

## CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 12 januari 2006<sup>1</sup>

1. Bij beschikking van 14 mei 2004 heeft het Tribunale di Cagliari (Italië) het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over twee vragen betreffende de uitlegging van de artikelen 87 EG en 88 EG respectievelijk de artikelen 43 EG, 44 EG, 48 EG en 49 EG. Voor het onderzoek van de eerste vraag moet opnieuw worden ingegaan op de voorwaarden van het gebruik staatssteun.

16 juli 1985, blz. 5019; hierna: „wet nr. 351/85”) werd ENI, samen met twee andere openbare lichamen, ENEL en ENEA, gemachtigd een naamloze vennootschap op te richten met als doel de ontwikkeling van innovatieve en geavanceerde technologieën op het gebied van het gebruik van steenkool. De wet bepaalde ook dat deze oprichting volledig uit de overheidsbegroting moest worden betaald. Aldus werd Sotacarbo opgericht. Als bijdrage aan de oprichting van een onderzoekscentrum voor steenkool op Sardinië betaalde ENI aan Sotacarbo 12 708 900 033 ITL als kapitaalbreng.

### I — Feiten en rechtskader van het hoofdgeding

2. Het verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Enirisorse SpA (hierna: „Enirisorse”) en Società Tecnologie Avanzate Carbone SpA (hierna: „Sotacarbo”). Aan dit geding liggen de volgende feiten ten grondslag. Enirisorse is een dochteronderneming van het concern Ente Nazionale Idrocarburi (hierna: „ENI”), een openbare onderneming die belast is met het beheer van de staatsdeelnemingen in de energiesector. Bij wet nr. 351 van 27 juni 1985 (*GURI* nr. 166 van

3. In 1992 werden ENI en ENEL geprivatiseerd en omgevormd tot naamloze vennootschappen. In het kader van deze omvorming werden de twee voornoemde vennootschappen bij wet nr. 140 van 11 mei 1999 (*GURI* nr. 117 van 21 mei 1999, blz. 4; hierna: „wet nr. 140/99”) gemachtigd om uit Sotacarbo te treden, op voorwaarde van volstorting van de aandelen. Enirisorse, die de participaties van ENI in Sotacarbo had overgenomen, koos ervoor om gebruik te maken van het haar krachtens wet nr. 140/99 verleende recht van uittreding. Derhalve stortte zij de aandelen vol en verzocht zij Sotacarbo om akte te nemen van deze uittreding en overeenkomstig artikel 2437 van de Italiaanse Codice civile haar aandelen terug te betalen.

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

4. Dit artikel luidt als volgt:

„De vennoten die het niet eens zijn met de besluiten betreffende de wijziging van het doel of de rechtsvorm van de vennootschap, of de verplaatsing van de maatschappelijke zetel naar het buitenland, hebben het recht uit de vennootschap te treden en de terugbetaling van hun aandelen te ontvangen aan de gemiddelde koers van de laatste zes maanden wanneer de aandelen beursgenoteerd zijn of, indien dit niet het geval is, in verhouding tot het vermogen van de vennootschap dat blijkt uit de balans van het laatste boekjaar.”

„Teneinde Sotacarbo SpA de nodige financiële middelen te garanderen voor de uitvoering van het in artikel 7, lid 5, van wet nr. 140 van 11 mei 1999 bedoelde activiteitenplan, zijn de vennoten van de vennootschap ertoe gehouden binnen zestig dagen na inwerkingtreding van de onderhavige wet de aandelen vol te storten en mogen zij uit de vennootschap treden na vooraf afstand te hebben gedaan van alle rechten op het vermogen van de vennootschap en na de aandelen te hebben volgestort. De verklaringen van uittreding die overeenkomstig artikel 7, lid 4, van wet nr. 140 van 11 mei 1999 reeds aan Sotacarbo SpA zijn meegegeeld, kunnen binnen dertig dagen na inwerkingtreding van de onderhavige wet worden ingetrokken. Na het verstrijken van deze termijn wordt de uittreding als voltooid beschouwd met volledige aanvaarding van bovengenoemde voorwaarden door de uittredende vennoot.”

5. Op de buitengewone vergadering van 12 februari 2001 nam Sotacarbo akte van de uittreding en besloot zij de aandelen van Enirisorse te vernietigen. Niettemin weigerde zij gevolg te geven aan het verzoek tot terugbetaling, op grond dat deze terugbetaling de vervulling van haar taak van algemeen belang, zoals deze in de wet is vastgesteld, in gevaar zou brengen. Op 8 juni 2001 heeft Enirisorse zich tot het de Tribunale di Cagliari gewend met een vordering tot terugbetaling van een bedrag gelijk aan de waarde van haar aandelen.

7. Voor de verwijzende rechter heeft Enirisorse haar twijfel geuit wat betreft de verenigbaarheid van deze wet met enkele bepalingen van het EG-Verdrag. Aangezien de verwijzende rechter deze twijfel gegrond achtte, heeft hij besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vragen te stellen:

6. Dit was de context van het geding toen op 12 december 2002 wet nr. 273 werd vastgesteld (gewoon supplement bij *GIURI* nr. 293 van 14 december 2002; hierna: „wet nr. 273/02”), waarvan artikel 33 luidt als volgt:

„1) Vormt de in artikel 33 van wet nr. 273/2002 bedoelde regeling een met artikel 87 EG onverenigbare steunmaatregel van de staat ten gunste van Sotacarbo SpA, die bovendien onrechtmatig is toegekend aangezien zij niet is aangemeld overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG?

2) Is de genoemde regeling in strijd met de artikelen 43 EG, 44 EG, 48 EG en 49 EG en volgende inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten?"

8. Ik herinner eraan dat volgens artikel 87, lid 1, EG, „[b]ehoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, [...] steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt [zijn], voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”. Volgens artikel 88, lid 3, EG, „[wordt] [d]e Commissie [...] van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenoemde maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid”.

geschil niet voldoende duidelijk en onpartijdig heeft uiteengezet, doordat hij heeft verzuimd nauwkeurige aanwijzingen te geven met betrekking tot de feitelijke en juridische omstandigheden van het geschil en hij zich achter de door verzoekster aangevoerde argumenten heeft geschaard. Derhalve is zij van mening dat het verzoek niet-ontvankelijk is.

10. Het is juist dat het „wegens het vereiste om tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, [...] noodzakelijk is dat deze rechter een omschrijving geeft van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd”.<sup>2</sup> Wanneer deze rechter daarentegen het Hof voldoende gegevens ter beschikking stelt die het in staat stellen om een zinvol antwoord te geven, kan hem niet worden tegengeworpen dat hij in de verwijzingsbeschikking zijn eigen beoordeling geeft van de ten overstaan van hem aangevoerde argumenten. Deze handelwijze is volstrekt conform de aard van de rechterlijke samenwerking als bedoeld in artikel 234 EG, die vereist dat de nationale rechters actief meewerken.<sup>3</sup>

## II — Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

### A — Het verzoek in het algemeen

9. Verweerster in het hoofdgeding verwijt de verwijzende rechter dat hij de details van het

11. In casu beschrijft de verwijzingsbeschikking weliswaar bondig, maar precies de

2 — Zie onder meer arrest van 26 januari 1993, *Telemarscabruzzo* e.a. (C-320/90-C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punt 6).

3 — De recentelijk geactualiseerde wenken van het Hof voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters bepalen in dit verband dat „[...] de verwijzende rechter, [zo hij dit mogelijk acht], [...] ook beknopt [kan] vermelden hoe de prejudiciële vragen zijns inziens zouden moeten worden beantwoord” (PB 2005, C 143, blz. 1).

oorsprong en de aard van het geschil, alsmede de relevante nationale wettelijke regeling. Hoewel zich in de tekst van de prejudiciële vragen een materiële vergissing heeft voorgedaan met betrekking tot het nummer van de relevante nationale wet, kan deze vergissing alleen niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek.<sup>4</sup>

van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht.<sup>5</sup> Bovendien moet erop worden gewezen dat de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt, die daarbij onder toezicht van de gemeenschapsrechter staat. Bijgevolg kan een nationale rechter het Hof in het kader van een prejudiciële verwijzing niet vragen of staatssteun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.<sup>6</sup>

12. De argumenten van verweerster betreffende de vorm van de verwijzingsbeschikking dienen derhalve te worden afgewezen. Er zijn andere, belangrijker argumenten, die betrekking hebben op de inhoud van de gestelde vragen.

15. Indien de nationale rechterlijke instantie daarentegen twijfel heeft over de kwalificatie van de betrokken nationale maatregel als staatssteun, kan of moet zij, afhankelijk van het geval, het Hof een prejudiciële vraag voorleggen over de uitlegging van artikel 87 EG.<sup>7</sup> Wanneer namelijk deze maatregel een steunmaatregel van de staat is, moet zij toetsen of de procedure van voorafgaand toezicht van artikel 88, lid 3, EG is nageleefd. Indien hiervan geen sprake is, dient de nationale rechterlijke instantie de justitiabelen te waarborgen dat, overeenkomstig hun nationale recht, alle consequenties uit een schending van die bepaling worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling verleende financiële steun.<sup>8</sup>

#### B — *De eerste vraag*

13. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of een nationale bepaling verenigbaar is met de artikelen 87 EG en 88 EG.

14. Deze vraag dient te worden geherformuleerd. Vaststaat dat het Hof in een krachtens artikel 234 EG ingeleide procedure niet bevoegd is het nationale recht uit te leggen of uitspraak te doen over de verenigbaarheid

5 — Zie onder meer arrest van 21 januari 1993, *Deutsche Shell* (C-188/91, Jurispr. blz. I-363, punt 27).

6 — Zie onder meer beschikking van 24 juli 2003, *Sicilcassa e.a.* (C-297/01, Jurispr. blz. I-7849, punt 47).

7 — Zie in die zin arrest van 11 juli 1996, *SFEI e.a.* (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punten 49-51).

8 — Zie onder meer arresten van 8 november 2001, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, Jurispr. blz. I-8365, punt 27), en 13 januari 2005, *Streekgewest* (C-174/02, Jurispr. blz. I-85, punt 17), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Transalpine Ölleitung in Österreich* (C-368/04, nog aanhangig voor het Hof, punten 67 e.v.).

4 — Het blijkt dat het prejudiciële verzoek ten onrechte spreekt van een wet nr. 240/02, terwijl wet nr. 273/02 wordt bedoeld.

16. Uit het voorgaande volgt dat indien het Hof geen antwoord kan geven op de eerste vraag zoals deze door de verwijzende rechter is geformuleerd, het die vraag daarentegen aldus moet opvatten of een regeling zoals die van artikel 33 van wet nr. 273/02, die de vennoten van een door de staat gecontroleerde vennootschap een recht van uittreding toekent mits zij afstand doen van alle rechten op het vermogen van die vennootschap, als steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 87 EG moet worden aangemerkt en bij de Commissie had moeten worden aangemeld overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG.

#### *C — De tweede prejudiciële vraag*

17. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of de betrokken regeling verenigbaar is met de artikelen 43 EG, 44 EG, 48 EG en 49 EG betreffende, respectievelijk, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap.

18. Naast het feit, zoals reeds vermeld, dat het Hof niet bevoegd is uitspraak te doen over de verenigbaarheid van een nationale bepaling met het gemeenschapsrecht, blijkt de relevantie van een uitlegging van de in deze vraag genoemde bepalingen van gemeenschapsrecht voor de oplossing van

het hoofdgeding niet duidelijk uit de verwijzingsbeschikking.

19. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat het onontbeerlijk is dat de nationale rechter enigszins uiteenzet waarom hij om uitlegging van bepaalde communautaire bepalingen verzoekt, en dat hij aangeeft welk verband hij legt tussen deze bepalingen en de nationale wettelijke regeling die op het geschil van toepassing is.<sup>9</sup>

20. Welnu, aan dit vereiste is in casu niet voldaan. De verwijzende rechter verstrekt geen enkele nuttige aanwijzing wat betreft het verband dat hij in zijn vraag legt tussen de artikelen 43 EG, 44 EG, 48 EG en 49 EG en de nationale wettelijke regeling die op het geschil van toepassing is. In dit verband uit hij alleen zijn twijfel wat betreft de verenigbaarheid van deze wettelijke regeling „met het beginsel van gelijke behandeling in een markteconomie”.

21. In deze omstandigheden dient de tweede vraag van de verwijzende rechter niet-ontvankelijk te worden verklaard. De bij wet nr. 273/02 ingevoerde regeling wordt derhalve alleen onderzocht in het licht van de verdragsbepalingen die betrekking hebben op steunmaatregelen van de staat.

<sup>9</sup> — Arrest van 9 september 2004, Carbonati Apuani (C-72/03, Jurispr. blz. I-8027, punt 11).

### III — De kwalificatie als staatssteun

22. Om een nationale maatregel als staatssteun in de zin van het Verdrag te kwalificeren, moet aan vier cumulatieve voorwaarden worden voldaan.<sup>10</sup> Alvorens echter iets te zeggen over de toepassing van deze voorwaarden, dient te worden nagegaan of de regels betreffende staatssteun eigenlijk wel van toepassing zijn op de onderhavige zaak.

#### A — De kwalificatie van de betrokken vennootschap als onderneming

23. Het is vaste rechtspraak dat de verdragsregels inzake mededinging, waarvan de regels betreffende staatssteun integrerend deel uitmaken, enkel van toepassing zijn wanneer de betrokken eenheid een onderneming is. Welnu, in het onderhavige geval wordt dit betwist. Verweerster in het hoofdgeding en de Italiaanse regering, die in de procedure voor het Hof opmerkingen heeft ingediend, stellen dat een vennootschap als Sotacarbo, die bij de wet vastgestelde activiteiten van algemeen belang uitoefent, niet als een onderneming kan worden aangemerkt, indien deze activiteiten geen winstoogmerk hebben en geheel door de staat worden gefinancierd.

10 — Zie onder meer arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Jurispr. blz. I-7747, punt 75).

24. Dit argument kan mij niet overtuigen. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat een publiekrechtelijke instelling zonder winstoogmerk in beginsel niet ontkomt aan de kwalificatie van onderneming in de zin van artikel 87 EG.<sup>11</sup> In ieder geval werd door de tijdens de terechtzitting aanwezige partijen niet langer betwist dat Sotacarbo een winstoogmerk nastreefde. Evenzo staat vast dat de rechtsvorm van de eenheid of de wijze waarop zij wordt gefinancierd er in dit verband niet toe doen.<sup>12</sup> Het feit bovendien dat aan deze eenheid bij wet bepaalde taken van algemeen belang zijn opgedragen, kan niet doorslaggevend worden geacht<sup>13</sup>, aangezien deze taken niet beantwoorden aan het beginsel van solidariteit zoals dat door het Hof is gedefinieerd.<sup>14</sup>

25. Een onderneming in de zin van de mededingingsregels kenmerkt zich door het feit dat zij een „economische activiteit” uitoefent. Daaronder verstaat het Hof iedere „activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt”.<sup>15</sup> In het onderhavige geval blijkt dat Sotacarbo onder meer als taak heeft nieuwe technologieën voor het gebruik van steenkool te ontwikkelen en gespecialiseerde steun te verlenen aan administraties, openbare lichamen en ondernemingen die geïnteresseerd zijn in de ontwikkeling van deze

11 — Zie in die zin arresten van 22 maart 1977, Steinike & Weinlig (78/76, Jurispr. blz. 595, punten 16-18), en 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a. (C-244/94, Jurispr. blz. I-4013, punt 21).

12 — Arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21).

13 — Zie in die zin arrest van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 21).

14 — Zie in dit verband mijn conclusie in de zaak FENIN/Commissie (C-205/03 P, nog aanhangig voor het Hof).

15 — Arrest van 12 september 2000, Pavlov e.a. (C-180/98-C-184/98, Jurispr. blz. I-6451, punt 75).

technologieën. Onder voorbehoud van aanvullende informatie en verificaties, die tot de exclusieve bevoegdheid van de verwijzende rechter behoren, mag mijns inziens worden aangenomen dat deze activiteiten, die bestaan in het deelnemen aan de ontwikkeling van nieuwe industriële producten en het aanbieden van goederen op een bepaalde markt, economisch van aard zijn.

26. Derhalve kunnen de regels inzake staatssteun geacht worden van toepassing te zijn op de onderhavige zaak en moet worden onderzocht of aan de verschillende voorwaarden voor steun is voldaan.

*B — Het bestaan van een economisch voordeel*

27. Om te beoordelen of de toepassing van de betrokken regeling een steunmaatregel van de staat vormt, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of daardoor een economisch voordeel voor de begunstigde ontstaat. Dat wet nr. 273/02 een voordeel voor een onderneming tot gevolg heeft, lijkt zonder twijfel. In de onderhavige zaak heeft de kwestie met name betrekking op de oorsprong en de begunstigde van het voordeel. Volgens Enirisorse volgt het voordeel waarom het in casu gaat, uit de maatregel waarbij Sotacarbo wordt vrijgesteld van haar verplichting om de aandelen van haar vennoten terug te betalen in geval van uittreding. De andere partijen in het geding stellen echter dat het voordeel in werkelijkheid

bestaat in het door de Italiaanse wet aan Enirisorse toegekende uitzonderlijke recht van uittreding.

28. Mijns inziens houdt de moeilijkheid verband met de onduidelijkheid van het nationale rechtskader zoals die blijkt uit de stukken.

29. Volgens vaste rechtspraak zijn bij de beoordeling of een voordeel een steunmaatregel van de staat vormt, de concrete omstandigheden van elk afzonderlijk geval van bijzonder belang.<sup>16</sup> In het onderhavige geval blijft het onzeker of de uittreding waarvan hier sprake is, al dan niet valt onder het gemene recht inzake uittreding uit handelsvennootschappen, zoals dat blijkt uit artikel 2437 van de Codice civile. Wat dit punt betreft, verschillen de partijen van mening, bevat het prejudiciële verzoek geen doorslaggevende gegevens en heeft de terechtzitting geen duidelijkheid kunnen verschaffen. Deze verduidelijking bepaalt echter grotendeels het antwoord dat het Hof op de door de verwijzende rechter gestelde vraag moet geven. Met het oog op een nuttige prejudiciële beslissing dienen derhalve mijns inziens twee gevallen te worden onderscheiden.

30. Indien zou worden vastgesteld dat de uittreding van Enirisorse berust op een van het gemene recht afwijkend recht van uittre-

<sup>16</sup> — Arrest van 1 december 1998, *Ecotrade* (C-200/97, Jurispr. blz. I-7907, punt 37).

ding, dient volgens mij te worden verklaard dat de litigieuze bepaling van wet nr. 273/02 geen steunmaatregel van de staat is.

31. Het is juist dat volgens vaste rechtspraak „het begrip steun niet alleen positieve prestaties omvat, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor — zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn — van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden”.<sup>17</sup> Een bepaling op grond waarvan een vennootschap kan worden vrijgesteld van de terugbetaling van het bedrag van de aandelen die haar vennoten houden als inbreng in die vennootschap, lijkt vanuit dit oogpunt een economisch voordeel aan de begunstigde toe te kennen, aangezien een dergelijke vrijstelling zou zijn uitgesloten in het kader van de toepassing van de gewone regels inzake uittreding.

32. Een dergelijke analyse is evenwel niet toereikend. Zij laat bepaalde aspecten van het probleem buiten beschouwing. Zij is uitsluitend gebaseerd op de vergelijking tussen de situatie die het gevolg is van de toepassing van wet nr. 273/02 (afstand van het recht op terugbetaling van de aandelen indien gebruik wordt gemaakt van het recht van uittreding) en de situatie die het gevolg is van de toepassing van artikel 2437 van de

Codice civile (beginsel van het recht op terugbetaling van de aandelen in geval van uittreding). Welnu, in het onderhavige geval blijkt wet nr. 273/02 onlosmakelijk verbonden met wet nr. 140/99. Deze twee wetten vormen één enkele regeling. Deze regeling moet in aanmerking worden genomen bij de kwalificatie. Ingevolge wet nr. 140/99 wordt aan de vennoten van Sotacarbo een *uitzonderlijk* recht van uittreding toegekend. In een dergelijk geval hebben deze vennoten volgens het gemene recht niet het recht van uittreding. Derhalve zou Sotacarbo normaal gesproken geen enkel vermogensverlies hoeven te vrezen. Daarom kan niet ervan worden uitgegaan dat een wet als wet nr. 273/02, die het recht op terugbetaling beperkt in geval van uitzonderlijke uittreding door de vennoten van die vennootschap, een last verlicht die zij normaal gesproken zou hebben moeten dragen. Deze wet beoogt enkel te waarborgen dat de vermogenssituatie van Sotacarbo niet wordt aangetast door het voordeel dat op deze manier aan enkele van haar vennoten wordt toegekend. In feite wordt daardoor alleen het in de vorm van een uitzonderlijk recht van uittreding aan Enirisorse toegekende voordeel geneutraliseerd. De wet levert derhalve voor Sotacarbo geen enkel economisch voordeel op in de zin van de in het Verdrag vervatte regels.

33. Daarentegen zal er sprake zijn van een geheel andere beoordeling, wanneer de uittreding van Enirisorse zou zijn toegestaan onder het gemene recht. In dit tweede geval moet wet nr. 140/99 namelijk worden opgevat als bevestiging van het recht van bepaalde vennoten om uit te treden krachtens de bepalingen van gemeen recht. Wet nr. 273/02 leidt er dus alleen toe dat Sotacarbo onttrokken wordt aan de terug-

17 — Zie onder meer arrest van 3 maart 2005, Heiser (C-172/03, Jurispr. blz. I-1627, punt 36).



betalingsregeling waarin het gemene recht op dit gebied voorziet. Een dergelijke ont-heffing levert de begunstigde vennootschap uiteraard een economisch voordeel op. Voor zover dit voordeel niet de tegenhanger vormt van een uitzonderlijk recht van uittreding, dient te worden nagegaan of aan de andere vereisten voor steun is voldaan.

havige geval. Dit valt onder de exclusieve bevoegdheid van de nationale rechter. Indien deze rechter concludeert dat de uittreding heeft plaatsgevonden overeenkomstig artikel 2437 van de Codice civile, dan moet hij vaststellen dat wet nr. 273/02 Sotacarbo een voordeel toekent, en is het derhalve zijn taak om te onderzoeken of aan de andere vereisten voor de kwalificatie als steun is voldaan.

34. Gezien de stukken lijkt het eerste geval het meest waarschijnlijke. De Codice civile voorziet in een uitputtende reeks gevallen van uittredingen<sup>18</sup>, en het lijkt niet erop dat de uittreding van Enirisorse onder een ervan valt. Voor de verwijzende rechter lijkt Enirisorse de toepassing te vorderen van de nadere voorschriften inzake uittreding bedoeld in artikel 2437 van de Codice civile, dat wil zeggen de terugbetaling van het bedrag van haar aandelen, buiten de werkingssfeer van het recht van uittreding waarin deze bepaling voorziet. Mocht deze laatste uitlegging bevestigd worden door de verwijzende rechter, dan zou hieruit de conclusie moeten worden getrokken dat de betrokken maatregel de adressaat ervan geen enkel voordeel heeft opgeleverd, zodat deze niet gekwalificeerd kan worden als een steunmaatregel van de staat.

#### C — De andere vereisten voor de steun

35. Het Hof is echter niet bevoegd uitspraak te doen over de uitlegging van het nationale recht en de toepassing ervan op het onder-

36. Ook al wordt aangenomen dat aan het vereiste van het voordeel is voldaan, de Italiaanse regering is van mening dat in ieder geval in casu het derde en vierde bedoelde vereiste niet zijn vervuld. Voor zover het Hof het zinvol acht hierover uitspraak te doen, dient erop te worden gewezen dat de voordelen die, zoals het voordeel dat door de betrokken wettelijke regeling wordt toegekend, bedoeld zijn om een onderneming te bevrijden van de kosten die zij normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen, in beginsel de concurrentievoorwaarden vervalsen.<sup>19</sup> Aangezien niet is aangetoond dat de activiteiten van de begunstigde vennootschap geen enkel equivalent binnen de gemeenschappelijke markt hebben, kan aangenomen worden dat de mededinging wordt verstoord. Om dezelfde reden kan het gevolg van een dergelijke maatregel voor de handel tussen lidstaten niet in twijfel worden getrokken.

18 — Zie Campobasso, G. F., *Diritto commerciale*, deel 2, Turijn, 5e druk, 2002, blz. 485. Er dient op te worden gewezen dat er sindsdien een herziening heeft plaatsgevonden van het recht van uittreding, die het aantal legitieme redenen om uit te treden uitbreidt, zonder overigens het limitatieve karakter ervan te wijzigen (zie in dit verband het speciale nummer van *Rivista delle società*, marzo-giugno 2005).

19 — Zie in dit verband arrest van 19 september 2000, Duitsland/Commissie (C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punt 30).

37. Voor het geval dat het bestaan van het voordeel werd aangetoond, moet vooral het eerste vereiste voor de kwalificatie als staatssteun worden onderzocht. Er dient op te worden gewezen dat volgens het Hof „voordelen [...] enkel als steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG [kunnen] worden beschouwd indien zij rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen zijn bekostigd, en aan de staat kunnen worden toegerekend”.<sup>20</sup>

38. Aan het vereiste van toerekenbaarheid wordt in het onderhavige geval gemakkelijk voldaan. Het betrokken voordeel blijkt uit een wettelijke maatregel. Het is nauwelijks doorslaggevend dat deze maatregel alleen een hypothetisch voordeel verleent, dat afhangt van de uitoefening van een *recht* van uittreding. Ongeacht of dit recht al dan niet wordt uitgeoefend, vloeit hieruit voort dat de rechten van de vennoten in hun hoedanigheid van schuldeisers worden beperkt en, in samenhang daarmee, de verplichtingen van de vennootschap tegenover haar vennoten worden verminderd. De vennootschap beschikt derhalve over kapitaal dat niet terugbetaald behoeft te worden, dat alle eigenschappen van schuldvordering heeft verloren en waarvan zij niet langer bang hoeft te zijn om het te verliezen in geval van uittreding. Hieruit volgt dat deze wettelijke maatregel, onafhankelijk van welke beslissing van de betrokken vennoten dan ook, rechtstreeks een voordeel voor Sotacarbo oplevert.

39. Rest in beginsel nog de vraag of dit voordeel beschouwd kan worden het gevolg te zijn van een overdracht van staatsmiddelen.

40. In dit verband stelt de Italiaanse regering dat de betrokken regeling geen „extra last” tot gevolg heeft voor de overheidsbegroting. Die regeling is namelijk alleen bedacht om het kader van de betrekkingen tussen een overheidsvennootschap en haar particuliere aandeelhouders ten gunste van eerstgenoemde te wijzigen. Het aan die vennootschap toegekende voordeel wordt dus gefinancierd uit particuliere middelen. Aan gezien het kapitaal van Sotacarbo geheel bijeengebracht is dankzij staatsmiddelen, leidt deze vrijstelling van terugbetaling bovendien niet tot een nieuwe last voor de staat. Het voordeel wordt niet gefinancierd uit een financiële bijdrage van de staat die losstaat van de op het moment van de oprichting van de vennootschap betaalde bijdrage.

41. Het is juist dat bij toepassing van de benadering die het Hof in het arrest *Slovan Neptun* heeft gekozen, het voordeel in kwestie geacht moet worden „inherent” te zijn aan de ingevoerde wettelijke regeling.<sup>21</sup> Hieruit zou volgen dat aan het eerste vereiste voor staatssteun niet is voldaan.

20 — Arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 24).

21 — Arrest van 17 maart 1993 (C-72/91 en C-73/91, Jurispr. blz. I-887, punt 21).

42. Niettemin acht ik deze benadering niet bevredigend.

43. Zeker is dat niet elke nationale maatregel die ondernemingen een economisch voordeel toekent en van invloed is op de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt, gekwalificeerd kan worden als een steunmaatregel van de staat. Vaststaat dat het verbod van artikel 87, lid 1, EG geen betrekking heeft op voordelen die louter voortkomen uit verschillen in wetgeving tussen de lidstaten. Hieruit volgt dat de gevallen waarin de toekenning van een voordeel onder de gemeenschapsregeling voor staatssteun dient te vallen, nauwkeurig dienen te worden afgebakend.

44. In zijn rechtspraak lijkt het Hof onderscheid te willen maken tussen verstoringen die het gevolg zijn van de vaststelling van maatregelen ter regulering van economische activiteiten en verstoringen die voortkomen uit een overdracht van openbare middelen ten gunste van bepaalde ondernemingen.<sup>22</sup>

Alleen laatstgenoemde kunnen van invloed zijn op de mededingingsvoorwaarden. De eerste moeten worden aanvaard, aangezien zij enkel tot doel hebben de voorwaarden vast te stellen voor de uitoefening van de activiteit van de ondernemingen en de

voorwaarden voor de productie van de geleverde goederen en diensten.

45. Dit onderscheid is eenvoudig te begrijpen. Op deze manier wil het Hof voorkomen dat de werkingssfeer van de communautaire regels wordt uitgebreid tot concurrentievervalsingen die alleen verband houden met verschillen in keuzes van de wetgever tussen de lidstaten. Deze voorzichtigheid komt voort uit het streven om de aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheden niet ter discussie te stellen. Gevreesd moet namelijk worden dat een te ruime werkingssfeer van de steunregeling tot gevolg heeft dat alle economische beleidskeuzes van de lidstaten worden onderworpen aan het toezicht van de gemeenschapsautoriteiten, zonder een onderscheid te maken naargelang het daarbij gaat om een rechtstreekse tussenkomst op de markt of een algemene maatregel ter regulering van economische activiteiten worden genomen. Bovendien zou hierdoor een aanzienlijk grotere last ontstaan die op dat gebied op de controleautoriteiten van de Gemeenschap, de Commissie en het Hof, rust.

46. Het is echter duidelijk dat de communautaire steunregeling niet bedoeld is om de invloed van alle keuzes van de wetgever van de lidstaten op de mededinging binnen de interne markt te controleren. Zij is er alleen op gericht om de mededingingsverstoringen vast te stellen die voortkomen uit de wil van een lidstaat om, in afwijking van zijn algemene politieke richtsnoeren, een bijzonder voordeel aan bepaalde ondernemingen toe te kennen.

<sup>22</sup> — Zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Sloman Neptun*, punt 21, en *Ecotrade*, punt 36, en arrest van 13 maart 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 62).

47. De door het Hof vastgestelde beperkingen zijn derhalve volstrekt legitiem. Evenwel lijkt mij dat die beperkingen op grond van het criterium van de overdracht van staatsmiddelen, dat doorgaans door het Hof wordt gebruikt, niet correct kunnen worden toegepast en gerechtvaardigd. In dit verband zou het de voorkeur verdienen om een beroep te doen op het criterium van de selectiviteit, zoals dat ook uit de rechtspraak van het Hof blijkt. Deze voorkeur is gebaseerd op drie belangrijke redenen.

48. Om te beginnen doet het criterium van de overdracht van middelen niet altijd ter zake. Het kan namelijk voorkomen dat een reguleringsmaatregel een indirecte last voor de overheidsbegroting tot gevolg heeft, die groter kan zijn dan de last die voortvloeit uit een maatregel inzake de overdracht van openbare middelen.<sup>23</sup>

49. Voorts kunnen de door het Hof vastgestelde beperkingen beter gerechtvaardigd worden met het criterium van de selectiviteit. Het is duidelijk dat op grond van de

verschillen tussen het economisch en fiscaal beleid van de lidstaten vergelijkende economische voordelen aan bepaalde ondernemingen op de gemeenschappelijke markt kunnen worden toegekend. Een onderneming die 20 % belasting over haar winst betaalt, geniet een economisch voordeel ten opzichte van marktdeelnemers in een andere lidstaat waar een belastingtarief van 30 % geldt. Niettemin kan hier niet de steunregeling worden toegepast. In dat geval komen de mededingingsvoordelen namelijk eenvoudigweg voort uit juridische en economische verschillen als gevolg van de normale uitoefening van de aan de lidstaten op het gebied van de regelgeving toegekende autonomie. Als dezelfde onderneming daarentegen een belastingvermindering van 5 % wordt toegekend terwijl de marktdeelnemers van de andere lidstaten aan hetzelfde belastingtarief van 20 % zouden zijn onderworpen, zou de conclusie luiden dat er sprake is van steun, hoewel het vergelijkende voordeel dat die onderneming geniet kleiner is dan in het eerste geval. De reden hiervoor is dat in het laatste geval door een lidstaat een voorkeursbehandeling aan een onderneming of een categorie ondernemingen is toegekend, waarbij hij afwijkt van zijn algemene keuzes als wetgever. Er moet alleen worden opgetreden tegen de verstoringen die uit deze behandelingen voortkomen.

50. Aangezien er ten slotte op economisch gebied steeds meer sprake is van een vervlechting van activiteiten van de staat met particuliere activiteiten, moet worden gevreesd dat de lidstaten in de verleiding komen om gebruik te maken van de hun ter beschikking staande regelgevende bevoegdheden om particuliere marktdeelnemers aan

23 — Dit zou zich bijvoorbeeld voordoen bij een wettelijke regeling die ontslagen in een bepaalde sector vergemakkelijkt of bij een regeling die een onderneming toestemming geeft om bouwwerken te verrichten in een gebied waar veel moet gebeuren op het gebied van de infrastructuur. In dit verband dient erop te worden gewezen, dat het Hof met het oog op de kwalificatie van staatssteun geen onderscheid maakt naargelang de voordelen rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd (zie in het bijzonder arrest PreussenElektra, aangehaald, punt 58).

te sporen of te verplichten de lasten van bepaalde ondernemingen te verlichten. Moeten dergelijke maatregelen geacht worden geen staatssteun te zijn op grond dat zij niet in een directe overdracht van openbare middelen voorzien? In dat geval zou een belangrijk deel van overheidsmaatregelen die alle *gevolgen* van staatssteun hebben, worden onttrokken aan de controle van de gemeenschapsautoriteiten. Een dergelijke uitkomst zou onmiskenbaar in strijd zijn met de door het Verdrag nagestreefde doelstellingen en de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde beginselen. Dit is de reden waarom ik wil terugkomen op het criterium van de selectiviteit.

51. Zoals advocaat-generaal Darmon het Hof heeft voorgesteld in de zaak Sloman Neptun, is het alleen op grond van het criterium van selectiviteit mogelijk om onderscheid te maken tussen de algemene maatregelen ter regulering van economische activiteiten, die niet vallen onder de verdragsbepalingen inzake steunmaatregelen, en de maatregelen van economische en financiële interventie die aan toezicht moeten worden onderworpen.<sup>24</sup> Overigens heeft het Hof reeds geoordeeld dat „een steunmaatregel niet noodzakelijk met staatsmiddelen behoeft te worden bekostigd om als steunmaatregel van de staat te worden aangemerkt”.<sup>25</sup>

52. Rest nog het begrip selectiviteit zorgvuldig te definiëren. Uit de rechtspraak blijkt dat niet elke maatregel die een bijzonder voordeel aan een categorie ondernemingen toekent, noodzakelijkerwijs geacht moet worden een „selectieve” maatregel te zijn. Er dient onderscheid gemaakt te worden. Elke maatregel inzake een *specifieke* behandeling van bepaalde situaties, die ertoe leidt dat een economisch voordeel wordt toegekend aan de marktdeelnemers die zich in die situaties bevinden, moet beoordeeld worden in het kader van de algemene regeling waarvan hij deel uitmaakt. Indien de betrokken lidstaat erin slaagt om aan te tonen dat die maatregel gerechtvaardigd wordt door de aard of de algemene opzet van het wettelijk stelsel waarvan hij deel uitmaakt, kan hij niet aangemerkt worden als een selectieve maatregel in de zin van het Verdrag mits dit stelsel een legitiem doel nastreeft.<sup>26</sup> De maatregel zal dus alleen als *selectief* kunnen worden aangemerkt, indien die specifieke behandeling niet kan worden gerechtvaardigd door een algemeen stelsel of niet voortkomt uit een coherente toepassing van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt. In dat geval mag namelijk worden aangenomen dat die maatregel alleen gerechtvaardigd wordt door de voorkeursbehandeling die daarbij aan een bepaalde categorie marktdeelnemers wordt gegeven. Een maatregel is dus nog geen steunmaatregel van de staat omdat hij juridisch een uitzonderingsregeling is.<sup>27</sup> Op dat gebied is een formeel onderzoek niet voldoende, maar dient er een inhoudelijk onderzoek verricht te worden. Elke maatregel die ertoe bijdraagt dat bepaalde ondernemingen in een gunstigere economische situatie worden geplaatst dan ondernemin-

24 — Punt 47 van de conclusie in de voormelde zaak Sloman Neptun. Overigens wordt dit criterium reeds in de rechtspraak gebruikt. In de zaak Ecotrade blijkt doorslaggevend dat de betrokken regeling de ondernemingen waarop zij wordt toegepast, in een gunstiger positie kon brengen dan andere ondernemingen (punten 41 en 42). Zie in die zin reeds aangehaalde arrest van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 33).

25 — Arrest van 30 januari 1985, Commissie/Frankrijk (290/83, Jurispr. blz. 439, punt 14).

26 — Reeds aangehaalde arresten Italië/Commissie, punt 33, Ecotrade, punt 36, en Adria-Wien, punt 42.

27 — Zie wat deze opvatting betreft de conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaak Sloman Neptun, reeds aangehaald (punt 53), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak Adria-Wien, reeds aangehaald (punt 43).

gen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, zonder dat de kosten die daaruit voortvloeien voor de gemeenschap duidelijk gerechtvaardigd worden door een stelsel van billijk verdeelde lasten, is selectief.<sup>28</sup>

53. Wordt deze benadering gevolgd, dan wordt het duidelijk dat een maatregel die Sotacarbo vrijstelt van de terugbetaling aan vennoten die hun recht van uittreding uitoefenen, terwijl bij een normale toepassing van de relevante bepalingen van de Codice civile in een dergelijke terugbetaling is voorzien, een ongerechtvaardigd selectief voordeel ten gunste van die vennootschap vormt. Een dergelijke maatregel voldoet aan alle voorwaarden voor staatssteun. Niettemin herinner ik eraan dat deze conclusie alleen geldt indien vooraf is vastgesteld dat deze uittreding mogelijk was onder de voorwaarden van het gemene recht.

#### IV — Samenvatting

54. Uit deze analyse blijkt dat er twee gevallen dienen te worden onderscheiden

28 — Dit soort maatregelen wordt gekenmerkt door het feit dat zij de baten verenigen in een groep marktdeelnemers, terwijl de kosten over de hele gemeenschap worden verdeeld en derhalve moeilijk te herkennen zijn voor de andere marktdeelnemers. Bij een dergelijke maatregel bestaat een bijzonder groot gevaar dat hij ten gunste van bepaalde particuliere belangen genomen wordt, in plaats van op basis van het algemeen belang.

om een zinvol antwoord aan de verwijzende rechter te kunnen geven.

55. Indien zou blijken dat de in casu aan de orde zijnde uittreding berust op een uitzonderlijk recht dat afwijkt van de voorwaarden voor uittreding voorzien in de relevante bepalingen van de Codice civile, zal moeten worden aangenomen dat een regeling als die van wet nr. 273/02, die de vennoten van een door de staat gecontroleerde vennootschap een recht van uittreding toekent op voorwaarde dat zij afstand doen van alle rechten op het vermogen van de betrokken vennootschap, niet een steunmaatregel van de staat ten gunste van die vennootschap vormt.

56. Indien die uittreding daarentegen niet berust op een uitzonderlijk recht, maar hoe dan ook zou zijn toegestaan op grond van de bepalingen van het gemene recht, zal moeten worden aangenomen dat een dergelijke regeling een steunmaatregel van de staat in de zin van het Verdrag vormt en dus tevoren bij de Commissie had moeten worden aangemeld.

57. Het is de taak van de nationale rechter om te bepalen of in de onderhavige zaak de uittreding heeft plaatsgevonden overeenkomstig de voorwaarden van het gemene recht inzake uittreding uit handelsvennootschappen.

## V — Conclusie

58. Derhalve geef ik het Hof in overweging de vraag van het Tribunale di Cagliari te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 87, lid 1, EG en 88, lid 3, EG moeten aldus worden uitgelegd dat een regeling als die ingevoerd bij wet nr. 273/02 van 12 december 2002, die de vennoten van een door de staat gecontroleerde vennootschap een recht van uittreding toekent op voorwaarde dat zij afstand doen van alle rechten op het vermogen van de betrokken vennootschap, niet een steunmaatregel van de staat in de zin van deze bepalingen vormt en niet tevoren bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen had moeten worden aangemeld, tenzij blijkt dat die uittreding mocht plaatsvinden krachtens de voorschriften van het gemene recht inzake uittreding. In dit laatste geval moet een dergelijke regeling geacht worden een steunmaatregel van de staat te zijn die tevoren bij de Commissie had moeten worden aangemeld.”