

Market economy operator: de economische ratio van een crediteurenakkoord is bepalend

Mr. D. Ninck Blok en mr. G. Van der Wal*

Het Hof van Justitie en het Gerecht hebben in hun arresten in de langlopende zaak *Frucona Košice* voor de toepasselijkheid en toepassing door de Commissie van het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie ('market economy operator' (MEOP)) duidelijke regels vastgesteld. Het arrest *Frucona Košice* zet de lijn van eerdere jurisprudentie verder door een objectieve economische toets van de transactie bij de beoordeling van het voordeelcriterium centraal te stellen. De subjectieve gedragingen of bewustheid van de overheidsinstanties zijn daarbij ondergeschikt.

HvJ 20 september 2017, zaak C-300/16 P, *Europese Commissie / Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2017:706.

Het arrest van het Hof van Justitie

Feitelijke achtergronden

Frucona Košice (hierna: Frucona) was actief als producent van en groothandelaar in onder meer gedestilleerde en non-alcoholische dranken, groente- en fruitsappen en azijn. De onderneming was gevestigd in Košice (Slowakije) en had in de jaren 2002-2004 een omzet van (omgerekend) ongeveer 23 miljoen euro. Een vrij kleine onderneming dus die echter voor een reeks uitspraken over staatssteun heeft gezorgd.¹ In de periode 2002-2003 heeft het lokale belastingkantoor te Košice op verzoek van Frucona, die in financieel zwaar weer verkeerde, de maandelijkse betalingsverplichtingen opgeschort tot een totaal van 12,6 miljoen euro tegen gedeeltelijke zekerheidstelling. De belastingdienst was verreweg de grootste schuldeiser van Frucona. In 2004 ging het verder bergafwaarts met Frucona. Door het onbetaald laten van

accijnzen verloor zij haar vergunning voor de productie van gedistilleerde dranken. Frucona was genoodzaakt om de procedure tot verkrijging van een crediteurenovereenkomst in te leiden. Frucona stelde voor 35 procent van alle schulden te betalen tegen finale kwijting teneinde een faillissement af te wenden.² In het kader van deze procedure hebben de crediteuren uiteindelijk op 9 juli 2004 ingestemd met een kwijtschelding van 65 procent van hun vorderingen op Frucona. Het akkoord werd op 14 juli 2004 door de regionale rechtbank bevestigd, hetgeen voor het lokale belastingkantoor een uitkering van ongeveer 5,9 miljoen euro betekende.

Een onafhankelijk auditrapport moest het lokale belastingkantoor in staat stellen een beoordeling te maken van de voordelen van een crediteurenakkoord in vergelijking met een faillissement en uitwinning van zekerheden door de belastingdienst als preferente crediteur en separatist. De nationale belastingautoriteit had de lokale autoriteit geïnstrueerd niet akkoord te gaan met het crediteurenakkoord.³ Frucona ontving kort na het door de rechtbank bevestigde crediteurenakkoord van de belastingdienst de mededeling dat het bedrag van de belastingvordering die door middel van het crediteurenakkoord was kwijtgescholden, staatssteun is die ter goedkeuring voorgelegd moet worden aan de Commissie. Tegelijkertijd was bij de Commissie hierover een klacht ingediend waarna de Commissie Slowakije om informatie vroeg. De Slowaakse autoriteiten namen het standpunt in dat er inderdaad sprake was van staatssteun en verzochten de Commissie de steun aan het in financiële moeilijkheden verkerende Frucona alsnog goed te keuren op basis van de destijds geldende richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun.⁴ Twijfels bij de Commissie leidden tot de formele onderzoeksprocedure.⁵

1. Steunmaatregel nr. C 25/2005 (ex NN 21/2005) – maatregel ten faveure van Frucona Košice, randnrs. 10-13.
2. Besluit van 7 juni 2006 betreffende staatssteun van Slowakije aan Frucona Košice (C 25/2005 (ex NN 21/2005)), randnr. 57.
3. Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (1999/C 288/02).
4. Steunmaatregel nr. C 25/2005 (ex NN 21/2005) – maatregel ten faveure van Frucona Košice. Uitnodiging om overeenkomstig artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag opmerkingen te maken, PbEG 2005, C 233/11.

Deze procedure mondde uit in het eerste besluit van de Commissie waarin werd geoordeeld dat de kwijtschelding door de belastingdienst ten gunste van Frucona staatssteun is die niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. De Commissie verplichtte de Slowaakse Republiek de steun terug te vorderen tot een bedrag van ca. 11 miljoen euro.⁶

Procesverloop

Na het eerste besluit van de Commissie van 7 juni 2006 volgt een reeks van procedures. Op 12 januari 2007 heeft Frucona bij het Gerecht beroep ingesteld tegen het besluit van 7 juni 2006. Dit beroep is met het arrest van 7 december 2010 (na meer dan vier jaar) verworpen.⁷ Vervolgens heeft het Hof van Justitie in zijn arrest van 24 januari 2013 het verzoek om een hogere voorziening van Frucona (deels) toegewezen.⁸ Het Hof van Justitie oordeelde dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt bij de toepassing van het beginsel van een particuliere schuldeiser. De zaak werd teruggevoerd naar het Gerecht, maar tot een nieuw arrest van het Gerecht is het niet meer gekomen. De Commissie heeft bij besluit van 16 oktober 2013 geprobeerd de door het Hof van Justitie vastgestelde gebreken te herstellen.⁹ Slowakije werd wederom verplicht tot terugvordering van steun tot hetzelfde bedrag als in het besluit van 7 juni 2006. Frucona heeft zich weer tot het Gerecht gewend.¹⁰ Het Gerecht heeft op 16 maart 2016 uitspraak gedaan: het beroep van Frucona werd gegrond verklaard en het besluit van de Commissie werd vernietigd.¹¹ Hierop heeft de Commissie een hogere voorziening verzocht die heeft geleid tot het arrest van het Hof van Justitie van 20 september 2017¹² dat hier wordt besproken.

Samenvatting van het debat in de voorgaande procedures

De kern van het debat is in al die jaren en procedures eigenlijk niet wezenlijk veranderd: moet de instemming van de Slowaakse belastingdienst met het crediteurenakkoord gekwalificeerd worden als een marktconforme handeling? Anders gezegd: zou een particuliere schuldeiser in dezelfde omstandigheden hebben gehandeld zoals de belastingdienst?¹³ Volgens Slowakije vormde de maatregel wel degelijk staatssteun, hetgeen uiteraard door Frucona werd bestreden. De Commissie achtte in het initiële besluit van 7 juni 2006 aannemelijk dat de

verkoop van de activa in het kader van een faillissementsprocedure naar alle waarschijnlijkheid tot een hogere opbrengst zou hebben geleid voor de crediteuren en a fortiori voor de belastingdienst als preferente crediteur en separatist.¹⁴ Volgens de Commissie zou een private schuldeiser onder dergelijke omstandigheden niet hebben ingestemd met het crediteurenakkoord. Het argument dat het voorkomen van het faillissement perspectieven opende voor toekomstige door Frucona te betalen belastingen, wordt door de Commissie afgewezen: de situatie waarin de overheid zich bevindt kan in dit opzicht niet worden vergeleken met die van een private partij.¹⁵

Een van de beroepsgronden van Frucona was dat de Commissie geen of onvoldoende rekening had gehouden met de duur van de faillissementsprocedure als relevante factor bij de beoordeling of de instemming van de belastingdienst (als schuldeiser) met het crediteurenakkoord marktconform was.¹⁶ Het Hof van Justitie erkende dat de duur van een faillissementsprocedure 'in aanzienlijke mate van invloed kan zijn op de besluitvorming van een normaal voorzichtige en verstandige particuliere schuldeiser wiens situatie die van de lokale belastingdienst het dichtst benadert'.¹⁷ Het Hof van Justitie stelde vast dat het Gerecht onvoldoende was nagegaan of en in hoeverre de Commissie dit aspect in de beoordeling heeft betrokken en ten onrechte dit eventuele hiaat in het bestreden besluit met een eigen motivering had proberen weg te werken.¹⁸ De kernoverweging die door het Hof van Justitie vaker wordt gebruikt, is dat in geval de Commissie in een besluit complexe economische beoordelingen dient te maken, de Unierechter zijn economische beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie mag stellen,¹⁹ derhalve ook niet als de Commissie ten onrechte een dergelijke beoordeling heeft nagelaten. Die vaststelling leidde tot terugwijzing naar het Gerecht voor beoordeling van de andere argumenten van Frucona.²⁰ De Commissie heeft op 16 oktober 2013 een nieuw besluit genomen waarbij het eerdere besluit werd ingetrokken, de terugvorderingsverplichting werd herhaald en de stelling van Frucona dat de duur van de faillissementsprocedure van doorslaggevend belang is voor de marktconformiteitstoets van de acceptatie van het crediteurenakkoord door de belastingdienst, uitvoerig gemotiveerd wordt verworpen.²¹

In beroep heeft het Gerecht het tweede besluit vernietigd met het arrest van 16 maart 2016.²² Hierbij was de vraag of de Commissie de kwalificatie van de Slowaakse regering dat sprake was van steun en dat het MEOP-criterium daarom niet meer aan de orde komt, moest overnemen. Het Gerecht oordeelde op grond van het tweede

6. Beschikking van de Commissie van 7 juni 2006 betreffende staatssteun C 25/500 (ex NN 21/2005) van de Slowaakse Republiek ten gunste van Frucona Košice, a.s., PbEG 2007, L 112/14.
7. Gerecht 7 december 2010, zaak T-11/07, *Frucona Košice/Commissie*, ECLI:EU:T:2010:498.
8. HvJ 24 januari 2013, zaak C-73/11 P, *Commissie/Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2013:32.
9. Besluit van de Commissie van 16 oktober 2013 betreffende steunmaatregel SA.18211 (C 25/2005) (ex NN 21/2005), PbEU 2014, L176/18.
10. Gerecht 16 maart 2016, zaak T-103/14, *Frucona Košice/Commissie*, ECLI:EU:T:2016:152.
11. Arrest T-103/14.
12. HvJ 20 september 2017, zaak C-300/16 P, *Commissie/Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2017:706.
13. Besluit d.d. 7 juni 2006, randnr. 75.

14. Besluit d.d. 7 juni 2006, randnrs. 92-99.
15. Besluit d.d. 7 juni 2006, randnrs. 105-112.
16. Arrest C-73/11 P, punten 31-35.
17. Arrest C-73/11 P, punt 81.
18. Arrest C-73/11 P, punten 83-90.
19. Arrest C-73/11 P, punt 75.
20. Arrest C-73/11, punten 100-107.
21. Besluit d.d. 16 oktober 2013, randnrs. 109-118.
22. Gerecht 16 maart 2016, zaak T-103/14, *Frucona Košice/Commissie*, ECLI:EU:T:2016:152.

* Mr. D. (Doortje) Ninck Blok en mr. G. (Gerard) van der Wal zijn beiden werkzaam als advocaat Europees en mededingingsrecht bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam.

1. Gerecht 7 december 2010, zaak T-11/07, *Frucona Košice/Commissie*, ECLI:EU:T:2010:498, punt 2.

besluit dat de Commissie dat niet had gedaan: daaruit bleek juist dat de Commissie de maatregel had getoetst aan het MEOP-beginsel. Terecht, oordeelde het Gerecht, want de Commissie kan aan het standpunt van Slowakije dat de maatregel als staatssteun kwalificeert niet de conclusie verbinden dat dit inderdaad het geval is²³ en het Gerecht kan slechts toetsen hetgeen de Commissie heeft gedaan en niet zijn eigen motivering in de plaats stellen van die van de Commissie.²⁴ Het Gerecht geeft een mooie samenvatting van de rechtspraak over het MEOP-beginsel. Dit beginsel brengt mee dat – hier – een vergelijking gemaakt moet worden tussen een publieke schuldeiser en een hypothetische particuliere schuldeiser die zich in een vergelijkbare situatie zouden bevinden.²⁵ Wat betreft de toepassing van het MEOP acht het Gerecht de daartegen gerichte gronden van beroep gegrond: de waardering door de Commissie van de executiewaarde van de activa is niet voldoende onderbouwd. Ook de schatting door de Commissie van de invloed van de duur van de faillissementsprocedure op de vermoedelijke verkoopopbrengst wordt, zo oordeelt het Gerecht, terecht door Frucona betwist.²⁶ Belangrijk is de beslissing van het Gerecht over de onderzoeksplicht en bewijslastverdeling met betrekking tot de vraag of voldaan is aan de voorwaarden voor beroep op het MEOP. Het Gerecht legt die bewijslast in belangrijke mate bij de Commissie.²⁷

²⁸ heeft het Hof van Justitie het beroep van de Commissie verworpen.

50 Beoordeling door het Hof van Justitie

De zes middelen van de Commissie in het verzoek om een hogere voorziening richten zich hoofdzakelijk op de toepassing van het MEOP-beginsel en de onderzoeksplicht van de Commissie in dat kader. Hierna komen alleen die gronden aan de orde.

- *Toepasselijkheid van het criterium van de particuliere schuldeiser*²⁹

De Commissie betoogde dat het MEOP ziet op 'de subjectieve zienswijze' van de betrokken overheidsinstantie waarvan de maatregel onderwerp van een staatssteunrechtelijke beoordeling is. Als – zoals in het dossier Frucona – de nationale overheid stelt dat de maatregel staatssteun vormt in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, dan komt het MEOP volgens de Commissie niet (meer) aan de orde. Als de belanghebbende (hier: Frucona) toch een beroep zou kunnen doen op het MEOP, dan heeft het Gerecht, zo meent de Commissie, ten onrechte niet van Frucona gevergd dat zij 'ondubbelzinnig en aan de hand van objectieve en controleerbare gegevens' aan-

toont dat de maatregel op grond van het MEOP marktconform is en geen staatssteun is.

De Commissie verwijt het Gerecht ook dat is geoordeeld dat de toepassing van het MEOP een 'abstracte exercitie is waarbij ambtshalve het gedrag van de hypothetische ideale, rationele en volledig geïnformeerde particuliere schuldeiser moet worden gereconstrueerd'.³⁰ Deze rechtsklachten overtuigen het Hof van Justitie niet, dat het MEOP aanmerkt als onderdeel van de door de Commissie uit te voeren staatssteuntoets in alle gevallen waarin de toepassing van het MEOP ertoe kan leiden dat geen sprake is van steun.³¹ Het MEOP is geen criterium of uitzondering die alleen op verzoek in aanmerking komt, maar vormt een van de elementen die de Commissie moet onderzoeken, in ieder geval indien de handelwijze van een lidstaat vergeleken kan worden met het handelen van een particuliere marktdeelnemer.³² Dat laatste is hier het geval: de belastingdienst heeft als (publieke) schuldeiser aan Frucona betalingsfaciliteiten toegekend zoals ook private marktdeelnemers kunnen doen, waardoor toetsing aan het MEOP plaats moet vinden, ongeacht of Frucona of de autoriteiten van de betrokken lidstaat zich hierop beroepen.

Het gaat bij het MEOP om de toetsing van de economische aard van de handeling van een lidstaat en niet hoe de lidstaat zijn handelen zelf (subjectief) kwalificeert of welke alternatieven werden overwogen.³³ In dat kader moet de Commissie dus niet (alleen) de door een lidstaat in aanmerking genomen opties toetsen, maar de MEOP-toets uitvoeren op basis van alle opties die – in dit geval – een particuliere schuldeiser zou hebben afgewogen. Hierbij past de verplichting van de Commissie om de betrokken lidstaat alle relevante informatie te vragen en in zoverre ervoor te zorgen dat zij daarover beschikt om toepassing van het MEOP mogelijk te maken.³⁴

- *Toepassing van het MEOP en de verplichting van de Commissie een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek uit te voeren*³⁵

Bij de toepassing van het MEOP ging de Commissie vervolgens uit van de 'subjectieve zienswijze van de openbare autoriteit'. Hieraan lag ten grondslag dat de Commissie meende dat de lidstaat moet bewijzen dat in overeenstemming met het MEOP is gehandeld. De Commissie zou zich mogen beperken tot een onderzoeksplicht van de relevante gegevens waarover zij beschikt en niet gehouden zijn actief bijkomende informatie te verwerven voor de toepassing van het MEOP. Dit uitgangspunt dat de Commissie de alternatieven (enkel) op basis van de informatie in haar dossiers

onderzoekt, zou volgens de Commissie geheel in overeenstemming zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie.³⁶ Dat dit betoog niet succesvol kan zijn, volgt uit het voorgaande. De argumenten resulteren in een belangrijke beslissing van het Hof van Justitie over de bewijslast en onderzoeksplicht van de Commissie bij de toepassing van het MEOP.

Het Hof van Justitie formuleert de aanpak die de Commissie dient te volgen:

1. De Commissie moet eerst een globale beoordeling verrichten of toepassing van het MEOP kennelijk niet slaagt, in dit geval dat Frucona 'kennelijk geen vergelijkbare betalingsfaciliteiten van een particuliere schuldeiser zou hebben gekregen'.³⁷ Het Hof van Justitie verwijst naar 'vaste rechtspraak', maar dat is alleen het eerste Frucona-arrest en een later arrest, waarin naar het eerste Frucona-arrest is verwezen.³⁸ Die globale beoordeling moet (hier) worden gebaseerd op alles dat 'in aanzienlijke mate invloed kan hebben op de besluitvorming van een normaal voorzichtige en verstandige particuliere schuldeiser wiens situatie die van de openbare schuldeiser het dichtst benadert en die betaling wenst te verkrijgen van de bedragen die een schuldenaar in betalingsmoeilijkheden hem verschuldigd is'.³⁹ Het gaat om een ex tunc beoordeling op basis van de feiten en verwachtingen ten tijde van goedkeuring van het besluit.
2. Wat de onderzoeksplicht en bewijslast betreft, verwijst het Hof van Justitie naar het arrest van het Gerecht. Het is juist dat de Commissie mag besluiten op basis van de inhoud van haar dossier op het tijdstip van het besluit, maar dat neemt niet weg dat de Commissie alle gegevens moet verzamelen die nodig zijn om het MEOP te kunnen toepassen.
3. Het Hof van Justitie verwijst in punten 134-137 naar het Gerecht voor de interpretatie van andere 'relevante gegevens'. Het Gerecht noemt – zeker niet uitputtend – de hoedanigheid van de schuldeiser (preferent, concurrent, separatist), de aard en omvang van zekerheden, de kans op herstel van de onderneming van de debiteur, de mogelijke liquidatieopbrengst en -uitkering, het risico van oplopende verliezen, de duur van de faillissementsprocedure en het betrekken van alternatieven in zijn onderzoek. Zonder deze informatie kan de MEOP-test niet worden uitgevoerd en de Commissie zal deze informatie dus (actief) moeten inwinnen.

36. Volgens vaste rechtspraak mag de Commissie een beslissing nemen op basis van de gegevens waarover zij kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar besluit heeft vastgesteld (HvJ 2 september 2010, zaak C-290/07 P, Scott, ECLI:EU:C:2010:480, punt 91 en rechtspraak aldaar). Het Hof van Justitie verwijst daarnaar in het arrest C-300/16 P, punt 70.

37. Arrest C-300/16 P, punt 59.

38. Arrest in zaak C-73/11 P en HvJ EU 21 maart 2013, zaak C-405/11 P, Bucek Automotive, ECLI:EU:C:2013:186, punt 54; zie voor een bespreking van dit niet-gepubliceerde arrest M. Munoz de Juan en J.M. Panero Rivas, 'Bucek Automotive sp. Z o.o. v European Commission', *ESTAL* 2012/271, afl. 1, p. 271-281.

39. Arrest C-300/16 P, punt 60.

4. Het Hof van Justitie verwijst naar punten 138-143 waarin het Gerecht heeft overwogen dat de onderzoeksplicht om relevante informatie te vergaren geen afwijking is van het uitgangspunt dat de Commissie beslist op basis van de informatie in haar dossier en de informatie waarover zij kon beschikken. Een onderzoek dient zorgvuldig en onpartijdig te zijn, een beslissing moet worden genomen op basis van betrouwbare gegevens. Dat impliceert dat de Commissie de betrokken lidstaat moet vragen om alle relevante informatie op basis waarvan zij kan uitmaken of is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van het MEOP.

Met toepassing van dit toetsingskader van het Gerecht, dat door het Hof van Justitie volledig wordt overgenomen, worden ook de gronden van beroep met betrekking tot onderdelen van de MEOP-toepassing door het Hof verworpen (de beoordeling van de alternatieven en gevolgen van het faillissementsscenario).

Duiding arrest

Hoe past het arrest van 20 september 2017 in de lijn van de jurisprudentie omtrent het MEOP?

- *De eerste stap: toepasselijkheid MEOP*

Voordat het MEOP kan worden toegepast (de tweede stap), moet in de voorfase (de eerste stap) eerst worden geconcludeerd of het MEOP daadwerkelijk van toepassing is, de eerste stap. Dit onderscheid is cruciaal voor de verdeling van bewijslast in MEOP-zaken. De Commissie komt bij de beoordeling van de toepasselijkheid minder beoordelingsvrijheid toe dan bij de toepassing.⁴⁰ Blijkt in de voorfase dat het MEOP niet toepasselijk is dan is verder onderzoek met het oog op de toepassing zinloos.⁴¹ Als er aan de toepasselijkheid is voldaan, heeft dat niet tot gevolg dat er aan het MEOP is voldaan. Dit kan pas worden vastgesteld na toetsing van de tweede stap.⁴²

Met zijn arrest van 5 juni 2012 (*Commissie/EDF*) heeft het Hof van Justitie deze eerste stap in de MEOP-toets ingebouwd. In de eerste stap moet toepasselijkheid van het MEOP worden vastgesteld. Deze vaststelling moet gebeuren aan de hand van objectieve criteria die betrekking hebben op de hoedanigheid waarin de lidstaat heeft gehandeld. In de zaak *Commissie/EDF* ging het om een belastingautoriteit en de gevolgen voor de door EDF verschuldigde vennootschapsbelasting van de beëindiging met terugwerkende kracht van een fiscale reserveringsverplichting. De Franse overheid, die ook aandeelhouder van EDF was, verrekende de verschuldigde

40. HvJ 21 maart 2013, zaak C-405/11 P, Bucek Automotive, ECLI:EU:C:2013:186, punt 32; zie voor de noodzaak van deze twee stappen Gerecht 15 september 2016, zaak T-386/14, *FIH Holding*, ECLI:EU:T:2016:474 waarin het Gerecht het onderscheid niet duidelijk voor ogen had. Zie ook M.A. Cyndecka, 'The FIH-Case and the MEIP – A Step Forward or a Step in the Wrong Direction', *ESTAL* 2017/86, afl. 1, p. 86-92.

41. Gerecht 17 december 2008, zaak T-196/04, *Commissie/Ryanair*, ECLI:EU:T:2008:585, punt 91.

42. M.A. Cyndecka, 'The Applicability and Application of the Market Economy Investor Principle', *ESTAL* 2016/381, afl. 3, p. 384-385.

23. Arrest T-103/14, punt 103.

24. Arrest T-103/14, punt 106 en de overweging in punt 111, met verwijzing naar het arrest C-73/11 P, punt 21 waar het Gerecht juist op dat punt door het Hof van Justitie was gecorrigeerd.

25. Arrest T-103/14, punten 130-147.

26. Arrest T-103/14, punten 149-230.

27. Arrest T-103/14, punten 138-143 en 232-235.

28. Conclusie in zaak C-300/16 P d.d. 3 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:331.

29. Arrest C-300/16 P, punten 10-31.

30. Arrest C-300/16 P, punt 14.

31. 'Steun' houdt volgens het Gerecht niet alleen positieve prestaties in, maar bijvoorbeeld ook lastenverlichtingen, zie C-300/16 P, punten 20-22.

32. Over het onderscheid tussen de twee hoedanigheden heeft het Hof van Justitie zich duidelijk uitgelaten in zijn uitspraak van 14 september 1994, zaak C-278/92, *Hyatasa*, ECLI:EU:C:1994:325, punt 22.

33. Arrest T-103/14, punt 27.

34. Arrest T-103/14, punt 138.

35. Arrest C-300/16 P, punten 42-83.

belasting met een kapitaalinjectie (volstorting van aandelen). De vraag was of deze kapitaalinjectie en verrekening gezien kon worden als een marktconforme handeling van de lidstaat Frankrijk in zijn hoedanigheid van aandeelhouder in het staatsbedrijf EDF.⁴³ In het arrest *Commissie/EDF* overwoog het Hof van Justitie dat 'toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder uiteindelijk ervan [afhangt] of de betrokken lidstaat een hem toebehorende onderneming een economisch voordeel toekent in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid'⁴⁴ waarvan de lidstaat de bewijslast draagt. Tegelijkertijd voegde het Hof van Justitie daaraan toe dat op de Commissie de verplichting rust een globale beoordeling te verrichten naar de hoedanigheid waarin de lidstaat heeft gehandeld. Daarbij kunnen met name relevant zijn de aard en het voorwerp van de maatregel, de nagestreefde doelstelling, de context van de maatregel en het daarvoor geldende juridische kader.⁴⁵ De verplichting van de Commissie om het MEOP in aanmerking te nemen wordt in het arrest *Frucona* verdergaand geformuleerd. Het Hof van Justitie heeft in het onderhavige arrest het uitgangspunt geformuleerd dat bij de vaststelling of het MEOP dient te worden toegepast 'de economische aard van de handeling van de lidstaat'⁴⁶ bepalend is. Niet de subjectieve houding (bewustzijn en handelen) van de autoriteit(en) is bepalend voor de toepasselijkheid van het MEOP en de inhoudelijke toets aan het MEOP.⁴⁷ Het is niet relevant of en door wie een beroep wordt gedaan op de toepassing van het MEOP of dat de betrokken overheid zich bewust is geweest van een mogelijke steunverlening. Wanneer een publieke schuldeiser, zoals i.c. de lokale of nationale belastingdienst, een betalingsarrangement aangaat met een belastingplichtige vindt het criterium van de particuliere schuldeiser toepassing. Dat de Slowaakse autoriteiten zich niet uitdrukkelijk op dit beginsel hebben beroepen staat er niet aan in de weg dat het wel moet worden toegepast. Als de Commissie een economische transactie van een publieke entiteit beoordeelt in het kader van artikel 107 VWEU is ze gehouden de al dan niet toepasselijkheid van het MEOP vast te stellen.

• *De tweede stap: inhoudelijke toetsing MEOP*

Als het MEOP van toepassing is, dient te worden getoetst⁴⁸ of de begunstigde onderneming een vergelijkbare transactie⁴⁹ (of in dit geval vergelijkbare betalingsfaciliteiten) met hetzelfde voordeel als het voordeel dat haar met staatsmiddelen ter beschikking is gesteld,⁵⁰ zou hebben kunnen sluiten met een particuliere marktdeelnemer wiens situatie die van de overheid het dichtst benadert.⁵¹ Indien dat het geval is, is geen sprake van steun. De Mededeling⁵² van de Commissie over het begrip staatssteun zegt het volgende over de inhoudelijke toets van het MEOP:

'Het beslissende element is de vraag of de overheidsinstanties hebben gehandeld zoals een marktdeelnemer in een markteconomie in een vergelijkbare situatie had gedaan. Is dat het geval, dan heeft de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangen dat deze onder normale marktomstandigheden niet had kunnen verkrijgen (...).'⁵³

In deze formulering en andere bewoordingen⁵⁴ maakt de Commissie de gedraging van de overheid het onderwerp en niet de transactie. Daarmee lijkt het handelen van de overheid en haar (subjectieve) oogmerk het uitgangspunt. Een dergelijke toets, die niet overeenstemt met het arrest *Frucona*, zal niet altijd dezelfde uitkomst hebben als een MEOP-toets op het voordeelelement van een transactie tussen een private entiteit en een publieke entiteit.

• *Voordeelcriterium versus uitzonderingsgrond*

De focus op de transactie die het Hof van Justitie in het onderhavige arrest verduidelijkt, is goed verklaarbaar op basis van de in het vervolg te behandelen eerdere rechtspraak. Om na te gaan of steunmaatregelen in strijd zijn met het staatssteunverbod van artikel 107 VWEU dient de Commissie de transactie aan de cumulatieve criteria uit dit artikel te toetsen. Als aan één of meer van de toepassingsvoorwaarden van een criterium niet is voldaan, is er geen sprake van staatssteun en zijn de staatssteun-

regels in het geheel niet van toepassing. Het Hof van Justitie oordeelt dat bij een transactie als de onderhavige, die economisch van aard is, bij de toetsing aan het voordeeltcriterium altijd het MEOP toegepast dient te worden. Dit brengt met zich dat de Commissie altijd verplicht is zelf te toetsen of daadwerkelijk een voordeel aan een onderneming is verstrekt dat deze onderneming al dan niet op normale marktvoorwaarden ook zou hebben ontvangen.⁵⁵

Om te achterhalen of de begunstigde onderneming daadwerkelijk een voordeel heeft verkregen zullen alle mogelijke opties die een private marktdeelnemer redelijkerwijs tot zijn beschikking zou hebben, bekeken moeten worden. Niet slechts de mogelijkheden die de bewuste publieke autoriteit onder ogen heeft gezien bij de totstandkoming van de beslissing. Bij deze beoordeling zal alle informatie in aanmerking moeten worden genomen die van belang is voor de beslissing van een normale voorzichtige en verstandige marktdeelnemer in een situatie die de positie van de overheid bij de desbetreffende transactie het best benadert.⁵⁶

• *Eerdere jurisprudentie Hof van Justitie*

Het MEOP is voor het eerst gesignaleerd in de uitspraken *Meura*⁵⁷ en *Boch II*⁵⁸ en is later, in de zaak *Van der Kooy*,⁵⁹ door advocaat-generaal Slynn uitgewerkt. In *Meura* gaf het Hof van Justitie aan dat getoetst moest worden of een particuliere marktinvesteerder onder gelijkaardige omstandigheden, op grond van de te verwachten rentabiliteit en afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal of sectoraal beleid, een dergelijke investering zou hebben gedaan.⁶⁰ Met betrekking tot de maatregel in kwestie werd door advocaat-generaal Slynn verdedigd dat naar de inhoud van de maatregel moest worden gekeken om te bepalen wat het beoogde doel was. Het MEOP speelt enkel een rol als het de vraag is of het doel van de maatregel voordeel voor de ontvanger is.⁶¹ Tevens werd in de jurisprudentie de vraag gesteld of eerder ontvangen steun de toepasselijkheid van het MEOP uitsluit. Het antwoord is hierop volgens het Gerecht in het *BP Chemicals*-arrest ontkenend.⁶² Nieuwe maatregelen moeten worden onderscheiden van bestaande steun. Van belang hierbij is de volgorde van de toekenning en het doel van de maatregel, en de situatie van de ontvanger op het moment dat de maatregel werd toegekend.⁶³ Het doel van de maatregel staat sinds lange tijd centraal in de jurisprudentie en besluiten van de Commissie, onder andere in

KSG,⁶⁴ *HSY*,⁶⁵ *FENIN*⁶⁶ en *Ryanair*.⁶⁷ Dat de beoordeling door de lidstaat dient te gebeuren op basis van een objectieve toets werd onderstreept in het *La Poste*-arrest.⁶⁸ In het arrest betreffende staatssteun aan de ING Groep werd in navolging van het *EDF*-arrest de nadruk gelegd op de economische rationaliteit van de maatregel. De kern van dit arrest was dat het MEOP ook moet worden toegepast door de Commissie op de wijziging van een bestaande steunmaatregel. Het doel van de maatregel is het uitgangspunt in de beoordeling gebleven.⁶⁹ Ten slotte is in het *EDF*-arrest geconcludeerd dat het voor de toepasselijkheid van het MEOP ervan afhangt of de Staat 'in zijn hoedanigheid van aandeelhouder' een economisch voordeel heeft toegekend.⁷⁰ De Commissie dient ondubbelzinnig vast te stellen, op basis van objectief en controleerbaar bewijs, dat de Staat heeft gehandeld en daartoe heeft besloten voorafgaand aan de maatregel. Volgens het Gerecht zijn economische waarderingen of rechtvaardiging van de transactie achteraf niet voldoende om het handelen als particuliere marktdeelnemer te bewijzen.⁷¹ Het arrest *Frucona Košice* zet de lijn van het *EDF*-arrest verder door naar het centraal stellen van een objectieve economische toets op de transactie voor de toepasselijkheid van het MEOP. De subjectieve gedragingen of het subjectieve bewustzijn van de overheidsinstanties zijn uitdrukkelijk ondergeschikt.

• *Bewijslast en onderzoeksplicht Commissie*

Het onderhavige arrest verduidelijkt dat de MEOP-toepassing en -beoordeling anders aangepakt dient te worden, met name door de Commissie. De onderzoeksplicht en bewijslast bij de toepassing van het MEOP rusten bij de Commissie. De Commissie dient rekening te houden met alle relevante gegevens van de zaak op de datum dat zij het besluit vaststelt en niet alleen de gegevens die zijn verstrekt door de lidstaat. De Commissie zal in voorkomend geval de lidstaat moeten vragen om haar meer gegevens toe te sturen. De Commissie zal moeten nagaan of gegevens die haar beoordeling tegenspreken haar tijdig bekend konden zijn en of zij die had

43. HvJ 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Commissie/EDF*, ECLI:EU:C:2012:318, punt 81 e.v. G. van der Wal en M.C. van Heezik, annotatie in *Tijdschrift voor Staatssteun* 2012, nr. 3, p. 110-116.
44. Arrest C-124/10, punt 81. Dit onderscheid is op duidelijke wijze uiteengezet in de conclusie van A-G Léger in HvJ 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark*, ECLI:EU:C:2003:415, conclusie A-G Léger, punt 10.
45. *Commissie/EDF*, punt 86; P. Nicolaidis, 'How A Private Investor Behaves: EDF v Commission', *StateAidHub.eu* 6 februari 2018.
46. Arrest in C-300/16 P, punt 27.
47. E. Szyzszak, 'The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets', *ESTAL* 2011/35, afl. 1, p. 37.

48. Zie voor de vraag welke specifieke toets in een bepaald geval moet worden toegepast Gerecht 28 februari 2012, zaak T-268/08, *Land Burgenland*, ECLI:EU:T:2012:90, punten 47-48 en S. Stekelenburg, 'De overheid als marktpartij: de market economy operator-test in het staatssteunrecht', *M&M* 2016/1, p. 16-21.
49. Zie voor verschillende waarderingswijzen van de transactie M. Aalbers en M. I. Jaarsma, 'Het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie: rechtsontwikkelingen en praktische knelpunten in gebiedsontwikkeling. Terug naar de basis?', *Tijdschrift voor Staatsteun* 2015, afl. 3, p. 106-107.
50. Gerecht 6 maart 2003, gevoegde zaken T-228/99 en T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale en deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen/Commissie*, ECLI:EU:2003:57, punt 207; arrest in C-300/16 P, punt 59.
51. Zie P. Nicolaidis en I.E. Rusu, 'Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money', *ESTAL* 2011/237, afl. 2, p. 238-241, voor de vereisten die op basis van de vaste rechtspraak aan de hypothetische particuliere marktdeelnemer worden gesteld.
52. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), *PbEU* 2016, C 262/1.
53. Mededeling begrip 'staatssteun', randnr. 76.
54. Mededeling begrip 'staatssteun', randnr. 75.

55. Gerecht 16 januari 2018, zaak T-747/15, *EDF*, ECLI:EU:T:2018:6, punt 242.
56. Arrest in C-300/16 P, punt 60.
57. HvJ 10 juli 1986, zaak C-234/84, *Meura*, ECLI:EU:C:1986:302.
58. HvJ 10 juli 1986, zaak C-40/85, *Boch II*, ECLI:EU:C:1986:305.
59. HvJ 2 februari 1988, gevoegde zaken C-67/85, 68/85 en 70/85, *Van der Kooy*, ECLI:EU:C:1988:38; conclusie A-G Slynn, ECLI:EU:C:1987:177, punt 257.
60. *Meura*, punt 14.
61. N. Saanen, 'Is het een overheid? Is het een onderneming? Nee, het is een particuliere marktinvesteerder!', *NtEr* 2012/8-9, p. 316.
62. Gerecht 15 september 1998, zaak T-11/95, *BP Chemicals*, ECLI:EU:T:1998:199.
63. *BP Chemicals*, punten 170-171.

64. Beschikking van de Commissie van 5 juni 2002 betreffende de maatregelen van Nederland ter herstructurering en privatisering van Koninklijke Schelde Groep (2003/45/EG), *PbEU* 2003, L 14/56, randnr. 36-41.
65. Beschikking van de Commissie van 2 juli 2008 betreffende de maatregelen C 16/04 (ex NN 29/04, CP 71/02 en CP 133/05) die door Griekenland ten behoeve van Hellenic Shipyards ten uitvoer zijn gelegd (2009/610/EG), *PbEU* 2009, L 225/104; later bevestigd in Gerecht 25 oktober 2011, zaak T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energia/Commissie*, ECLI:EU:T:2011:621.
66. Gerecht 4 maart 2003, zaak T-319/99, *Fenin/Commissie*, ECLI:EU:T:2003:50.
67. Gerecht 17 december 2008, zaak T-196/04, *Ryanair*, ECLI:EU:T:2008:585.
68. Gerecht 20 september 2012, zaak T-154/10, *La Poste*, ECLI:EU:T:2012:452, punt 58.
69. HvJ 3 april 2014, zaak C-224/12 P, *ING*, ECLI:EU:C:2014:213, punten 30-37.
70. HvJ 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Commissie/Électricité de France (EdF)*, ECLI:EU:C:2012:318, punt 81.
71. Gerecht 16 januari 2018, zaak T-747/15, *EDF*, ECLI:EU:T:2018:6, punten 243-244.

moeten betrekken als relevante gegevens in haar beoordeling.⁷²

De Commissie mag dus niet afgaan op het door een lidstaat ingenomen standpunt over de kwalificatie van een maatregel als staatssteun. Ook mag de Commissie haar onderzoek niet beperken tot die informatie die haar door de lidstaat is verschaft maar is zij gehouden actief noodzakelijke informatie te vergaren.⁷³

De bewijslast van de Commissie is zwaar, hetgeen geen verbazing wekt: het gaat veelal om complexe economische beoordelingen die zich uitstrekken tot alle mogelijke opties waardoor de vergelijking met een private schuldeiser zo dicht mogelijk wordt benaderd. Dit heeft ook gevolgen voor de reikwijdte van de verplichtingen van de Commissie ten aanzien van het doen van (economisch) onderzoek. Ten aanzien van de bewijslast van de Commissie is overigens in het arrest *EDF/Commissie* al geoordeeld dat als een lidstaat een beroep doet op het MEOP en de lidstaat met objectieve en controleerbare gegevens aantoont dat de maatregel die aan de orde is, gebaseerd is op economische ramingen die vergelijkbaar zijn met die van een rationele particuliere investeerder in een dergelijke situatie, de Commissie slechts een globale beoordeling hoeft te verrichten rekening houdend met de door deze lidstaat verstrekte gegevens. Uit het *Frucona*-arrest volgt dat alle 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 door de Commissie moeten worden opgevraagd. Tot slot is in het onderhavige arrest nogmaals bevestigd dat de Commissie niet zelf verplicht is de economische rapporten (te laten) opstellen.⁷⁴

- *Betekenis voor de lidstaten/steun verlenende overheden*

Wanneer een overheid bij het nemen van een (steun)maatregel niet bij de vraag heeft stilgestaan of sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU, is er toch nog een kans dat de transactie niet het predicaat onrechtmatige staatssteun krijgt, omdat de toets zich niet beperkt tot alleen de scenario's die (mogelijk) bij de overheid in beeld waren voorafgaand of ten tijde van de steunverlening/transactie. De toepassing van het MEOP hoeft ook niet noodzakelijk door de overheid ingeroepen te worden. Betekent dit dat lidstaten/steun verlenende overheden achterover kunnen leunen?

De Commissie dient los van de standpunten van de betrokken partijen een eigen beoordeling te maken of het MEOP van toepassing is en zo ja, of aan de MEOP-test wordt voldaan. In het verlengde hiervan heeft de Commissie een eigen verantwoordelijkheid de noodzakelijke informatie te verkrijgen en zal zij daartoe de betrokken lidstaat aanspreken. Dat betekent dat de lidstaat moet beschikken over alle relevante informatie en

72. Gerecht 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, 190/13 en 193/13, *Leidschendam*, ECLI:EU:T:2015:447, punt 90.

73. Arrest in zaak T-103/14, punt 141.

74. Arrest in zaak C-300/16 P, punt 72.

hier voorafgaand aan de steunverlening/transactie bedacht op moet zijn. Immers, alleen de informatie die beschikbaar en voorzienbaar was op het ogenblik dat tot de maatregel wordt besloten kan in de MEOP-toets worden betrokken. De Commissie kan zelfs weigeren bewijs aan onderzoek te onderwerpen wanneer dit van latere datum is dan de bewuste steunverlening/transactie.⁷⁵ Wanneer economische ramingen relevant zijn bij de beslissing omtrent een transactie/steunverlening zal de lidstaat deze ramingen toch vooraf op moeten (laten) maken. Ook al weegt het 'bewustzijn' van de steun verlenende overheid bij de toepasselijkheid van het MEOP en de beoordeling daarvan geen rol, toch zullen overheden bij economische transacties met de markt hun handelen moeten kunnen staven.

Vervolg van de uitspraak

Met dit arrest blijft het besluit van de Commissie vernietigd. De Commissie zal een nieuw besluit moeten nemen. De Commissie zal van goeden huize moeten komen om weer een negatief besluit met een bevel tot terugvordering te nemen. Waarschijnlijker is dat de Commissie in haar besluit tot de conclusie zal komen dat er geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Dit is wat ook gebeurde in de zaak *Leidschendam real estate*. Nadat het Gerecht had geoordeeld dat 'de Commissie door niet alle relevante aspecten van de betrokken maatregel en zijn context in aanmerking te nemen, niet juist heeft kunnen analyseren of [de begunstigde (red.)] onder normale marktvoorwaarden hetzelfde voordeel had kunnen verkrijgen'⁷⁶ en het terugvorderingsbesluit van de Commissie vernietigde, heeft de Commissie in haar besluit geconcludeerd dat aan het MEOP is voldaan.⁷⁷

75. HvJ 5 juni 2012, zaak C-124/10 P, *Commissie/Électricité de France (EdF)*, ECLI:EU:C:2012:318, punten 104 en 105.

76. Gerecht 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13 en T-193/13, *Leidschendam-Voorburg/Commissie*, ECLI:EU:T:2015:447, punt 131.

77. Besluit van 15 januari 2016, SA.24123 (12/C) (ex 11/NN), *Leidschendam Real estate*, *PbEU* 2016, L 109/27.