en dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Of sprake is van een voordeel hangt volgens het Hof af van het bedrag dat het overheidsbedrijf uiteindelijk verkrijgt.

Het Gerecht heeft derhalve naar de mening van het Hof terecht de vraag naar de toepasselijkheid van het MEIP toegespitst op de verbetering van de financiële situatie van EDF met het oog op de liberalisering van de elektriciteitsmarkt en op de gevolgen van de kapitaalinjectie voor de mededinging, in plaats van op het fiscale karakter van de aangewende middelen. Het MEIP dient te worden toegepast wanneer na de vereiste globale beoordeling blijkt dat de lidstaat ondanks het gebruik van fiscale middelen die een uitoefening van zijn overheidsbevoegdheden vormt, het voordeel heeft toegekend in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.¹³

Ten aanzien van het argument dat de toepassing van het MEIP in deze situatie niet mogelijk is omdat een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden niet eenzelfde investering had kunnen doen omdat hij eerst de belasting had moeten betalen terwijl de Franse Staat, als belastingautoriteit, nog over dit bedrag kon beschikken, merkt het Hof op dat de met EDF te vergelijken particuliere onderneming en niet haar aandeelhouder deze belasting had moeten betalen. Het verschil in het in te brengen bedrag kan derhalve geen reden zijn om af te zien van de toepassing van het MEIP op het handelen van de Franse Staat. De toepassing hiervan dient juist

¹¹ Gerecht 15 december 2009, zaak T-156/04, *Électricité de France (EDF)/Europese Commissie*, Jur. 2009, blz. II-4503, r.o. 228.

¹² HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF)*, n.n.g., r.o. 86.

¹³ Idem, r.o. 91 en 92.

inzichtelijk te maken of sprake is van een kostenverschil en indien dat het geval is, of niettemin aan de voorwaarden van het MEIP is voldaan.¹⁴

Het Hof concludeert derhalve dat het Gerecht juist heeft geoordeeld dat de Commissie het MEIP niet a priori buiten toepassing had mogen laten vanwege het enkele feit dat de kapitaalinjectie met fiscale middelen was gerealiseerd. Het Hof benadrukt echter dat het Gerecht daarmee niet vooruit is gelopen op de toepasselijkheid van het MEIP in casu en evenmin heeft het Gerecht geoordeeld dat lidstaten bij de toepassing van het MEIP rekening mogen houden met de voordelen en verplichtingen die voortvloeien uit hun hoedanigheid van overheid of met subjectieve elementen die manipulatie in de hand werken.¹⁵

Ten aanzien van het door de Commissie aangevoerde argument dat het noodzakelijk was een referentie-investeerder te definiëren, verwijst het Hof naar het *Chronopost*-arrest¹⁶, waaruit volgt dat in een situatie waarin het absoluut onmogelijk is om de situatie van een overheidsbedrijf te vergelijken met de situatie van een particuliere onderneming die niet in een gereserveerde sector werkzaam is, voor een dergelijke vergelijking een beoordeling noodzakelijk is op basis van beschikbare objectieve en controleerbare gegevens.¹⁷ Hoewel niet is gesteld dat het onmogelijk is de situatie van EDF te vergelijken met die van een particuliere onderneming die actief is in dezelfde sector als EDF, kan een dergelijke onmogelijkheid geen reden zijn het MEIP bij voorbaat buiten toepassing te laten.

Voorts merkt het Hof ten aanzien van de bewijslastverdeling op dat de toepasselijkheid van het MEIP geen uitzondering is die uitsluitend op verzoek van de lidstaat geldt, maar dat de Commissie zelfstandig dient te onderzoeken of het MEIP van toepassing is, de Commissie dient immers na te gaan of is voldaan aan de vier staatssteunvoorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU. Indien het MEIP van toepassing kan zijn, is het aan de Commissie de betrokken lidstaat te vragen naar alle relevante informatie op basis waarvan de toetsing aan het MEIP kan plaatsvinden. De Commissie mag de overgelegde bewijsstukken slechts weigeren indien deze dateren van na het tijdstip waarop de beslissing om de betrokken investering te doen, is genomen.

Ten aanzien van het eerste middel dat het Gerecht de bewijselementen onjuist heeft opgevat, verwijst het Hof naar zijn uiteenzetting ten aanzien van het tweede middel, waaruit volgt dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de Commissie niet enkel vanwege het fiscale karakter van de

¹⁴ Idem, r.o. 95 en 96.

¹⁵ Idem, r.o. 98 -100.

¹⁶ HvJ 3 juli 2003, gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/03 P en C-94/01 P, *Chronopost e.a./Ufex e.a.*, Jur. 2003, blz. I-6993, punt 38.

¹⁷ HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF)*, n.n.g., r.o. 101 en 102.

aangewende middelen de toepasselijkheid van het MEIP had mogen afwijzen. De door een lidstaat gekozen handelswijze is immers niet van belang voor de vraag naar de toepasselijkheid van het MEIP.

Commentaar

Continuering vaste MEIP-rechtspraak of keuze tussen twee benaderingen?

Met dit arrest heeft van de Grote Kamer van het Hof een principiële beslissing genomen over de toepasselijkheid van het MEIP op belastingmaatregelen ten aanzien van overheidsondernemingen. Hoewel het Hof van mening is dat niet wordt afgeweken van de vaste rechtspraak met betrekking tot het MEIP, kan op zijn minst worden gesteld dat het Hof met het onderhavige arrest deze vaste rechtspraak preciseert. Deze precisering betreft het feit dat met de vaste rechtspraak niet is beoogd bepaalde categorieën van overheidshandelen a priori uit te sluiten van de toepassing van het MEIP. Onder verwijzing naar de vaste rechtspraak bepaalt het Hof dat de beoordeling of sprake is van een voordeel dat de begunstigde overheidsonderneming had kunnen genieten onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, in beginsel aan de hand van het MEIP dient te geschieden.¹⁸

De Commissie heeft in haar beschikkingenpraktijk de rechtspraak van het Hof en het Gerecht echter zodanig uitgelegd dat het MEIP niet kan worden toegepast indien een Staat gebruik heeft gemaakt van zijn van zijn overheidsprerogatieven. De toepassing van het MEIP in dergelijke situaties zou volgens de Commissie leiden tot een ongelijke behandeling van private ondernemingen ten opzichte van publieke ondernemingen.¹⁹ In het geval van EDF was volgens de Commissie geen sprake van een omzetting van een belastingschuld in kapitaal, maar had de Franse regering eenvoudigweg steun verleend aan EDF in de vorm van een vrijstelling van vennootschapsbelasting. Ook advocaat-generaal Mazák is deze mening toegedaan.²⁰

Tussen de interpretatie van de vaste rechtspraak door het Hof en de interpretatie door de Commissie bestaat derhalve een wezenlijk verschil. De interpretatie van het Hof heeft tot gevolg dat bepaalde maatregelen niet per definitie zijn uitgesloten van de toepassing van het MEIP, maar dat juist door toepassing van het MEIP kan worden vastgesteld welke kosten kunnen worden vergeleken met die van een particulier investeerder.²¹ In deze interpretatie doet de wijze waarop de investering wordt

¹⁸ Idem, r.o. 78.

¹⁹ Gerecht 15 december 2009, zaak T-156/04, *Électricité de France (EDF)/Europese Commissie*, reeds aangehaald in voetnoot 11, r.o. 208.

²⁰ Conclusie advocaat-generaal J. Mazák 20 oktober 2011, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF) e.a.*, punten 22-45.

²¹ Zie ook Martin Köhler, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test. The EDF-judgment of the General Court and its Consequences*, EStL 1/2011, blz. 21-33. Zie HvJ 14 september 1994,

gefinancierd niet ter zake, maar vormt het effect van de maatregel voorwerp van het onderzoek. De door de overheid gemaakte kosten die niet kunnen worden vergeleken met de kosten van een particulier investeerder, dienen buiten beschouwing te blijven bij de beoordeling of sprake is van een marktconforme maatregel. Daarentegen bestaat in de benadering die de Commissie in het geheel geen ruimte om het voordeel dat met behulp van de uitoefening van typische overheidsprerogatieven is toegekend, geheel of gedeeltelijk aan te merken als een marktconforme investering. De Commissie kwalificeerde de herkapitalisatie van EDF als zodanig niet als een steunmaatregel, maar was van mening dat de fiscale wijze waarop deze herkapitalisatie is gerealiseerd wel een steunmaatregel vormde.²²

De toepassing van het MEIP volgens de interpretatie van het Hof kan weliswaar in een concreet geval tot de conclusie leiden dat bepaalde kosten voor een investering niet in aanmerking kunnen worden genomen, omdat een particulier investeerder deze kosten niet gemaakt zou hebben. Deze interpretatie sluit echter niet de volledige kosten uit van de toepassing van het MEIP maar alleen die kosten die het kostenniveau van een particulier investeerder overstijgen. De overige met de investering gemaakte kosten kunnen derhalve nog steeds als marktconform worden aangemerkt. Hierdoor blijft het steunbedrag lager dan volgens de interpretatie van de Commissie het geval zou zijn. In die benadering kwalificeren immers de volledige kosten als steun.

Uit het feit dat de Commissie de vaste rechtspraak anders heeft uitgelegd, zou kunnen volgen dat de vaste rechtspraak omtrent het MEIP niet glashelder was en ruimte bood voor tweeërlei uitleg. De oorzaak kan zijn gelegen in het feit dat in de vaste rechtspraak herhaaldelijk de nadruk wordt gelegd op het onderscheid tussen enerzijds de uitoefening van economische activiteiten en anderzijds de uitoefening van overheidsprerogatieven.²³ Toch kan niet worden gesteld dat de elementen voor de door het Hof gekozen interpretatie niet reeds aanwezig waren in de bestaande rechtspraak met betrekking tot het MEIP, waaronder ook het *Ryanair*-arrest. Wel is duidelijk dat deze rechtspraak tevens aanknopingspunten bevat voor de door de Commissie gekozen interpretatie.

gevoegde zaken C-278/92–C-280/92, *Spanje/Commissie*, Jur. 1994 blz. I-4103; HvJ 28 januari 2003, zaak C-334/99, *Duitsland/Commissie*, Jur. 2003 blz. I-1139, punten 134-141, punten 20-26; arrest Gerecht 8 juli 2004, zaak T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie*, Jur. 2004 blz. II-2717, punten 108-116.

²² Gerecht 15 december 2009, zaak T-156/04, *Électricité de France (EDF)/Europese Commissie*, reeds aangehaald in voetnoot 11, r.o. 241.

²³ Zie o.a. HvJ 28 januari 2003, zaak C-334/99, *Duitsland/Commissie*, Jur. 2003, blz. I-1139; HvJ 16 mei 2002, zaak C-482/99, *Frankrijk/Commissie*, Jur. 2002, blz. I-4397; HvJ 29 juni 1999, zaak C-256/97, *DM Transport*, Jur. 1999, blz. I-3913; Gerecht 6 maart 2003, gevoegde zaken T-228/99 en T-233/99, *Westdeutsche Landesbank*, Jur. 2003, blz. II-435.

In het *Ryanair*-arrest heeft het Gerecht het onderscheid tussen de verschillende vormen van uitoefening van overheidsbevoegdheden in strikte zin, geïntroduceerd.²⁴ Het Gerecht overwoog in dit arrest het volgende:

*"Het gedrag van de staat dient weliswaar aan het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie te worden getoetst wanneer hij handelt als een onderneming die optreedt als een particuliere investeerder, maar de toepassing van dit beginsel moet worden uitgesloten indien de staat handelt als overheid. In dit laatste geval kan het gedrag van de staat immers nooit worden vergeleken met dat van een particuliere onderneming of investeerder in een markteconomie."*²⁵

Uit deze passage kan enerzijds worden afgeleid dat een onderscheid dient te worden gemaakt op basis van de intentie die aan het overheidshandelen ten grondslag ligt. Anderzijds zou tevens in deze passage kunnen worden gelezen dat de aard van het overheidshandelen doorslaggevend is voor de vraag of het handelen is uitgesloten van de toepassing van het MEIP. Deze laatste interpretatie wordt nog verder versterkt door de specifieke overwegingen in het *Ryanair*-arrest.

Hoewel er overeenkomsten bestaan tussen de situatie in *Ryanair* en *EDF* – net als in het *Ryanair*-arrest is het voordeel voor EDF het gevolg van een typische overheidsmaatregel – bestaat er een wezenlijk verschil in de aard van de uitgeoefende activiteiten. In *Ryanair* oordeelde het Gerecht dat het handelen van het Waals Gewest van economische aard was, omdat de vaststelling van het bedrag van de landingsheffingen en de verlening van de daaraan verbonden schadeloosstellingsgarantie rechtstreeks verband houden met het beheer van de luchthaveninfrastructuur, dat een economische activiteit is.²⁶ In het geval van EDF ging het echter niet om een economische activiteit, maar om de uitoefening van een duidelijk overheidsprerogatief, te weten het toekennen van een belastingvrijstelling.

Ten aanzien van belastingmaatregelen zou uit het *Ryanair*-arrest kunnen worden afgeleid dat het MEIP daar juist niet op van toepassing is. Het Gerecht maakt in zijn arrest immers expliciet melding van het feit dat de Commissie in haar beschikking zelf heeft geconcludeerd dat de landingsrechten eerder als heffingen dan als belastingen dienen te worden beschouwd.²⁷

Voorts legt het Gerecht in *Ryanair* veel nadruk op het economische karakter van het overheidshandelen:

²⁴ Gerecht 17 december 2008, zaak T-196/04, *Ryanair*, 2008 Jur. II-3643, r.o. 84 en 85.

²⁵ Idem, r.o. 85.

²⁶ Idem, r.o. 88.

²⁷ Idem, r.o. 90.

*"de terbeschikkingstelling door een openbare instantie van luchthaveninstallaties aan luchtvaartmaatschappijen en het beheer ervan tegen betaling van een heffing waarvan de hoogte vrij door deze instantie wordt vastgesteld, [kunnen] worden gekwalificeerd als activiteiten van economische aard, aangezien deze activiteiten weliswaar in de publieke sector worden uitgeoefend, maar daarom nog niet worden verricht in het kader van de uitoefening van overheidsbevoegdheden. Deze activiteiten houden immers niet wegens hun aard en hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, verband met de uitoefening van typische overheidsbevoegdheden."*²⁸

In het geval van *EDF* bestond echter geen dergelijk rechtstreeks verband tussen het overheidshandelen en de economische activiteiten, maar was sprake van de uitoefening van typische overheidsbevoegdheden door de Franse Staat. Waar het Gerecht in *Ryanair* oordeelde dat de enkele omstandigheid dat het Waals Gewest beschikt over regelgevende bevoegdheden tot vaststelling van luchthavenheffingen, niet uitsluit dat een systeem van kortingen op deze heffingen door een particuliere onderneming kan worden ingevoerd²⁹, is de herkapitalisering van EDF gerealiseerd door middel van een belastingvrijstelling die niet ter beschikking staat van een particuliere investeerder.

Het voorgaande toont aan dat de vaste rechtspraak omtrent de toepassing van het MEIP voor beide interpretaties aanknopingspunten biedt en dat het Hof in de *EDF*-zaak voor een tweesprong heeft gestaan en een principiële keuze heeft gemaakt de weg van de economische benadering in te slaan. Deze keuze is onzes inziens de meest logische, maar dat neemt niet weg dat de ingeslagen route enkele vragen oproept. In de eerste plaats rijst de vraag op welke wijze de hoedanigheid van het overheidshandelen dient te worden beoordeeld, gelet op de subjectiviteit van dit aspect en de noodzaak om staatssteunmaatregelen uitsluitend op basis van objectieve elementen te beoordelen. In de tweede plaats rijst de vraag of de gekozen benadering niet in strijd komt met het gelijkheidsbeginsel waaruit de toepassing van het MEIP op overheidsondernemingen juist voortvloeit.

Beoordeling hoedanigheid overheidshandelen

Volgens de interpretatie van het Hof is de toepasselijkheid van het MEIP afhankelijk van de hoedanigheid waarin de staat heeft gehandeld bij het toekennen van het voordeel:

²⁸ Idem, r.o. 91.

²⁹ Idem, r.o. 101.

*"Bijgevolg hangt toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder uiteindelijk ervan af of de betrokken lidstaat een hem toebehorende onderneming een economisch voordeel toekent in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid."*³⁰

Volgens het Hof ligt de bewijslast van de hoedanigheid waarin de staat heeft gehandeld op de lidstaat die zich op het MEIP beroept. Anderzijds oordeelt het Hof dat op de Commissie de verplichting rust een globale beoordeling te verrichten naar de hoedanigheid waarin de staat heeft gehandeld. In het kader van deze beoordeling dient de Commissie naast de aard en het voorwerp van de maatregel tevens de nagestreefde doelstelling en de context waarin de maatregel is genomen alsmede de regels waaraan de maatregel is onderworpen, mee te wegen.³¹

De vraag rijst op welke wijze deze door het Hof voorgeschreven globale beoordeling om te bepalen in welke hoedanigheid de lidstaat heeft gehandeld, moet worden verenigd met de vaste rechtspraak waaruit volgt dat artikel 107 lid 1 VWEU geen onderscheid maakt op grond van de redenen of doeleinden van maatregelen van de staten, maar deze aan de hand van de gevolgen ervan definieert.³² Volgens de Commissie en de advocaat-generaal wordt met de beoordeling van de hoedanigheid waarin de staat heeft gehandeld en de doelstelling die hij met het handelen heeft beoogd, een potentieel subjectief element geïntroduceerd bij de beoordeling of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU. De lijn die het Hof volgt komt er immers op neer dat de toepasselijkheid van het MEIP wordt bepaald door het feit dat de staat een economisch voordeel heeft toegekend in de hoedanigheid van aandeelhouder en niet als overheid. Volgens het Hof betekent dit echter niet dat bij de toepassing van het MEIP rekening mag worden gehouden met de *"voordelen en verplichtingen die voortvloeien uit hun hoedanigheid van overheid of met subjectieve elementen die manipulatie in de hand werken."*³³

Wij leiden hieruit af dat het Hof een fasering aanbrengt in enerzijds het onderzoek naar de hoedanigheid waarin de staat heeft gehandeld en anderzijds het onderzoek of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU waarbij aan de hand van het MEIP wordt bepaald of sprake is van een niet-marktconform voordeel. Deze redenering van het Hof roept de volgende vragen op die in het navolgende worden behandeld.

Indien uit het eerste onderzoek blijkt dat de Staat heeft gehandeld in de hoedanigheid van aandeelhouder, is de vorm van het handelen waarmee het economische voordeel wordt toegekend, niet meer relevant voor de vraag of aan het MEIP kan worden getoetst. De beoordeling of sprake is

³⁰ HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF)*, n.n.g., r.o. 81.

³¹ Idem, r.o. 86.

³² Idem, r.o. 77 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

³³ Idem, r.o. 100.

van staatssteun vindt plaats aan de hand van het economische resultaat, dat wil zeggen het voordeel dat het overheidsbedrijf uiteindelijk heeft verkregen.

Voor de concrete toetsing aan van de hoedanigheid waarin de staat heeft gehandeld heeft het Hof de handvatten gegeven bij de behandeling van het tweede middel. In dat kader merkt het Hof op dat de maatregel moet worden beoordeeld aan de hand van de objectieve gegevens die op het moment dat de investeringsbeslissing werd genomen, beschikbaar waren. In het kader van deze toetsing dient het verwijt van de Commissie en de advocaat-generaal te worden beoordeeld dat de Franse Staat geen bewijzen heeft aangedragen waaruit blijkt dat de Franse Staat met het bewerkstelligen van de belastingvrijstelling uitvoering heeft gegeven aan haar intentie tot herkapitalisatie van EDF. Het enkele feit dat geen bewijsgegevens zijn overlegd waaruit deze intentie blijkt, hoeft nog niet tot de conclusie te leiden dat sprake is van staatssteun in de vorm van een belastingvrijstelling. Naast de beoordeling van de overgelegde gegevens dient de Commissie een globale beoordeling te verrichten waarbij zij naast de door deze lidstaat verstrekte gegevens rekening dient te houden *"met alle andere relevante gegevens van de zaak op basis waarvan kan worden uitgemaakt of de lidstaat de betrokken maatregel heeft genomen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid."*³⁴

Voorbeelden van andere relevante aspecten zijn de aard en het voorwerp van de maatregel, de context waarin deze is genomen alsmede de daarmee nagestreefde doelstelling en de regels waaraan deze maatregel is onderworpen. In ieder geval kunnen economische ramingen die achteraf zijn opgesteld geen bewijs vormen dat de lidstaat in zijn hoedanigheid van aandeelhouder heeft gehandeld, ook al wordt hiermee de economische rationaliteit van de beslissing aangetoond.³⁵

Het feit dat sprake is van twee verschillende opeenvolgende handelingen vormt, anders dan de advocaat-generaal in zijn conclusie³⁶ heeft gesteld, derhalve geen bezwaar. Wel moet uit het dossier blijken dat er een samenhang bestaat tussen deze handelingen en dat daarmee een economisch doel is beoogd.³⁷

Het onderscheid tussen de rol van de Staat als aandeelhouder van een onderneming en de rol van de Staat als overheid kan derhalve niet worden gemaakt op basis van het karakter van de handelingen. Dit door de Commissie en de advocaat-generaal bepleite onderscheid resulteert in een categorie van handelingen waarop het MEIP kan worden toegepast en een categorie van handelingen waarop het MEIP a priori niet van toepassing kan zijn. De vraag naar de hoedanigheid waarin de staat heeft

³⁴ Idem, r.o. 86.

³⁵ Idem, r.o. 85.

³⁶ Conclusie advocaat-generaal J. Mazák 20 oktober 2011, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF) e.a.*, punt 22.

³⁷ Vergelijk ook Gerecht 13 december 2011, zaak T-244/08, *Konsum Nord ekonomisk förening/Commissie*, n.n.g.

gehandeld en de vraag of het MEIP daarop van toepassing kan worden verklaard, kan pas worden beantwoord na een beoordeling van de aard, de beoogde doelstellingen van de handeling in de context. Anders dan de advocaat-generaal in zijn conclusie stelt, is deze benadering niet tegenstrijdig met de vaste rechtspraak waaruit volgt dat artikel 107 lid 1 VWEU geen onderscheid maakt op grond van de redenen of doeleinden van maatregelen van de staten, maar deze aan de hand van de gevolgen ervan definieert.³⁸ Het Hof abstraheert de beoordeling van de hoedanigheid van het handelen juist van de beoordeling of aan de staatssteunvoorwaarden is voldaan. Voordat de tweede beoordeling kan worden uitgevoerd, dient immers te worden beoordeeld of het handelen van de staat aan het MEIP kan worden getoetst. De eerste beoordeling heeft vooral betrekking op de objectieve specifieke feiten, terwijl de tweede beoordeling van de staatssteunvoorwaarden een juridische beoordeling is.

Met deze benadering concentreert het Hof zich veel meer op de economische gevolgen van de maatregelen van de staat, dan op de wijze waarop het beoogde economische resultaat is gerealiseerd. Zoals wij hiervoor al stelden, rijst de vraag of deze benadering niet op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel.

Gelijkheidsbeginsel

Het door het Gerecht en het Hof gemaakte onderscheid tussen het handelen van de staat met een economisch karakter en het handelen dat daadwerkelijk kan worden aangemerkt als een economische activiteit, leidt volgens Commissie en de advocaat-generaal tot een schending van het gelijkheidsbeginsel. Het handelen van de staat ter uitoefening van een overheidsprerogatief dat volgens het Gerecht en het Hof – afhankelijk van de aard en het voorwerp alsmede de beoogde doelstelling – eveneens een economisch karakter kan hebben, kan immers per definitie niet worden vergeleken met het handelen van een particulier investeerder.³⁹ Een particulier investeerder kan immers geen belastingvrijstelling toekennen.

Het Hof herinnert er in de eerste plaats aan dat bij de toetsing aan het MEIP dient te worden uitgegaan van een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk de situatie van de Staat benadert. Daarnaast kan het MEIP ook worden toegepast indien geen

³⁸ Conclusie advocaat-generaal J. Mazák 20 oktober 2011, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF) e.a.*, punt 56.

³⁹ Conclusie advocaat-generaal J. Mazák 20 oktober 2011, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF) e.a.*, punt 82 en Gerecht 15 december 2009, zaak T-156/04, *Électricité de France (EDF)/Europese Commissie*, reeds aangehaald in voetnoot 11, r.o. 210.

vergelijking met een referentie particulier investeerder kan worden gemaakt. In die situatie dient te worden getoetst aan de beschikbare objectieve en controleerbare gegevens.⁴⁰

Hoewel de toepassing van het MEIP voort vloeit uit het gelijkheidsbeginsel neergelegd in artikel 345 VWEU is de vergelijking die op grond van dit beginsel wordt gemaakt tussen een publieke investeerder en een particulier investeerder per definitie hypothetisch. De situatie van een publieke investeerder zal immers nooit voor 100% vergelijkbaar kunnen zijn met die van een particuliere investeerder. Een belangrijke factor die het verschil tussen een publieke en een private investeerder bepaalt, betreft de financiële middelen die deze investeerder ter beschikking staan. Uit de vaste rechtspraak volgt dat de enkele omstandigheid dat de staat toegang heeft tot middelen die uit de uitoefening van overheidsbevoegdheden voortvloeien op zich onvoldoende grond vormt om het handelen van de staat te beschouwen als berustend op zijn overheidsbevoegdheden.⁴¹

Volgens het Hof dient het MEIP derhalve te worden toegepast op de gerealiseerde kapitaalinjectie en is de vorm waarin deze wordt gerealiseerd alsmede de herkomst van de aangewende middelen niet relevant.

Aan de redenering van de Commissie en de advocaat-generaal ligt het uitgangspunt ten grondslag dat het MEIP slechts van toepassing is indien sprake is van gelijke voorwaarden voor de verschillende marktdeelnemers. Deze redenering komt voort uit de ratio van het MEIP die er in is gelegen discriminatie tussen overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen te voorkomen. Van een schending van het gelijkheidsbeginsel is onzes inziens geen sprake, nu het economische resultaat onderwerp is van de toepassing van het MEIP op het overheidshandelen. Door de toepassing van het MEIP wordt immers nagegaan of, ondanks het feit dat de publieke investeerder over middelen beschikt die niet ter beschikking staan van een particuliere investeerder, de investeringbeslissing vergelijkbaar is met de beslissing die een particuliere investeerder in soortgelijke omstandigheden zou hebben genomen. Indien de uitkomst van de toepassing van het MEIP bevestigend is, staat immers vast dat de gelijkheid tussen het overheidsbedrijf en een particuliere onderneming is gegarandeerd. Dit zou anders zijn indien de redenering van het Hof tot gevolg zou hebben dat publieke ondernemingen op grond van het MEIP grotere economische voordelen kunnen ontvangen dan particuliere ondernemingen zouden kunnen ontvangen. Nu met de toepassing van het MEIP

⁴⁰ HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF)*, n.n.g., r.o. 101.

⁴¹ Gerecht 6 maart 2003, gevoegde zaken T-228/99 en T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie*, Jur. 2003 blz. II-435, r.o. 271 en 272.

wordt gegarandeerd dat het economische resultaat gelijk is, lijkt ook de door de advocaat-generaal gevreesde concurrentievervalsing zich niet voor te doen.⁴²

Juist door te concentreren op het economische resultaat wordt de ongelijkheid, die inherent is aan de vergelijking tussen publieke investeerders en particuliere investeerders, zoveel mogelijk opgeheven. De advocaat-generaal heeft deze benadering bekritiseerd omdat het MEIP door de benadering van het Gerecht (en derhalve ook van het Hof) zinloos zou zijn geworden. De normale marktomstandigheden worden volgens hem niet meer beoordeeld op basis van reële elementen die kenmerkend zouden zijn voor een particuliere referentie-investeerder, dat wil zeggen een normale investeerder op de markt. Evenmin worden de marktomstandigheden volgens hem beoordeeld in het licht van de voor kapitaalverschaffing gebruikte middelen, maar op basis van zuiver hypothetische overwegingen.⁴³

Indien het MEIP echter uitsluitend zou kunnen worden toegepast indien sprake is van gelijkheid in de voor de kapitaalverschaffing gebruikte middelen, rijst de vraag of een uitsluiting van de toepassing van het MEIP in dergelijke situaties niet juist zou leiden tot een schending van het gelijkheidsbeginsel. Publieke investeerders zullen immers vrijwel altijd beschikken over meer, zo niet onbeperkte, middelen om kapitaal te verschaffen. Indien om die reden het MEIP geen toepassing zou kunnen vinden, zouden investeringen door publieke investeerders niet op dezelfde wijze worden beoordeeld als investeringen door particuliere investeerders. Een dergelijke beperking van het MEIP zou onaanvaardbaar zijn.

Slotparagraaf

Het *EDF*-arrest is wat ons betreft een baanbrekend arrest voor de wijze waarop aan het MEIP moet worden getoetst. Het toepassingsbereik van dit arrest beperkt zich onzes inziens niet tot de beoordeling van investeringsconstructies die door middel van belastingmaatregelen worden gerealiseerd. De redenering van het Hof met betrekking tot de toepasselijkheid van het MEIP op het handelen van de staat ter uitoefening van overheidsprerogatieven lijkt immers niet beperkt tot het toekennen van een belastingvrijstelling. Eerder oordeelde het Gerecht al in *Ryanair* dat het MEIP tevens van toepassing kan zijn op heffingskortingen. Het lijkt echter niet uitgesloten dat de staat ook ten aanzien van andere overheidsprerogatieven kan handelen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, als crediteur, of anderszins als 'marktpartij', waarbij zijn handelen een economisch karakter en een economische doelstelling nastreeft.

⁴² Conclusie advocaat-generaal J. Mazák 20 oktober 2011, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF) e.a.*, punten 132-134.

⁴³ Conclusie advocaat-generaal J. Mazák 20 oktober 2011, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF) e.a.*, punt 119.

Ondanks het de vergaande strekking van het *EDF*-arrest voor de toepassing van het MEIP, valt te betwijfelen of dit arrest uiteindelijk zal leiden tot een ander staatssteunrechtelijk oordeel over de gerealiseerde kapitaalinjectie. Het Gerecht en het Hof hebben de beschikking van de Commissie nietig verklaard, omdat de Commissie de eerste beoordeling, te weten de beoordeling in welke hoedanigheid de Franse Staat heeft gehandeld en of dit handelen een economisch karakter had, heeft overgeslagen en direct heeft geconcludeerd dat het MEIP niet van toepassing is op het aan EDF toegekende belastingvoordeel.

Het Hof heeft, evenals het Gerecht, uitsluitend geoordeeld over de vraag of de toepassing van het MEIP a priori kan worden uitgesloten op grond van het feit dat de door de Franse Staat aangewende middelen een fiscaal karakter hebben. Daarbij heeft het Hof er expliciet op gewezen dat met dit oordeel geenszins wordt vooruitgelopen op de toepasselijkheid van het MEIP in het geval van EDF. Evenmin komt deze analyse erop neer dat lidstaten bij de toepassing van het MEIP rekening mogen houden met de voordelen en verplichtingen die voortvloeien uit hun hoedanigheid van overheid of met subjectieve elementen die manipulatie in de hand werken.⁴⁴ Het Hof is daardoor niet toegekomen aan de klacht van de Commissie dat het Gerecht een onjuiste voorstelling van de feiten heeft gegeven en de bewijselementen onjuist heeft opgevat door te oordelen dat de Franse Staat een belastingvordering heeft omgezet in kapitaal. De advocaat-generaal lijkt zijn conclusie echter al wel te baseren op de beoordeling van de concrete feiten.

Het is derhalve niet ondenkbaar dat de nietigverklaring van de Commissiebeschikking uitsluitend een motiveringsgebrek of een onjuiste afbakening van het toepassingsbereik van het MEIP betreft. Uit de door de Commissie aangedragen argumenten met name met betrekking tot de afwezigheid van objectieve gegevens waaruit de intentie van de Franse Staat blijkt om met de belastingvrijstelling een kapitaalinjectie te realiseren, zou immers kunnen worden afgeleid dat de eerste beoordeling tot de conclusie leidt dat de Franse Staat in zijn hoedanigheid als overheid heeft gehandeld. In geval van een dergelijke conclusie kan de Commissie met een aangepaste motivering van de beschikking de huidige eindconclusie van onverenigbare steun ongewijzigd laten.

⁴⁴ HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Europese Commissie/Électricité de France (EDF)*, n.n.g., r.o. 99 en 100.