

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE AAN DE LID-STATEN

(93/C 307/03)

Na de nietigverklaring van de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie op openbare bedrijven in de industriector door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in juni 1993, heeft de Commissie besloten de Lid-Staten in de vorm van een richtlijn de verplichting op te leggen aan de Commissie jaarlijks financiële gegevens te verstrekken. Deze richtlijn is aan de Lid-Staten toegezonden en zal worden bekendgemaakt ⁽¹⁾.

Terzelfder tijd heeft de Commissie de bovengenoemde mededeling opnieuw aangenomen, met weglating van de rapportageverplichting die was opgenomen in de punten 45 tot en met 53 en van alle verwijzingen daarnaar in de punten 2, 27, 29, 31 en 54.

Hieronder volgt de herziene tekst:

(¹) PB nr. L 254 van 12. 10. 1993.

Mededeling van de Commissie aan de Lid-Staten

Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van Richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriector

I. INLEIDING

1. Een strengere toepassing van het beleid inzake overheidssteun is noodzakelijk om met succes de interne markt te kunnen voltooien. Een van de gebieden die in dit verband de aandacht verdienen, is dat van de openbare bedrijven. Er is aan de ene kant behoefte aan een grotere doorzichtigheid en aan de andere kant aan de ontwikkeling van een beleid voor openbare bedrijven, aangezien deze niet voldoende aan de orde komen in de bestaande codes inzake staatssteun:

- in tal van gevallen is er in de steuncodes voor openbare bedrijven uitsluitend sprake van kapitaalbreng, en niet van andere vormen van beschikbaarstelling van openbare middelen;
- bovendien hebben die codes in het algemeen uitsluitend betrekking op verliesgevende openbare bedrijven;
- ten slotte blijkt ook dat een belangrijk gedeelte van de staatssteun aan openbare bedrijven die is toegekend via andere dan goedgekeurde steunregelingen (waarop ook privé-bedrijven een beroep kunnen doen), niet aangemeld wordt op basis van artikel 93, lid 3.

2. Het doel van deze mededeling is deze situatie te verhelpen. Om te beginnen worden de rechtsgrond in het Verdrag en het gevoerde beleid, respectievelijk de jurisprudentie, van de Raad, van het Parlement, van de Commissie en van het Hof van Justitie met betrekking tot openbare ondernemingen toegelicht. Daarbij wordt inzonderheid aandacht besteed aan Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrek-

kingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven en de Staat. En verder aan het algemeen aanvaarde beginsel, dat wanneer de Staat een onderneming financiert op voorwaarden die voor een particuliere investeerder onder normale marktvoorwaarden onaanvaardbaar zouden zijn, er sprake is van staatssteun. Voorts wordt uiteengezet hoe de Commissie de doorzichtigheid wil vergroten door dit beginsel onder alle omstandigheden op alle vormen van beschikbaarstelling van openbare middelen en op alle ondernemingen toe te passen.

3. Deze mededeling handelt niet over het vraagstuk van de verenigbaarheid van steunmaatregelen op grond van een van de in het Verdrag genoemde afwijkingen, omdat in het desbetreffende beleid geen wijziging wordt voorgenomen. Ten slotte beperkt deze mededeling zich tot de industriector. Dit staat evenwel niet eraan in de weg dat de Commissie de in de mededeling beschreven benadering kan toepassen in individuele gevallen of in sectoren buiten de industriector, dit naar gelang de principes van deze mededeling bij wijze van uitzondering op deze uitgesloten sectoren kunnen worden toegepast, wanneer zij van oordeel is dat zulks noodzakelijk is om te bepalen of er sprake is van staatssteun.

II. OPENBARE BEDRIJVEN EN DE MEDEDELINGSREGELS

4. Artikel 222 luidt: „Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet.”. Het Verdrag is met andere woorden neutraal inzake de keuze die een Lid-Staat kan maken tussen openbaar en particu-

lier eigendomsrecht en laat het recht van een Lid-Staat om een gemengde economie te voeren onverlet. Toch onttrekt dit recht openbare bedrijven niet aan de toepassing van de mededingingsregels want de invoering van een systeem dat mededinging binnen de gemeenschappelijke markt waarborgt, is een van de grondslagen van het Verdrag (artikel 3, onder f)). Het Verdrag geeft tevens de algemene regels om dat systeem in de praktijk te brengen (artikelen 85 tot en met 94). Bovendien bepaalt het Verdrag dat deze algemene mededingingsregels ook betrekking hebben op openbare bedrijven (artikel 90, lid 1). In artikel 90, lid 2, is voorzien in een specifieke afwijking van de algemene regel van artikel 90, lid 1, die erop neerkomt dat de mededingingsregels van toepassing zijn op alle openbare bedrijven, met inbegrip van de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. In het kader van de regels inzake staatssteun (artikelen 92 tot en met 94) betekent dit dat steun aan openbare bedrijven, zoals elke andere vorm van steun aan particuliere ondernemingen, vooraf moet worden aangemeld bij de Commissie (artikel 93, lid 3) om na te gaan of de betrokken steunmaatregelen vallen onder de toepassing van artikel 92, lid 1, dat wil zeggen of zij het handelsverkeer en de mededinging tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden. Indien zij onder artikel 92, lid 1, vallen, staat het aan de Commissie te bepalen of een van de algemene afwijkingen zoals bedoeld in het Verdrag van toepassing is zodat de steunmaatregel verenigbaar wordt met de gemeenschappelijke markt. De rol van de Commissie is dan ook ervoor te zorgen dat openbare noch particuliere ondernemingen bij de toepassing van de mededingingsregels worden gediscrimineerd.

5. Precies om dit principe van non-discriminatie of neutrale behandeling te waarborgen heeft de Commissie in 1980 een richtlijn betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven⁽¹⁾ vastgesteld. De motivering van de Commissie was dat de complexiteit van de financiële betrekkingen tussen de nationale autoriteiten en de openbare bedrijven het haar wellicht moeilijk zou maken haar taak om geen steun toe te staan die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, naar behoren te vervullen. Voorts was zij van oordeel dat de regels inzake staatssteun slechts eerlijk op zowel openbare als particuliere bedrijven zouden kunnen worden toegepast wanneer de financiële betrekkingen tussen overheden en openbare bedrijven doorzichtiger werden gemaakt.

6. De richtlijn legde de Lid-Staten de verplichting op ervoor te zorgen dat de stroom van openbare middelen

naar openbare bedrijven en de besteding van die middelen geheel doorzichtig werd gemaakt (artikel 1). De Lid-Staten verschaffen aan de Commissie wanneer deze het nodig acht, de informatie waarvan wordt gesproken in artikel 1, alsmede alle noodzakelijke inlichtingen, onder andere de vooropgestelde doelstellingen (artikel 5). Die doorzichtigheid betrof weliswaar alle openbare middelen, maar de volgende werden uitdrukkelijk vermeld als vallende onder de toepassing van de regeling:

- vergoeding van bedrijfsverliezen,
- kapitaalbreng of dotatie,
- inbreng „à fonds perdu” en leningen tegen gunstige voorwaarden,
- verlening van financiële voordelen door het achterwege laten van de inning van winsten of vorderingen,
- het afzien van een normale beloning voor de aangevende openbare middelen,
- vergoeding van door overheden opgelegde lasten.

7. De Commissie was voorts van oordeel dat doorzichtigheid van de beschikbaarstelling van openbare middelen moest worden bereikt, ongeacht de wijze van beschikbaarstelling. Bijgevolg vallen niet alleen de rechtstreekse beschikbaarstelling van middelen door de overheden aan openbare bedrijven, maar ook indirecte geldstromen uit andere openbare bedrijven waarop de overheid een dominerende invloed heeft (artikel 2), onder de toepassing van de richtlijn inzake doorzichtigheid.

8. De wettelijkheid van de richtlijn inzake doorzichtigheid werd door het Hof van Justitie bevestigd in zijn arrest van 6 juli 1982⁽²⁾.

8.1. In antwoord op het argument dat de richtlijn niet noodzakelijk was en dat zij inbreuk maakte op de evenredigheidsregel stelde het Hof (r.o. 18): „Gelet op de uiteenlopende vormen van openbare bedrijven in de verschillende Lid-Staten en op hun wijd vertakte activiteiten, is het onvermijdelijk dat ook hun financiële betrekkingen met de overheden zeer uiteenlopen, vaak ingewikkeld zijn en derhalve moeilijk zijn te controleren, zelfs met behulp van de gepubliceerde informatiebronnen waarnaar verzoeksters hebben verwezen. Onder deze omstandigheden kan men niet ontkennen dat de Commissie behoefte heeft aan aanvullende inlichtingen over deze betrekkingen, die zij tracht te verkrijgen door voor alle Lid-Staten en alle betrokken bedrijven gemeenschappelijke criteria aan te leggen.”

⁽¹⁾ Richtlijn 80/723/EEG (PB nr. L 195 van 29. 7. 1980, blz. 35), zoals gewijzigd bij Richtlijn 85/413/EEG (PB nr. L 229 van 28. 8. 1985, blz. 20), waarbij de regeling wordt uitgebreid tot voorheen uitgesloten sectoren.

⁽²⁾ Gevoegde zaken 188/80 tot en met 190/80.

8.2. In antwoord op het argument dat de betrokken richtlijn inbreuk maakte op het neutraliteitsbeginsel van artikel 222 van het Verdrag, stelde het Hof (r.o. 21): „In dit verband moet erop worden gewezen dat het gelijkheidsbeginsel, waarop de Regeringen zich beroepen voor de betrekkingen tussen de openbare bedrijven en de particuliere ondernemingen in het algemeen, vooronderstelt dat de beide groepen in een vergelijkbare situatie verkeren. Particuliere ondernemingen houden bij de bepaling van hun productie- en handelsstrategie (...) met name rekening met rentabiliteits-eisen. De beslissingen van openbare bedrijven kunnen daarentegen de invloed van andersoortige factoren ondergaan omdat de overheden die deze beslissingen kunnen beïnvloeden, doelstellingen van algemeen belang nastreven. De economische en financiële gevolgen van een dergelijke invloed leiden tot de vestiging tussen deze bedrijven en de overheden van financiële betrekkingen van bijzondere aard, die verschillen van de betrekkingen tussen overheden en particuliere ondernemingen. Daar de richtlijn nu juist deze bijzondere financiële betrekkingen betreft, kan het middel betreffende discriminatie niet slagen.”

8.3. In antwoord op het argument dat de in de richtlijn opgenomen lijst van financiële betrekkingen waarin doorzichtigheid diende te worden verschaft (artikel 3 van de richtlijn) een poging was om het begrip steunmaatregel in de zin van de artikelen 92 en 93 te definiëren, stelde het Hof (r.o. 23): „Wat betreft de bepaling in artikel 3 van de financiële betrekkingen die aan de regels van de richtlijn zijn onderworpen, behoeft slechts te worden vastgesteld dat het niet gaat om een poging van de Commissie om het begrip steunmaatregel uit de artikelen 92 en 93 EEG-Verdrag te definiëren, maar alleen om een nadere aanduiding van de financiële betrekkingen waarvan de Commissie haars inziens op de hoogte moet worden gesteld om te kunnen controleren of een Lid-Staat aan het betrokken bedrijf steun heeft verleend zonder zijn mededelingsplicht ingevolge artikel 93, lid 3, na te komen.”

8.4. In antwoord op het argument dat de definiëring openbare bedrijven waarover informatie diende te worden verschaft (artikel 2 van de richtlijn), een poging was om het begrip openbaar bedrijf in de zin van artikel 90 van het Verdrag te definiëren, stelde het Hof (r.o. 24) dat „dient te worden beklemtoond dat deze bepaling niet beoogt dit begrip te omschrijven zoals het in artikel 90 EEG-Verdrag voorkomt, maar de noodzakelijke criteria aan te leggen ter omlijning van de groep bedrijven waarvan de financiële betrekkingen met de overheid zijn onderworpen aan de in de richtlijn bedoelde informatieverplichting”, alsmede (r.o. 25): „Volgens artikel 2 wordt in de richtlijn verstaan onder openbaar bedrijf elk bedrijf waarop overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen. Een dergelijke invloed wordt volgens de tweede alinea vermoed wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, de meerderheid van het geplaatste kapitaal bezitten, over de meerderheid van de stemrechten beschikken of meer dan de helft der leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van het betrokken bedrijf kunnen benoemen”, en

nog (r.o. 26): „Zoals het Hof reeds hiervoor heeft aangegeven zijn de bepalingen van artikel 90 nu juist in het Verdrag opgenomen omdat de overheden invloed kunnen uitoefenen op de commerciële beslissingen van openbare bedrijven. Deze invloed kan worden uitgeoefend op basis van financiële deelneming, dan wel van voorschriften inzake het beheer van het bedrijf. Door juist deze criteria te kiezen ter bepaling van de financiële betrekkingen waarover zij gegevens moet kunnen verkrijgen om haar toezichhoudende taak krachtens artikel 90, lid 3, te vervullen, is de Commissie binnen de grenzen van de in die bepaling verleende beoordelingsbevoegdheid gebleven.”

9. De door het Hof met betrekking tot de richtlijn inzake doorzichtigheid ontwikkelde principes zijn thans door een vaste jurisprudentie bekrachtigd. Van bijzonder belang is het feit dat het Hof heeft bevestigd dat

- de door de richtlijn voorgeschreven doorzichtigheid en informatieverstrekking op verzoek noodzakelijk zijn en geen inbreuk maken op het evenredigheidsbeginsel;
- de richtlijn het beginsel van de neutrale behandeling van openbare en particuliere ondernemingen eerbiedigt;
- de Commissie met het oog op het toezicht op de naleving van de artikelen 92 en 93 een rechtmatig belang erbij heeft te worden geïnformeerd over alle vormen van beschikbaarstelling van openbare middelen aan openbare bedrijven; en
- de Commissie met het oog op het toezicht op de naleving van de artikelen 92 en 93 een rechtmatig belang heeft bij de beschikbaarstelling van openbare middelen aan openbare bedrijven, zowel wanneer die rechtstreeks door de overheden als wanneer die indirect door andere openbare bedrijven worden verstrekt.

III. CRITERIA DIE WORDEN GEHANTEERD OM TE BEPALEN OF ER SPRAKE IS VAN STEUN

10. Nadat is komen vast te staan ten aanzien van welke ondernemingen en welke middelen de Commissie met het oog op de toepassing van de artikelen 90 en 92 van het Verdrag een rechtmatig belang op informatie kan laten gelden, moet worden nagegaan aan de hand van welke criteria kan worden bepaald of er sprake is van steun. Alleen dan kan een voorafgaande aanmelding vereist zijn. Wanneer er sprake is van steun, dient te worden nagegaan of een van de in het Verdrag bedoelde afwijkingen van toepassing is⁽³⁾. Het nagaan of er sprake is van steun aan de ene kant en het onderzoek of die steun uit hoofde van een van de bij het Verdrag toegestane afwijkingen verenigbaar is aan de andere kant, moeten als twee onderscheiden fasen van de beoordeling worden beschouwd, wil men een volledige doorzichtigheid bereiken.

⁽³⁾ Zie de punten 32 en 33.

11. Wanneer openbare bedrijven, zoals particuliere ondernemingen, middelen verkrijgen in het kader van door de Commissie goedgekeurde doorzichtige steunregelingen, kan er geen twijfel over bestaan dat er sprake is van steun en onder welke voorwaarden die door de Commissie is goedgekeurd. Met betrekking tot de andere vormen van beschikbaarstelling van openbare middelen waarvan sprake is in de richtlijn inzake doorzichtigheid, is de situatie echter niet altijd zo duidelijk. Onder bepaalde omstandigheden kunnen openbare bedrijven voordeel halen uit de aard van hun betrekkingen met de overheden, wanneer deze bij de beschikbaarstelling van openbare middelen hun rol als gewone eigenaar te buiten gaan. Met het oog op het neutraliteitsbeginsel moet het steungehalte van de maatregel worden bepaald als het verschil tussen de voorwaarden waarop de middelen door de Staat aan het openbare bedrijf ter beschikking zijn gesteld en de voorwaarden waarop een particuliere investeerder het aanvaardbaar zou vinden middelen ter beschikking te stellen van een vergelijkbare particuliere onderneming, aangenomen dat de particuliere investeerder onder normale omstandigheden in een vrije-markteconomie handelt (hierna het principe van de investeerder tegen marktvoorwaarden genoemd). Zoals de Commissie het onderstreept in haar mededeling met betrekking tot „de industriële politiek in een open en concurrentiële omgeving” (COM(90) 556) „wordt de mededinging steeds algemener en meer intens, zowel op het vlak van de wereldhandel, als op het communautaire vlak”. Deze tendens heeft een grote weerslag op de Europese ondernemingen, bij voorbeeld met betrekking tot onderzoek en ontwikkeling, de investeringsstrategieën en hun financiering. De openbare en private ondernemingen in dezelfde sectoren en in vergelijkbare economische en financiële omstandigheden moeten, wat deze financiering betreft, op gelijkaardige wijze behandeld worden. Indien openbare middelen op gunstiger voorwaarden (in economische termen wil dat zeggen goedkoper) beschikbaar worden gesteld dan door een particuliere onderneming met een particulier bedrijf met een vergelijkbare financiële en concurrentiepositie het geval zou zijn, geniet het openbare bedrijf een voordeel dat particuliere ondernemingen van hun eigenaars niet kunnen krijgen. Tenzij de voordeliger beschikbaarstelling van openbare middelen als steun wordt beschouwd en in het licht van een van de in het Verdrag voorziene afwijkingen wordt beoordeeld, wordt inbreuk gemaakt op het beginsel van de neutrale behandeling van openbare en particuliere ondernemingen.

12. Het criterium van de investeerder die tegen normale marktvoorwaarden handelt, dat wordt gebruikt zowel om te bepalen of er sprake is van steun als om, in het bevestigende geval, het steungehalte te berekenen, werd door de Raad en de Commissie gehanteerd in de ijzer- en staalsector en in de scheepsbouw, en werd in deze context door het Parlement bevestigd. Voorts heeft de Commissie dit criterium gevolgd en toegepast in vele individuele gevallen. Ook door het Hof werd het aanvaard als een maatstaf, in alle gevallen die werden voorgelegd om een eventuele aanwezigheid van steun te bepalen.

13. In 1981 heeft de Raad het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden bij twee gelegenheden aangenomen. Een eerste maal werd de beschikking van de Commissie tot invoering van communautaire regels voor

steun aan de ijzer- en staalindustrie (*) met eenparigheid van stemmen goedgekeurd en een tweede maal werd de steuncode voor de scheepsbouw (†) met een gekwalificeerde meerderheid aangenomen. In beide gevallen bepaalde de Raad dat onder het begrip steun vallen, alle steunelementen die eventueel zijn vervat in de financieringsmaatregelen van de Lid-Staten ten aanzien van rechtstreeks of zijdelings door hen gecontroleerde ijzer- en staal-/scheepsbouwondernemingen die niet in aanmerking komen voor het ter beschikking stellen van risicodragend kapitaal volgens de in een markteconomie normale vennootschapsgebruiken. Aldus heeft de Raad niet alleen het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden, goedgekeurd of aanvaard, maar volgde hij dezelfde gedachtengang als de Commissie in de bovengenoemde richtlijn inzake doorzichtigheid, welke niet alleen de rechtstreekse doch ook de zijdelingse beschikbaarstelling van middelen betreft.

14. De Raad is dit algemeen criterium blijven hantieren, het meest recent in 1989 voor ijzer en staal (‡) en in 1990 voor de scheepsbouw (§). In de steuncode voor ijzer en staal van 1989 heeft de Raad voorafgaande aanmelding zelfs verplicht gemaakt voor alle vormen van kapitaalbreng of soortgelijke financieringsmaatregelen, ten einde de Commissie in staat te stellen te beoordelen of deze maatregelen steun inhielden, dat wil zeggen of zij „vallen onder de inbreng van risicodragend kapitaal volgens de normale investeringspraktijk in een markteconomie” (artikel 1, lid 2). Het criterium werd door de Raad nogmaals bevestigd en met eenparigheid van stemmen goedgekeurd in Beschikking 89/218/EGKS van de Commissie (§) betreffende nieuwe steun aan Finsider/ILVA.

15. Het Parlement heeft zich in zijn advies met betrekking tot de richtlijnen inzake scheepsbouw moeten uitspreken over het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden. Het Parlement stemde in met de ontwerpen van de Commissie voor deze richtlijnen waarin het betrokken criterium werd gehanteerd (§).

16. De Commissie heeft hetzelfde criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden gehanteerd bij het bepalen van haar algemene standpunt ten aanzien van overheidsdeelneming in het kapitaal van ondernemingen, een standpunt dat nog steeds geldt (¶). Het luidt: „Indien . . . blijkt dat het gedrag van de overheidsinstanties bij het verstrekken van kapitaal (. . . aan) een onderneming niet (het gedrag) is van een verstrekker van risicodragend kapitaal volgens de in een markteconomie normale voorwaarden, is een beoordeling op grond van

(*) Beschikking nr. 2320/81/EGKS van 7 augustus 1981 (PB nr. L 228 van 13. 8. 1981, blz. 14). Zie met name overweging II en artikel 1.

(†) Richtlijn 81/363/EEG van de Raad van 28 april 1981 (PB nr. L 137 van 23. 5. 1981, blz. 39). Zie met name de laatste overweging en artikel 1, onder e).

(‡) Beschikking nr. 322/89/EGKS van de Commissie van 1 februari 1989 (PB nr. L 38 van 10. 2. 1989, blz. 8).

(§) Richtlijn 90/684/EEG van de Raad van 21 december 1990 (PB nr. L 380 van 31. 12. 1990, blz. 27).

(¶) PB nr. L 86 van 31. 3. 1989, blz. 76.

(§) Zie bij voorbeeld PB nr. C 28 van 9. 2. 1981, blz. 23, en PB nr. C 7 van 12. 1. 1987, blz. 320.

(¶) Mededeling aan de Lid-Staten betreffende overheidsparticipaties in het kapitaal van ondernemingen — Bulletin EG 1984, vol. 9, blz. 98.

artikel 92 van het EEG-Verdrag nodig" (lid 1). Er werd met name gesteld dat er van staatssteun kan worden gesproken „wanneer de financiële positie van de onderneming en met name de structuur en de omvang van de schuldenlast zodanig zijn dat het niet gerechtvaardigd lijkt, binnen een redelijke termijn, te rekenen op een normaal rendement (in dividenden of in waarde) van de geïnvesteerde kapitalen.”.

17. Daarenboven heeft de Commissie het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden in vele individuele gevallen gehanteerd om het bestaan van steun vast te stellen. De Commissie heeft in elk van die gevallen de financiële situatie van de onderneming die openbare middelen had ontvangen, doorgelicht om na te gaan of een investeerder tegen marktvoorwaarden op vergelijkbare voorwaarden geld ter beschikking zou hebben gesteld. In het besluit Leeuwarden stelde de Commissie dat de kapitaalbreng een steunmaatregel was omdat „de overcapaciteit in de sector (...) hindernissen opleverde die het weinig waarschijnlijk maakten dat de onderneming de voor haar overleven onontbeerlijke bedragen op de particuliere kapitaalmarkt zou kunnen verkrijgen; (...) en omdat de situatie op de betrokken markt redelijkerwijze niet de hoop wettigt dat een onderneming die dringend tot ingrijpende herstructurering moet overgaan een voldoende cash flow kan creëren om de nodig geworden vervangingsinvesteringen te financieren...”⁽¹¹⁾. Dit beleid werd consequent gedurende een aantal jaren gevolgd. Onlangs nog stelde de Commissie in de bekendmaking CDF/Orkem⁽¹²⁾ vast dat de overheidsinstantie „kapitaal (injecteerde) in een vennootschap onder omstandigheden die onder een markteconomie niet normaal zijn”. Het bedrijf beschikte met name „over zeer weinig mogelijkheden om op de particuliere markt voldoende kapitaal te vergaren om haar overleving en een duurzaam herstel te verzekeren.”. In de beschikking ENI-Lanerossi⁽¹³⁾ stelde de Commissie vast dat middelen werden verstrekt „in omstandigheden die voor een particuliere investeerder die opereert onder de normale omstandigheden van een markteconomie niet aanvaardbaar zouden zijn geweest; in het onderhavige geval waren die financiële en economische positie van deze fabrieken, vooral gezien de langdurigheid en omvang van hun verliezen, van dien aard dat een normale opbrengst aan dividend of kapitaalwinst voor het geïnvesteerde geld niet kon worden verwacht”⁽¹⁴⁾. Er is ook een aantal gevallen geweest waarin de Commissie duidelijk heeft ver-

klaard dat kapitaalbreng door de Staat geen steunmaatregel was omdat normaliter een behoorlijke opbrengst aan dividend of vermogensaanwas kon worden verwacht⁽¹⁵⁾.

18. De Commissie heeft het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden eveneens toegepast in tal van individuele gevallen in het kader van de richtlijnen betreffende de scheepsbouw en de steuncodes voor de ijzer- en staalindustrie. Op het gebied van de scheepsbouw was de Commissie bij voorbeeld in de zaak Bremer Vulkan⁽¹⁶⁾ van oordeel dat een overbruggingslening en de inkoop van nieuwe aandelen een steunmaatregel van de Staat waren, omdat zij „niet kan meegaan met de Duitse Regering waar deze stelt dat (zij) (...) uitsluitend optrad als een particuliere investeerder die een beter inzicht had in de te verwachten ontwikkeling van de markt dan anderen.”. Op staalgebied gaf de Commissie beschikkingen in verscheidene individuele zaken waarin kapitaalbreng als steun werd beschouwd⁽¹⁷⁾.

19. Op te merken valt dat het in een openbaar bedrijf geïnjecteerde kapitaal in vele van de hierboven beschreven gevallen niet rechtstreeks afkomstig was van de Staat, doch indirect van openbare participatiemaatschappijen of andere openbare bedrijven.

20. Het Hof heeft zich moeten uitspreken over een aantal zaken waarin de Commissie een beschikking had gegeven met toepassing van het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden dat zij in de richtsnoeren van 1984 had vastgelegd. In al die zaken was het Hof van mening dat het ging om een criterium dat moest worden toegepast om te bepalen of er sprake was van steun. Het Hof ging dan na of in de beschikking van de Commissie afdoende was bewezen dat het criterium in de specifieke omstandigheden van de zaak juist had gehanteerd. In het arrest Boch bij voorbeeld overwoog het Hof (r.o. 13): „Om vast te stellen of (de) maatregel staatssteun oplevert, moet worden uitgegaan van het in de beschikking van de Commissie vervatte — en door de Belgische regering overigens niet betwiste — criterium, te weten de mogelijkheden voor de onderneming om de betrokken bedragen op de particuliere kapitaalmarkt te verkrijgen. Wanneer het maatschappelijk kapitaal van een onderneming nagenoeg geheel in handen van de overheid is, moet met name worden beoordeeld, of een particuliere aandeelhouder in gelijkaardige omstandigheden, op grond van de te verwachten rentabiliteit en afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal of sectorieel beleid, een dergelijke kapitaalbreng

⁽¹¹⁾ PB nr. L 277 van 29. 9. 1982, blz. 15.

⁽¹²⁾ PB nr. C 198 van 7. 8. 1990, blz. 2.

⁽¹³⁾ PB nr. L 16 van 20. 1. 1989, blz. 52.

⁽¹⁴⁾ Zie voorts de beschikkingen Meura (PB nr. L 276 van 19. 10. 1984, blz. 34), Leeuwarden (PB nr. L 277 van 29. 9. 1982, blz. 15), Intermills I (PB nr. L 280 van 2. 10. 1982, blz. 30), Boch/Noviboch (PB nr. L 59 van 27. 2. 1985, blz. 21), Boussac (PB nr. L 352 van 15. 12. 1987, blz. 42), Alfa-Fiat (PB nr. L 394 van 31. 5. 1989, blz. 9), Pinault-Isoroy (PB nr. L 119 van 7. 5. 1988, blz. 38), Fabelta (PB nr. L 62 van 3. 3. 1984, blz. 18), IdealSpun (PB nr. L 283 van 27. 10. 1984, blz. 42), Renault (PB nr. L 220 van 11. 8. 1988, blz. 30), Veneziana Vetro (PB nr. L 166 van 16. 6. 1989, blz. 60), Quimigal (PB nr. C 188 van 28. 7. 1990, blz. 3) en IOR/Finalp (nog niet gepubliceerd) waarin dezelfde redenering is gevolgd.

⁽¹⁵⁾ Zie inzonderheid de bekendmaking CDF/Orkem (gedeeltelijk) (op cit), de beschikkingen Quimigal (gedeeltelijk) (op cit), Intermills II (Bulletin EG 4-1990, punt 1.1.34) en Ernaelsteen (Achtste Concurrentievervals, punten 212 en 213).

⁽¹⁶⁾ Nog niet gepubliceerd.

⁽¹⁷⁾ PB nr. L 227 van 19. 8. 1983, blz. 1. Zie met name ook de zaken betreffende Arbed, Sidmar, ALZ, Hoogovens, Irish Steel, Sacilor/Usinor en British Steel, waarin dezelfde redenering werd gevolgd. In al deze staalzaken werd de steun met het Verdrag verenigbaar geacht. Meer recentelijk keurde de Raad dit beginsel eenparig goed in de zaak Finsider/ILVA (zie punt 26).

zou hebben gedaan.”⁽¹⁸⁾. Het Hof heeft dit principiële standpunt onlangs in het arrest Boussac⁽¹⁹⁾ bevestigd, in de volgende bewoordingen (r.o. 39 en 40): „Om vast te stellen of (de) maatregelen staatssteun opleveren, moet het in de beschikking van de Commissie vermelde — en overigens door de Franse Regering niet bestreden — criterium worden toegepast, dat is gebaseerd op de mogelijkheden voor de onderneming om de betrokken bedragen op de kapitaalmarkt te verkrijgen”. Voorts was volgens het Hof „de financiële situatie van de onderneming (...) van dien aard, dat een aanvaardbare rentabiliteit van de investeringen niet binnen afzienbare tijd kon worden verwacht, en zou (Boussac) (...) de benodigde gelden niet op de kapitaalmarkt bijeen hebben kunnen brengen”⁽²⁰⁾ (officiële vertaling). Het Hof heeft het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden recentelijk nog verfijnd door een onderscheid te maken tussen een privé-investeerder die, zelfs speculatieve, vooruitzichten heeft op korte termijn en een private participatiemaatschappij met langere-termijnperspectieven (Alfa/Fiat en Lanerossi)⁽²¹⁾. „Het past te preciseren dat, indien het gedrag van een privé-investeerder, waarmee de tussenkomst van de openbare investeerder moet worden vergeleken ..., niet noodzakelijkerwijs deze is van een gewone investeerder die zijn kapitaal belegt met het oog op hun rentabilisering op min of meer lange termijn, moet het ten minste dat zijn van een private participatiemaatschappij of van een groep privé-ondernemingen die een globale of sectoriële structurele politiek voeren, en geleid worden door perspectieven inzake rentabiliteit op langere termijn.” Op basis van de feiten met betrekking tot deze zaak, „... heeft de Commissie terecht kunnen vaststellen dat een particuliere investeerder, zelfs handelend op het niveau van een groep in een brede economische context, in normale markteconomische omstandigheden, niet zou hebben kunnen rekenen op een aanvaardbare opbrengst van de geïnvesteerde kapitalen...”. „... een particuliere investeerder kan redelijkerwijze het nodige kapitaal aanbrengen om de overleving te verzekeren van een onderneming die tijdelijke moeilijkheden kent, maar die, eventueel na een herstructurering in staat zou zijn haar rentabiliteit terug te vinden. Het is derhalve aangegeven te aanvaarden dat een moedermaatschappij, gedurende een korte periode, ook verliezen van een van haar filialen kan dragen ten einde de stopzetting van activiteit van deze laatste in de beste omstandigheden te laten verlopen. Dergelijke beslissingen kunnen niet alleen zijn ingegeven door de probabiliteit er rechtstreeks winst uit te halen, maar ook andere bekommernissen, zoals het behoud van het imago van de groep, of de heroriëntering van de activiteiten. Evenwel, wanneer de aanbrengh van kapitalen abstractie maakt van elk perspectief van rentabiliteit, zelfs op lange termijn, moeten dergelijke beschikbaarstellingen worden aangemerkt als steun...” (officiële vertaling).

⁽¹⁸⁾ Zaak 40/85.

⁽¹⁹⁾ Zaak C-301/87 (nog niet gepubliceerd).

⁽²⁰⁾ Zie tevens zaak C-323/82, Intermills, de gevoegde zaken 296/82 en 318/82, Leeuwarden, en zaak 234/84, Meura, waarin dezelfde redenering wordt gevolgd.

⁽²¹⁾ Respectievelijk zaak C-305/89 en zaak C-303/88 (nog niet gepubliceerd).

21. Het feit dat de kapitaalbreng in veel van de zaken waarover het Hof zich heeft uitgesproken indirect gebeurde, voor participatiemaatschappijen van de overheid of andere openbare bedrijven en niet rechtstreeks door de Staat, deed niets af aan het steunkarakter van de betrokken financiering. Om na te gaan of er middelen van de Staat waren aangewend, heeft het Hof zijn oordeel steeds op de economische werkelijkheid gebaseerd. In het arrest Steinicke en Weinlig⁽²²⁾ overwoog het Hof, dat „... behoudens het in artikel 90, lid 2, gemaakte voorbehoud, artikel 92 betrekking heeft op alle ondernemingen, particuliere zowel als openbare, en op alle producties van die ondernemingen”, en dat „het voor de toepassing van artikel 92 (...) voornamelijk aankomt op de gevolgen van de steun voor de begunstigde ondernemingen en producenten, en niet op de situatie van de organen die de steun verdelen of beheren”. Recent nog bevestigde het Hof dit standpunt in het arrest Crédit Agricole⁽²³⁾, eraan toevoegend dat „... een steunmaatregel niet noodzakelijk met staatsmiddelen behoeft te worden aangemerkt... (dat artikel 92 ziet op alle steunmaatregelen...) ongeacht of de steun rechtstreeks door de Staat wordt verleend dan wel door van overheidswege ingestelde of aangewezen, publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen”.

IV. GROTERE DOORZICHTIGHEID VAN HET BELEID

22. De meeste, maar geenszins alle zaken waarin de Raad, de Commissie en het Hof tot dusver het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden hebben toegepast, hadden betrekking op kapitaalbrengen in verliesgevende of zelfs bijna failliete bedrijven. Een van de oogmerken van deze mededeling is de doorzichtigheid te vergroten door steuncodes meer systematisch toe te passen

— op alle openbare bedrijven, ongeacht hun situatie, en niet alleen op verliesgevende bedrijven, zoals thans het geval is;

— op alle vormen van openbare financiering zoals bedoeld in de richtlijn inzake doorzichtigheid (artikel 3 van de richtlijn — zie de punten 6 en 8.3 van deze mededeling), met name op leningen, garanties en rendementsbeperkingen, en niet alleen op kapitaalbrengen, zoals thans het geval is.

23. Deze grotere doorzichtigheid van het beleid dient tot stand te worden gebracht door het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden ondubbelzinnig toe te passen op openbare bedrijven onder alle omstandigheden en op alle vormen van openbare financiering die onder de richtlijn inzake doorzichtigheid vallen.

⁽²²⁾ Zaak 78/76.

⁽²³⁾ Zaak 290/83.

Het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden wordt toegepast omdat

- het een geschikt instrument is om elk financieel voordeel te meten dat een overheidsbedrijf mogelijk ten opzichte van een particuliere onderneming geniet, en het tevens de neutrale behandeling van openbare en particuliere ondernemingen garandeert,
- de Commissie bij de behandeling van menige zaak heeft ondervonden dat het een handig instrument is,
- het Hof heeft bevestigd dat het een geschikt instrument is (zie inzonderheid de punten 20 en 21), en
- het door de Raad is goedgekeurd voor de ijzer- en staalindustrie en de scheepsbouwsector.

Indien deze grotere duidelijkheid er niet komt, is er niet alleen gevaar voor ondoorzichtigheid, maar ook voor discriminatie van particuliere ondernemingen die niet dezelfde bindingen met de overheid en niet dezelfde toegang tot openbare middelen hebben. Deze mededeling is dan ook eerder een logische ontwikkeling van het bestaande beleid dan een radicaal nieuwe start en zijn noodzakelijk om de toepassing van het principe uit te leggen op een groter aantal situaties en normen van hulpbronnen. Het Hof, de Commissie en de Raad hebben het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden in een beperkt aantal zaken immers reeds toegepast op de andere soorten van openbare financiering dan kapitaalbreng, waarop deze mededeling eveneens betrekking heeft, te weten garanties, leningen, rendement van geïnvesteerd kapitaal⁽²⁴⁾.

24. *Garanties.* In de zaak IOR/Finalp (reeds aangehaald) was de Commissie van oordeel dat, wanneer een participatiemaatschappij van de overheid de enige eigenaar van een verliesgevend bedrijf werd, waardoor deze maatschappij krachtens het Italiaanse handelsrecht onbeperkt aansprakelijk werd, dit neerkwam op het nemen van een bijkomend risico doordat in feite een onbeperkte garantie werd verleend. De Commissie stelde, aan de hand van haar vast criterium, dat een investeerder tegen marktvoorwaarden normaliter zou aarzelen om de enige aandeelhouder te worden van een onderneming, indien hij ten gevolge daarvan een onbeperkte aansprakelijkheid voor die onderneming zou moeten dragen; hij zal eerst zeker willen zijn dat de extra winst die hij kan maken tegen dit bijkomende risico opweegt.

25. *Leningen.* In de reeds aangehaalde zaak Boch overwoog het Hof (r.o. 12 en 13) dat „luidens artikel 92,

⁽²⁴⁾ Er zij op gewezen dat dit geen uitputtende lijst is van de verschillende vormen van financiering die steun kunnen inhouden. De Commissie zal optreden tegen het verstrekken aan openbare bedrijven van eender welk ander rechtstreeks of onrechtstreeks voordeel ook dat steun kan opleveren.

lid 1, EEG-Verdrag de Verdragsbepalingen ter zake van toepassing zijn op steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd. Bijgevolg kan (...) niet worden onderscheiden tussen steun in de vorm van leningen en steun in de vorm van deelneming in het kapitaal van ondernemingen. (...) Om vast te stellen of een dergelijke maatregel staatssteun oplevert, moet worden uitgegaan van het (...) criterium, te weten de mogelijkheden voor de onderneming om de betrokken bedragen op de particuliere kapitaalmarkt te verkrijgen.”.

26. *Rendement van kapitaal.* Bij het inleiden van de procedure op grond van artikel 88 EGKS-Verdrag (brief aan de Italiaanse Regering van 6 mei 1988) in de zaak Finsider/ILVA overwoog de Commissie dat de leningen die door openbare kredietinstellingen aan de betrokken onderneming waren toegestaan, waren verleend op voorwaarden die voor een particuliere investeerder onder normale markteconomische omstandigheden niet aanvaardbaar zouden zijn geweest, maar afhankelijk waren van een (stilzwijgende) staatsgarantie en als zodanig als staatssteun moesten worden beschouwd. Deze impliciete garantie werd later zelfs expliciet gemaakt, toen de schulden werden terugbetaald. De ingeleide procedure resulteerde in een beschikking, die door de Raad met eenparigheid van stemmen werden goedgekeurd⁽²⁵⁾, waarbij aan de betrokken onderneming voorwaarden werden opgelegd die het herstel van haar levensvatbaarheid en een minimumrendement op het kapitaal moeten waarborgen.

V. HANTEERBAARHEID VAN HET CRITERIUM VAN DE INVESTEERDER TEGEN MARKTVOORWAARDEN

27. De ervaring die de Commissie heeft opgedaan bij het toepassen van de regels inzake staatssteun aan openbare bedrijven, en de algemene goedkeuring die het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden bij de communautaire instellingen geniet, sterkt de Commissie in haar mening dat het een geschikt instrument betreft om de aanwezigheid van steun te bepalen. Er wordt echter vastgesteld dat de meeste gevallen waarop het criterium werd toegepast van een bijzondere aard waren; er zouden zich dus moeilijkheden kunnen voordoen bij een ruimere toepassing ervan. Het is derhalve gerechtvaardigd enkele bijkomende verduidelijkingen aan te brengen. Voorts werd de vrees geuit dat de toepassing van het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden ertoe zou kunnen leiden dat het oordeel van de Commissie de plaats gaat innemen van de investeerder en

⁽²⁵⁾ PB nr. L 86 van 31. 3. 1989, blz. 76. Zie tevens de mededeling van de Commissie aan de Raad van 25 oktober 1988 — SEC(88) 1485 def. en punt 207 van het Veertiende Concurrentieverslag. In feite was het hele doel van de steuncode voor de staalindustrie in alle Lid-Staten het herstel van de levensvatbaarheid door een minimumrendement en zelffinanciering overeenkomstig de beginselen van de marktconomie.

diens vrije beoordeling van investeringsprojecten. In de eerste plaats kan deze kritiek worden weerlegd door het feit dat dit criterium in vele individuele gevallen reeds een zowel geschikte als hanteerbare maatstaf is gebleken om te bepalen welke gevallen van openbare financiering als steun moesten worden beschouwd. In de tweede plaats is, noch was het de bedoeling van de Commissie haar eigen oordeel in de plaats van dat van de investeerder te stellen. Verzoeken om extra financiering brengen natuurlijk voor openbare bedrijven en overheden, zoals voor particuliere ondernemingen en particuliere kapitaalverstrekkers, met zich mee dat het risico en het vermoedelijke resultaat van het project moet worden geanalyseerd. De Commissie geeft er zich rekenschap van dat openbare bedrijven, zoals particuliere ondernemingen, bij deze analyse van het risico een beroep moeten doen op hun ondernemerskwaliteiten, hetgeen gelet op de aard van de zaak de investeerder een ruime beoordelingsmarge laat. Zolang de beoordeling van de investeerder binnen deze ruime marge blijft, kan er van staatssteun geen sprake zijn. Rekening houdend met de verantwoording voor de verstrekking van de middelen moet de Lid-Staat beslissen of een aanmelding overeenkomstig het bepaalde in artikel 93, lid 3, noodzakelijk is. In die context kan het nuttig zijn eraan te herinneren dat volgens de beschikkingen vervat in de mededeling van 1984 met betrekking tot de openbare participaties, de Commissie op voorhand moet geïnformeerd worden in het geval van een financiële tussenkomst van de Staat ten voordele van een openbare groep, wanneer er vermoeden van steun bestaat. Na onderzoek van de gegevens die haar werden toegestuurd en binnen een termijn van 15 werkdagen, beslist zij of deze inlichtingen al dan niet als aanmelding in het kader van artikel 93, lid 3, van het EEG-Verdrag (punt 4.4.2) moeten beschouwd worden. Tenzij de Commissie kan aantonen dat er geen objectieve basis bestaat om redelijkerwijze te verwachten dat een investering een voldoende rendement zal opleveren, dat voor een particuliere investeerder die in een vergelijkbare particuliere onderneming tegen normale marktvoorwaarden handelt aanvaardbaar zou zijn, is er geen sprake van staatssteun, zelfs wanneer de financiering geheel of gedeeltelijk met openbare middelen geschiedt. De Commissie is niet voornemens investeringsprojecten vooraf te onderzoeken (tenzij vooraf een aanmelding overeenkomstig artikel 93, lid 3, plaatsvindt).

28. Er is geen sprake van dat de Commissie haar kennis van de afloop van een geval zou gebruiken om te stellen dat het verstrekken van openbare middelen in dat geval als staatssteun moest worden beschouwd, uitsluitend op grond van het feit dat het daadwerkelijke rendement onvoldoende was. Alleen wanneer de Commissie van mening is dat er bij een project geen objectieve of bona fide redenen aanwezig waren om een voldoende rendement te verwachten op het ogenblik dat de investerings-/financieringsbeslissing wordt genomen, kan de tussenkomst behandeld worden als staatssteun. Uitsluitend in dergelijke gevallen worden middelen goedkoper ter beschikking gesteld dan een particuliere onderneming ze zou kunnen krijgen en omvat deze beschikbaarstelling met andere woorden een steunelement. Het spreekt van-

zelf dat, wegens de risico's die eigen zijn aan elke investering, niet alle projecten met succes zullen worden bekroond en dat sommige investeringen een lager rendement dan normaal zullen geven of zelfs op een volledige mislukking zullen uitdraaien. Dit geldt ook voor particuliere investeerders. Met de beschreven benadering wordt bovendien niet gediscrimineerd tussen projecten die op korte en projecten die op lange termijn moeten renderen, zolang de risico's op het ogenblik waarop de investeringsbeslissing wordt genomen op passende en objectieve wijze worden beoordeeld en in aanmerking genomen, zoals een particuliere investeerder dat zou doen.

29. Door duidelijker te maken hoe de Commissie het criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden toepast en welke criteria zij zal hanteren om te bepalen of er sprake is van steun, vermindert deze mededeling de onzekerheid op dit gebied. Het ligt niet in de bedoeling van de Commissie de in deze mededeling neergelegde beginselen (met betrekking tot een zo ongewikkelde materie als de onderhavige) op een dogmatische of doctrinaire wijze toe te passen. Zij beseft dat met betrekking tot de investeringsbeslissingen van een ondernemer een ruime beoordelingsmarge in acht moet worden genomen. De criteria moeten echter wel worden toegepast wanneer er voor de verstrekking van openbare middelen redelijkerwijze geen andere plausibele verklaring is dan ze als staatssteun te beschouwen. Deze aanpak moet ook worden gevolgd bij elke interne subsidiëring van een onrendabele afdeling van een openbaar concern door een winstgevende afdeling. In particuliere ondernemingen geschieden dergelijke overdrachten of wel wanneer de betrokken onderneming een strategisch plan heeft dat op lange termijn een reëel uitzicht op winst biedt, of wel wanneer de onderlinge subsidiëring het concern in zijn geheel een nettowinst oplevert. Bij interne subsidiëring in openbare participatiemaatschappijen zal de Commissie rekening houden met soortgelijke strategische doelstellingen. Onderlinge subsidiëring zal slechts als steun worden beschouwd wanneer de Commissie van mening is dat er voor de overdracht van middelen geen andere redelijke verklaring is dan dat er steun wordt verleend. Bepaalde ondernemingen, particuliere of openbare, zijn dikwijls om fiscale of andere redenen in meerdere juridisch onderscheiden filialen verdeeld. De Commissie zal nochtans normaliter geen inlichtingen opvragen omtrent de overdracht van middelen tussen dergelijke ondernemingsfilialen waarvoor één enkel geconsolideerd rapport wordt gevraagd.

30. De Commissie is zich tevens bewust van de verschillende houding die een investeerder tegen marktvoorwaarden wellicht aanneemt ten aanzien van een minderheidsparticipatie in een bedrijf aan de ene kant en de volledige zeggenschap over een groot concern aan de andere kant. De eerstgenoemde relatie zal vaak als een eerder speculatief of zelfs korte-termijnbelang kunnen worden beschouwd, terwijl de laatstgenoemde meestal een lange-termijnbelang impliceert. Wanneer de overheid met andere woorden zeggenschap heeft over een afzonderlijk openbaar bedrijf of een groep van bedrijven, zal zij normaliter minder worden geleid door louter

winstbejag op korte termijn dan wanneer zij slechts een minderheidsaandeel zou hebben dat geen zeggenschap verleent, en zal zij dienovereenkomstig alles in een langer tijdspectief zien. Bij de vergelijking van het gedrag van de overheid met dat van de als maatstaf geldende investeerder tegen marktvoorwaarden zal de Commissie dan ook rekening houden met de aard van de overheidsparticipatie. Deze opmerking geldt trouwens ook bij de beoordeling van verzoeken om extra middelen met het oog op de financiële herstructurering van een bedrijf, en niet alleen bij verzoeken om middelen voor de financiering van specifieke projecten⁽²⁶⁾. Voorts is de Commissie zich ervan bewust dat de houding van een investeerder tegen marktvoorwaarden over het algemeen gunstiger is ten aanzien van verzoeken om extra financiering wanneer de betrokken onderneming of het betrokken concern bij vroegere investeringen meestal garant stond voor een behoorlijke opbrengst aan dividend of vermogensaanwas. Wanneer een bedrijf in dit opzicht in het verleden slechter heeft gepresteerd dan soortgelijke bedrijven, wordt een verzoek om extra financiële middelen door een particuliere investeerder/eigenaar normaliter sceptischer bekeken. Wanneer deze extra financiering noodzakelijk is om de waarde van de gehele investering te beschermen, mag worden aangenomen dat de overheid zoals een particulier investeerder rekening houdt met deze ruimere context wanneer moet worden afgewogen of het toezeggen van nieuwe middelen commercieel te verantwoorden is. Wanneer ten slotte wordt besloten een tak van de werkzaamheid op te geven wegens een te geringe rentabiliteit op middellange of lange termijn, is het normaal dat een openbaar concern, zoals een particulier concern, de omvang en de termijn voor de inkrimping vastlegt met inachtneming van de gevolgen voor de algemene geloofwaardigheid en structuur van het concern.

31. Bij de beoordeling van elk verzoek om extra middelen wil een aandeelhouder logischerwijs beschikken over alle noodzakelijke informatie om te kunnen bepalen of het verantwoord is op dat verzoek in te gaan. De omvang en de gedetailleerdheid van de door de betrokken onderneming verstrekte gegevens kunnen variëren naar gelang van de aard en de omvang van de gewenste financiële middelen, de verhouding tussen de onderneming en de aandeelhouder en zelfs de mate waarin de onderneming er in het verleden in slaagde een behoorlijk rendement te geven⁽²⁷⁾. Een investeerder tegen marktvoorwaarden zal normaliter geen bijkomende financiële middelen verstrekken zonder over voldoende informatie te beschikken. Soortgelijke overwegingen moeten norma-

liter ook gelden voor overheidsbedrijven die financiële middelen nodig hebben. Deze financiële informatie in de vorm van het overleggen van alle dienstige bescheiden dient op verzoek van de Commissie te worden verstrekt, indien deze van oordeel is dat de beoordeling van de investeringsvoorstellen op hun mogelijke steungehalte erdoor wordt vergemakkelijkt⁽²⁸⁾. Wegens het beroepsgeheim zal de Commissie de informatie die haar wordt verstrekt aan niemand doorgeven. Om die reden zullen investeringsprojecten door de Commissie niet vooraf worden onderzocht, behalve wanneer er sprake is van steun en voorafgaande aanmelding overeenkomstig artikel 93, lid 3, vereist is. Wanneer zij evenwel goede redenen heeft om aan te nemen dat er bij de verstrekking van financiële middelen aan openbare bedrijven steun zou kunnen worden verleend, kan de Commissie uit hoofde van haar bevoegdheden in het kader van de artikelen 92 en 93 de Lid-Staten verzoeken om de nodige inlichtingen om te kunnen bepalen of er in het betrokken geval al dan niet van steun kan worden gesproken.

VI. VERENIGBAARHEID VAN DE STEUN

32. Iedere Lid-Staat is vrij de omvang en de aard van zijn openbare sector te bepalen en in de tijd te wijzigen. De Commissie erkent dat wanneer een Staat beslist als overheid bedrijven in eigendom te hebben, daaraan niet steeds in hoofdzaak commerciële doelstellingen ten grondslag liggen. Overheidsbedrijven worden soms gedacht bovenop hun normale commerciële werkzaamheden ook nog niet-commerciële functies te vervullen. Zo kunnen bij voorbeeld overheidsbedrijven in sommige Lid-Staten gebruikt worden als motor voor de economie, in het kader van inspanningen tegen recessie, om industrieën in moeilijkheden te herstructureren, of als katalysator voor regionale ontwikkeling. Er kan van overheidsbedrijven worden verwacht dat zij zich vestigen in minder ontwikkelde regio's, waar de kosten hoger zijn, of hun personeelsbestand te handhaven op een hoger niveau dan strikt commercieel noodzakelijk. Het Verdrag stelt de Commissie in staat rekening te houden met deze beschouwingen wanneer deze gerechtvaardigd kunnen worden in het belang van de Gemeenschap. Voorts kan het verrichten van bepaalde diensten een „openbare dienst”-element inhouden, dat eventueel zelfs door middel van politieke of wettelijke verplichtingen kan worden afgedwongen. Deze niet-commerciële doelstellingen/functies (dat wil zeggen sociale goederen) hebben een kostprijs die uiteindelijk door de Staat (de belastingbetaler) dient te worden gefinancierd, of wel in de vorm van nieuwe middelen (bij voorbeeld kapitaalbreng), of wel door een lager rendement van het geïnvesteerde kapitaal. Deze subsidiëring van de verstrekking van openbare diensten kan onder bepaalde omstandigheden de mededinging vervalsen. Tenzij een van de afwijkingen van

⁽²⁶⁾ Dit kan in het bijzonder van belang zijn voor overheidsbedrijven die door de overheid als eigenaar met opzet ondergekapitaliseerd zijn om andere dan commerciële motieven (bij voorbeeld beperkingen op de overheidsuitgaven).

⁽²⁷⁾ Minderheidsaandeelhouders die geen „inside”-informatie hebben over de exploitatie van het bedrijf, zullen wellicht een meer formele verantwoording verlangen voor het verstrekken van middelen dan een houder van een zeggenschapsdeelneming, die wellicht in het bestuur betrokken is bij het uitstippelen van de strategie en reeds kennis heeft van gedetailleerde informatie over de financiële toestand van de onderneming.

⁽²⁸⁾ Het verstrekken van deze inlichtingen op verzoek valt binnen de werkingssfeer van de verificatiebevoegdheden van de Commissie inzake steun overeenkomstig de artikelen 92 en 93 juncto artikel 5 van het EEG-Verdrag en overeenkomstig artikel 1, onder c), van de richtlijn inzake doorzichtigheid, dat voorschrijft dat doorzichtigheid moet worden verschaft over de daadwerkelijke besteding van de openbare middelen.

het Verdrag, van toepassing is, brengt het opleggen van deze niet-commerciële doelstellingen aan openbare bedrijven niet mee dat de mededingingsregels op hen niet van toepassing zijn.

33. Wil de Commissie de verplichtingen nakomen die het Verdrag haar oplegt, dan moet zij kunnen beschikken over de nodige gegevens om te kunnen bepalen of de geldstroom naar openbare bedrijven steun oplevert, om de omvang van die steun te kunnen berekenen en vervolgens te kunnen vaststellen of een van de in het Verdrag bedoelde afwijkingen van toepassing is. Deze mededeling heeft uitsluitend ten doel de betrokken geldstromen doorzichtiger te maken, hetgeen een noodzakelijke eerste stap is. De tweede stap betreft het bepalen of de eventueel geconstateerde steun met het Verdrag verenigbaar is. Daarop wordt niet ingegaan omdat de beslissing daarover wordt genomen overeenkomstig de welbekende beginselen die de Commissie ter zake hanteert en die zij niet voornemens is te wijzigen. (Er zij op gewezen dat de Commissie zich met steunmaatregelen uitsluitend inlaat wanneer die een invloed hebben op de intracommunautaire handel en mededinging. Indien met andere woorden aan een openbaar bedrijf voor een niet-commercieel doel steun wordt verleend welke geen invloed heeft op de intracommunautaire handel en mededinging, is artikel 92, lid 1, niet van toepassing.) De verplichting om alle steunmaatregelen met een communautaire dimensie aan de controle van de Gemeenschap te onderwerpen, is de noodzakelijke tegenhanger van het recht van de Lid-Staten om vrij naar andere Lid-Staten te kunnen uitvoeren en vormt als zodanig de grondslag voor een gemeenschappelijke markt.

VII. VORMEN VAN FINANCIERING DOOR DE STAAT

34. Bij haar beslissing over de vraag of een bepaalde beschikbaarstelling van openbare middelen aan openbare bedrijven een steunmaatregel oplevert, maakt de Commissie uitdrukkelijk melding van de hieronder besproken factoren voor elk type van financiering waarop deze mededeling betrekking heeft — kapitaalbrengen, garanties, leningen, beperkt rendement van het kapitaal⁽²⁹⁾. Deze factoren worden verstrekt om de Lid-Staten een houvast te geven met betrekking tot het standpunt dat de Commissie in concrete gevallen zou kunnen innemen. Bij de tenuitvoerlegging van dit beleid zal de Commissie rekening houden met de hanteerbaarheid van het hierboven beschreven criterium van de investeerder tegen marktvoorwaarden. In deze mededeling wordt onder openbare middelen en openbare bedrijven verstaan hetgeen die begrippen in de richtlijn inzake doorzichtigheid betekenen. Dit geldt als leidraad voor de Lid-Staten met betrekking tot de algemene houding van de Commissie. Vanzelfsprekend zal de Commissie evenwel in elk individueel toepassingsgeval moeten aantonen dat het een openbaar bedrijf in de zin van artikel 90 en staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, betreft, precies zoals zij dit in het verleden moest doen. Wat het verstrekken van informatie op grond van de richtlijn inzake door-

zichtigheid betreft, heeft het Hof van Justitie deze definities voor de toepassing van de richtlijn bevestigd en behoeft de Commissie ze dus niet verder te verantwoorden.

Inbreng van kapitaal

35. Een kapitaalbreng wordt als een steunmaatregel beschouwd wanneer deze plaatsvindt onder omstandigheden die voor een particuliere investeerder die handelt onder normale marktvoorwaarden niet aanvaardbaar zouden zijn. Hiermee wordt een situatie bedoeld waarin de structuur en de toekomstverwachtingen van het bedrijf van dien aard zijn dat een normale opbrengst (aan dividenduitkeringen of vermogensaanwas) in vergelijking tot overeenkomstige particuliere ondernemingen niet binnen een redelijke termijn te verwachten is. De mededeling van 1984 inzake kapitaalbrengen blijft derhalve van kracht.

Een investeerder tegen marktvoorwaarden is normaliter bereid kapitaal te verschaffen indien de actuele waarde⁽³⁰⁾ van de verwachte cash flows uit het project (die de investeerder verkrijgt door dividenduitkering en/of vermogensaanwas, met een passende correctie voor het risico) groter zijn dan de nieuwe geldverschaffing. De context waarin dit moet worden geïnterpreteerd, werd uiteengezet in de punten 27 tot en met 31.

36. In sommige Lid-Staten zijn investeerders wettelijk verplicht tot een bijkomende kapitaalbreng in bedrijven wier kapitaalbasis door voortdurende verliezen tot beneden een vooraf vastgesteld niveau is gedaald. Lid-Staten hebben betoogd dat dergelijke kapitaalinjecties niet kunnen worden beschouwd als steun, omdat zij uitsluitend bestemd zijn om te voldoen aan een wettelijke verplichting. Deze „verplichting” is echter meer schijn dan werkelijkheid. Investeerders tegen marktvoorwaarden moeten in een dergelijke situatie alle andere mogelijkheden in overweging nemen, daaronder begrepen de mogelijkheid hun investering te liquideren of anderszins te verminderen. Indien deze liquidatie of deze vermindering, gelet op de weerslag op de groep, de financieel meest gezonde mogelijkheid blijkt te zijn en van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt, dient elke latere kapitaalbreng of enige andere vorm van staatsfinanciering als een steunmaatregel te worden aangemerkt.

37. Bij vergelijking van het optreden van de Staat met dat van een investeerder tegen marktvoorwaarden, met name indien een onderneming niet verliesgevend is, zal de Commissie de financiële positie van de onderneming beoordelen op het tijdstip waarop de inbreng van extra kapitaal werd/wordt voorgesteld. Op basis van een evaluatie van de volgende punten gaat de Commissie na of er in het totale bedrag van het geïnvesteerde kapitaal een steunelement vervat is. Dit steunelement vertegenwoordigt het verschil tussen de kosten van de investering en de op passende wijze verdisconteerde waarde van de investering. Er wordt op gewezen dat de hierna opgesomde referentiepunten voor het maken van een analyse noodzakelijk, maar daarom nog niet voldoende zijn,

⁽²⁹⁾ Deze lijst is niet uitputtend — zie voetnoot 24.

⁽³⁰⁾ Toekomstige cash flow omgerekend tegen de kapitaalkost van het bedrijf (tegen de interne officiële discontovoet).

daar tevens rekening moet worden gehouden met de in de punten 27 tot en met 31 opgesomde beginselen alsook met de vraag of de vereiste fondsen voor investeringsprojecten of een financiële herstructurering zijn bestemd.

37.1. *Winst- en verliespositie.* Een analyse van de resultaten van het bedrijf over verscheidene jaren. De ter zake dienende rendementspercentages moeten worden berekend, en de algemene tendensen moeten daaruit worden afgeleid.

37.2. *Financiële indicatoren.* De verhouding schulden/aandelenkapitaal moeten worden vergeleken met de algemeen aanvaarde normen, het gemiddelde in de bedrijfstak, het gemiddelde van de directe concurrenten, enz. De verschillende liquiditeits- en solvabiliteitsverhoudingen moeten worden berekend om inzicht te krijgen in de financiële positie van het bedrijf (dit geldt met name indien moet worden beoordeeld in hoeverre een bedrijf dat onder normale marktomstandigheden in die markt werkzaam is, in staat is leningen te financieren). De Commissie is zich bewust van de problemen die dergelijke vergelijkingen tussen Lid-Staten stellen, inzonderheid ten gevolge van de verschillen inzake boekhoudkundige praktijken en normen. Zij zal er rekening mee houden op het ogenblik dat de geschikte referentie-elementen gedefiniëerd worden, die zullen moeten aangewend worden bij de vergelijking met openbare bedrijven die middelen ontvangen.

37.3. *Financiële planning.* Wanneer wordt getracht financiële middelen aan te trekken om een investeringsprogramma te financieren, dienen uiteraard dit programma en de vooronderstellingen waarop het is gebaseerd, grondig te worden bestudeerd om uit te maken of de investering verantwoord is.

37.4. *Marktsituatie.* Markttendensen (de in het verleden behaalde resultaten en vooral de vooruitzichten) en het marktaandeel van de onderneming over een relevante periode, alsmede toekomstverwachtingen moeten worden geanalyseerd.

Garanties voor leningen

38. Het standpunt dat de Commissie momenteel inneemt ten aanzien van garanties voor leningen is onlangs aan de Lid-Staten meegedeeld⁽³¹⁾. Het heeft betrekking op alle garanties die de overheid rechtstreeks verleent of door financiële instellingen doet verlenen en die onder artikel 92, lid 1, van het EEG-Verdrag vallen. Slechts indien garanties worden beoordeeld op het ogenblik waarop zij worden verleend, kunnen alle vervalsingen of potentiële vervalsingen van de mededinging worden opgespoord. Het feit dat een bedrijf een garantie ontvangt, ook indien hierop nooit een beroep wordt gedaan, kan dat bedrijf wellicht in staat stellen aan het handelsverkeer te blijven deelnemen, met het mogelijke gevolg

dat concurrenten die niet over dergelijke faciliteiten beschikken hun activiteit moeten stopzetten. Het betrokken bedrijf heeft derhalve bijstand gekregen waardoor zijn concurrenten zijn benadeeld, met andere woorden het heeft steun ontvangen en dit heeft gevolgen gehad voor de mededinging. Om het steungehalte van een gegeven garantie te kunnen beoordelen, is een onderzoek van de financiële positie van de lener noodzakelijk (zie punt 37). Het steungehalte van deze garanties is het verschil tussen de rente die de lener in een vrije markt zou moeten betalen en de rente die werkelijk, dank zij de garantie, moet worden betaald, na aftrek van eventuele voor de garantie betaalde premies. Schuldeisers kunnen slechts met afdoende zekerheid een vordering instellen op grond van een overheidsgarantie wanneer die uitdrukkelijk aan een openbare of particuliere onderneming is verleend. Indien een dergelijke garantie, rekening houdend met de in het Verdrag voorziene uitzonderingen, na onderzoek, onverenigbaar wordt geacht met de gemeenschappelijke markt, dient de waarde van de steun die erin is vervat door de onderneming aan de overheid te worden terugbetaald, zelfs wanneer dit tot een faillissement leidt. De vorderingen van de schuldeisers worden echter gehonoreerd. Deze bepalingen gelden zowel voor openbare als voor particuliere ondernemingen. Voor openbare bedrijven zijn geen bijkomende bijzondere regelingen noodzakelijk naast de onderstaande opmerkingen.

38.1. Openbare bedrijven die gelet op hun wettelijke statuut niet failliet kunnen gaan, genieten in feite voor al hun leningen van een steun die een garantie is indien zulk een bedrijf dank zij dat statuut leningen kan opnemen tegen betere voorwaarden dan normaliter het geval zou zijn.

38.2. Indien een overheid in een openbaar bedrijf een participatie neemt die haar een onbeperkte aansprakelijkheid oplegt, in plaats van de gewone beperkte aansprakelijkheid, zal de Commissie dit beschouwen als een garantie voor alle financiële verplichtingen waarvoor de onbeperkte aansprakelijkheid geldt⁽³²⁾. Zij zal op de betrokken garantie de hierboven beschreven beginselen toepassen.

Leningen

39. Wanneer een investeerder tegen normale marktvoorwaarden aan een cliënt leningfaciliteiten biedt, is hij zich bewust van het risico dat daaraan verbonden is. Het risico is uiteraard dat de klant niet in staat zal zijn de lening terug te betalen. Het potentieel verlies is het volledige geleende bedrag (de hoofdsom) en de rente die verschuldigd doch niet betaald is bij een eventuele staking van betalingen. Het risico dat aan een leningovereenkomst is verbonden, komt doorgaans tot uiting in twee parameters:

- a) de berekende rentevoet, en
- b) de gevraagde zekerheidstelling.

⁽³¹⁾ Mededeling aan de Lid-Staten van 5 april 1989, gewijzigd bij brief van 12 oktober 1989.

⁽³²⁾ Zie punt 24.

40. Wanneer het aan de lening verbonden risico naar schatting relatief groot is, mag worden verwacht dat dit zowel in a) als in b) tot uitdrukking komt. Wanneer dit niet het geval is, zal de Commissie ervan uitgaan dat de betrokken onderneming een voordeel geniet, dit wil zeggen dat zij steun ontvangt. Dezelfde redenering kan worden gevolgd wanneer de activa die dienen als pand voor een vaste of vlottende vordering op het bedrijf ontoereikend zijn om de lening volledig af te lossen. De Commissie zal voortaan de voor leningen gestelde zekerheid aan een zorgvuldig onderzoek onderwerpen. Deze toetsing is van dezelfde aard als die welke voor kapitaalinjecties wordt voorgesteld (zie punt 37).

41. Het steungehalte is het verschil tussen de rente die de onderneming normaliter zou moeten betalen (welke afhankelijk is van de financiële positie van het bedrijf en de geboden zekerheid) en de werkelijk betaalde rente. (Bij deze eenmalige beoordeling van de lening wordt uitgegaan van de vooronderstelling dat de kapitaalverschaffer bij staking van betalingen het hem toekomende recht zal uitoefenen om de hem verschuldigde bedragen op te eisen.) In het extreme geval dat een lening zonder zekerheid wordt toegekend aan een bedrijf dat onder normale omstandigheden geen financiering zou kunnen verkrijgen (bij voorbeeld omdat de kans dat het de lening zal kunnen terugbetalen naar verwachting gering is), staat de lening in feite gelijk met een subsidie en zal zij als zodanig door de Commissie worden beoordeeld.

42. De situatie moet worden bekeken vanuit het standpunt van de kapitaalverschaffer op het tijdstip van de toekenning van de lening. Indien bij beslist geld te lenen (of indien hij daartoe direct of indirect gedwongen is, hetgeen het geval kan zijn bij banken in staatseigendom) tegen voorwaarden die door een bank niet als normaal worden beschouwd, is er sprake van een steunbestanddeel waarvan de omvang moet worden vastgesteld. Deze regeling geldt uiteraard eveneens voor particuliere ondernemingen die leningen verkrijgen van openbare kredietinstellingen.

Rendement van investeringen

43. De Staat moet, zoals elke investeerder tegen marktvoorwaarden, rekenen op een redelijk rendement op kapitaalinvesteringen in de vorm van dividenden of vermogensaanwas⁽³³⁾. Het rendement wordt bepaald op grond van de winst (na afschrijvingen, maar vóór belasting en reservering), uitgedrukt als een percentage van de aangewende activa. Het is derhalve een maatstaf die neutraal is ten aanzien van de in elke onderneming toegepaste vorm van financiering (vreemd of eigen vermogen); de beslissing daarover kan bij openbare bedrijven immers worden genomen op andere dan commerciële gronden. Indien dit normale rendement noch op korte termijn, noch waarschijnlijk op lange termijn zal worden gerealiseerd (waarbij de onzekerheid van deze winst op lange

termijn naar behoren in aanmerking moet worden genomen) en het openbare bedrijf niets heeft ondernomen om deze situatie recht te zetten, mag worden aangenomen dat de onderneming indirect steun ontvangt daar de Staat afziet van de opbrengst die een investeerder tegen marktvoorwaarden van een soortgelijke investering zou verwachten. Een normaal rendement wordt zoveel mogelijk gedefinieerd onder verwijzing naar soortgelijke particuliere ondernemingen. De Commissie is zich ervan bewust dat het niet eenvoudig is dergelijke vergelijkingen tussen de Lid-Staten te maken (zie voetnoot 37). Internationale vergelijkingen van het rendement worden daarenboven nog meer bemoeilijkt door de verschillen tussen de kapitaalmarkten, de koersschommelingen en rentevoeten in de onderscheiden Lid-Staten.

Aangezien het op basis van de bestaande accountantspraktijken zelfs binnen een zelfde Lid-Staat een precare zaak is activa nauwkeurig te waarderen, hetgeen meebrengt dat alle rendementsberekeningen speculatief zijn, zal de Commissie nagaan of het mogelijk is hetzij gecorrigeerde waarderingsresultaten, hetzij eenvoudiger criteria zoals de operationele cash-flow (na afschrijvingen maar vóór reserveringen) te hanteren als een graadmeter voor de economische rendabiliteit.

Wanneer een particuliere onderneming onvoldoende rendement krijgt, doet zij zelf het nodige om die situatie te verhelpen of wordt zij daartoe door haar aandeelhouders verplicht. Dit betekent normaliter dat een gedetailleerd plan wordt opgesteld om de algemene rendabiliteit te verhogen. Indien een openbaar bedrijf een onvoldoende rendement heeft, zou de Commissie dit kunnen beschouwen als zijnde een steunelement, dat dan in het licht van artikel 92 moet worden onderzocht. In dat geval verkrijgt het openbare bedrijf zijn kapitaal daadwerkelijk tegen meer gunstige dan de marktvoorwaarden, hetgeen overeenkomt met een subsidie.

44. Ook indien de Staat afziet van inkomen uit dividenden van een overheidsbedrijf en de daaruit voortvloeiende ingehouden winst geen normaal rendement oplevert zoals hierboven omschreven, wordt het betrokken bedrijf in feite door de Staat gesubsidieerd. Het is zeer wel mogelijk dat de Staat er om andere dan commerciële redenen de voorkeur aan geeft af te zien van elk dividend (of met een lager dividend genoegen te nemen), liever dan geregeld opnieuw kapitaal in het bedrijf te moeten inbrengen. Het resultaat is hetzelfde en deze vorm van regelmatige „financiering” moet op dezelfde wijze worden behandeld als een kapitaalbreng en worden beoordeeld aan de hand van de bovengenoemde begrippen.

45. Duur

Na een beginperiode van vijf jaar, zal de Commissie overgaan tot een herwaardering van de toepassing van het in deze mededeling uiteengezette beleid. Op basis van dit onderzoek, en na de Lid-Staten te hebben geraadpleegd, zal de Commissie elke wijziging kunnen voorstellen die zij nodig zal achten voor de werking van het systeem.

⁽³³⁾ Het afzien van een normaal rendement op de beschikbaarstelling van openbare middelen valt onder de bepalingen van de richtlijn inzake doorzichtigheid.