

# Publicatieblad

## van de Europese Unie

# L 34



Uitgave  
in de Nederlandse taal

## Wetgeving

59e jaargang

10 februari 2016

Inhoud

### II Niet-wetgevingshandelingen

#### BESLUITEN

- ★ **Besluit (EU) 2016/151 van de Commissie van 1 oktober 2014 betreffende steunmaatregel SA.31550 (2012/C) (ex 2012/NN) van Duitsland ten gunste van de Nürburgring** (*Kennisgeving geschied onder nummer C(2014) 3634*)<sup>(1)</sup> ..... 1
- ★ **Besluit (EU) 2016/152 van de Commissie van 1 oktober 2014 betreffende steunmaatregel SA.27339 (12/C) (ex 11/NN) die Duitsland ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van de luchthaven van Zweibrücken en de luchtvaartmaatschappijen die van de luchthaven gebruikmaken** (*Kennisgeving geschied onder nummer C(2014) 5063*)<sup>(1)</sup> ..... 68
- ★ **Besluit (EU) 2016/153 van de Commissie van 2 juli 2015 betreffende de staatssteun SA.31883 — 2015/N, 2011/C die Oostenrijk heeft verleend aan Österreichische Volksbanken-AG en het Volksbanken-Verbund en voornemens is te verlenen en tot wijziging van Besluit 2013/298/EU** (*Kennisgeving geschied onder nummer C(2015) 4635*)<sup>(1)</sup> ..... 132
- ★ **Besluit (EU) 2016/154 van de Commissie van 22 juli 2015 betreffende steunmaatregel SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) — Herclassificatie van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het hoogspanningsnet als kapitaal die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van EDF** (*Kennisgeving geschied onder nummer C(2015) 4959*)<sup>(1)</sup> ..... 152

<sup>(1)</sup> Voor de EER relevante tekst

# NL

Besluiten waarvan de titels mager zijn gedrukt, zijn besluiten van dagelijks beheer die in het kader van het landbouwbeleid zijn genomen en die in het algemeen een beperkte geldigheidsduur hebben.

Besluiten waarvan de titels vet zijn gedrukt en die worden voorafgegaan door een sterretje, zijn alle andere besluiten.



## II

(Niet-wetgevingshandelingen)

## BESLUITEN

**BESLUIT (EU) 2016/151 VAN DE COMMISSIE****van 1 oktober 2014****betreffende steunmaatregel SA.31550 (2012/C) (ex 2012/NN) van Duitsland ten gunste van de Nürburgring**

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2014) 3634)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig de genoemde artikelen te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken <sup>(1)</sup>, en gezien deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

**1. PROCEDURE****1.1. FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE**

- (1) Van 2002 tot 2012 heeft Duitsland een aantal steunmaatregelen ten gunste van de Duitse racebaan Nürburgring ten uitvoer gelegd, waaronder steunmaatregelen voor de aanleg van een recreatiepark, hotels en restaurants en voor de organisatie van formule 1-races. Het Nürburgring-complex was in eigendom van de overheidsbedrijven Nürburgring GmbH (hierna „NG” genoemd), Motorsport Resort Nürburgring GmbH („MSR”) en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH („CMHN”).
- (2) In juli 2010 verstrekke Eifelpark GmbH (hierna „Eifelpark” genoemd), de eigenaar van een pretpark in het Duitse Eifelgebied, de Commissie informatie over vermeende staatssteun voor de financiering van recreatievoorzieningen aan het racecircuit Nürburgring in het kader van het project „Nürburgring 2009”. In april 2011 ontving de Commissie van de Duitse motorsportvereniging „Ja zum Nürburgring e.V.” een tweede klacht over staatssteun. De vereniging uitte haar bezorgdheid over het feit dat het — naar verluidt verliesgevende — project „Nürburgring 2009” afbreuk deed aan de eigenlijke exploitatie van het circuit.
- (3) Bij schrijven van 21 maart 2012 (hierna „besluit van 21 maart 2012” genoemd) stelde de Commissie Duitsland in kennis van haar besluit om wegens de in deel 2 van het onderhavige besluit beschreven steunmaatregelen 1 tot en met 17 de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

<sup>(1)</sup> Besluit betreffende steunmaatregel SA.31550 (2012/C) (PB C 216 van 21.7.2012, blz. 14) en besluit betreffende steunmaatregel SA.34890 (2012/C) (PB C 333 van 30.10.2012, blz. 1).

(VWEU) in te leiden (hierna „formele onderzoeksprocedure” genoemd) <sup>(2)</sup>. Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure werd bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* <sup>(3)</sup>. De Commissie heeft de belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen over de betrokken steunmaatregelen te maken.

- (4) Duitsland heeft op 15 mei 2012 aanvullende steunmaatregelen genomen (maatregelen 18 en 19), zoals beschreven in deel 2, en deze op 25 mei 2012 aangemeld bij de Commissie. Bij schrijven van 7 augustus 2012 (hierna „besluit van 7 augustus 2012” genoemd) stelde de Commissie Duitsland in kennis van haar besluit om de formele onderzoeksprocedure uit te breiden tot de nieuwe steunmaatregelen <sup>(4)</sup>. Het besluit van de Commissie tot uitbreiding van de procedure werd bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* <sup>(5)</sup>. De Commissie heeft de belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen over de aanvullende steunmaatregelen te maken.
- (5) Op 23 april 2012, 15 juni 2012, 18 juli 2012, 20 juli 2012, 17 augustus 2012, 7 september 2012 en 18 januari 2013 heeft de Commissie opmerkingen van Duitsland ontvangen. Met betrekking tot het besluit van 21 maart 2012 hebben negen betrokkenen de Commissie tussen 9 augustus 2012 en 18 oktober 2012 opmerkingen doen toekomen. Op 18 oktober 2012 en 23 oktober 2012 heeft de Commissie de opmerkingen doorgestuurd aan Duitsland. Op 15 november 2012 heeft Duitsland hierop geantwoord. Met betrekking tot het besluit van 7 augustus 2012 heeft de Commissie tussen 5 november 2012 en 30 november 2012 opmerkingen ontvangen van drie belanghebbenden. Op 3 december 2012 heeft de Commissie deze opmerkingen doorgestuurd aan Duitsland. Op 2 januari 2013 heeft Duitsland hierop geantwoord.
- (6) Op 29 januari 2013, 4 juni 2014 en 5 juni 2014 heeft de Commissie Duitsland om verdere inlichtingen verzocht. Duitsland heeft op 15 april 2013, 4 juni 2014 en 6 juni 2014 op deze verzoeken geantwoord.

#### 1.2. SURSEANCEPROCEDURE EN VERKOOP VAN ACTIVA

- (7) Op 24 juli 2012 heeft het Amtsgericht (kantonrechter) Bad Neuenahr-Ahrweiler voorlopige surseance van betaling verleend aan de vennootschappen die eigenaar zijn van de Nürburgring (NR, MSR en CMHN). Ten slotte verleende het Amtsgericht op 1 november 2012 definitieve surseance („Insolvenzverfahren in Form der Eigenverwaltung”) aan die vennootschappen. Sindsdien wordt het beheer van NG, MSR en CMHN door een bewindvoerder in surseance („Eigenverwalter”) of saneerder („Sanierungsgeschäftsführer”) en een toezichthouder („Sachwalter”) waargenomen (hierna worden beiden aangeduid als „bewindvoerder”). De bewindvoerders zijn niet door instructies van de vennoten gebonden. NG, MSR en CMHN bleven tijdens de surseanceprocedure uitsluitend gebruikmaken van de financiële adviesdiensten van accountantskantoor KPMG AG (hierna „KPMG” genoemd), dat in hun opdracht de verkoop van hun activa organiseerde en verantwoordelijk was voor alle contacten met de bidders.
- (8) Sinds oktober 2012 voert de Commissie met Duitsland en de bewindvoerders overleg over de staatssteunrechtelijke problemen die uit de verkoop van de activa van NG, MSR en CMHN zouden kunnen voortvloeien.
- (9) Sinds 1 november 2012 wordt het gehele complex geëxploiteerd door Nürburgring Betriebsgesellschaft mbH (hierna „NBG” genoemd), een volledige dochteronderneming van NG, die door de bewindvoerders in het leven werd geroepen. NBG komt in de plaats van de voormalige exploitant Betriebsgesellschaft Nürburgring Automotive GmbH (hierna „NAG” genoemd) <sup>(6)</sup>.
- (10) Tegen de achtergrond van de insolventie van NG, MSR en CMHN hebben de bewindvoerders vanaf mei 2013 werk gemaakt van de verkoop van de activa van die vennootschappen. Op 15 mei 2013 werd een inschrijvingsprocedure voor de verkoop van de activa ingeleid. Bij twee brieven van 23 mei 2013 hebben de diensten van de Commissie Duitsland en de bewindvoerders een advies doen toekomen inzake de verschillende mogelijkheden voor de verkoop van de activa die in overeenstemming zouden zijn met de staatssteunvoorschriften <sup>(7)</sup>.

<sup>(2)</sup> Bij besluit van 20 juni 2012 heeft de Commissie Duitsland een rectificatie van haar besluit van 21 maart 2012 doen toekomen.

<sup>(3)</sup> PB C 216 van 21.7.2012, blz. 14.

<sup>(4)</sup> Op 22 augustus 2012 werd steunzaak SA.34890 (2012/C) die de bij besluit van 7 augustus 2012 tot uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure was ingeleid, administratief samengevoegd met steunzaak SA.31550 (2012/C).

<sup>(5)</sup> PB C 333 van 30.10.2012, blz. 1.

<sup>(6)</sup> Dit op basis van een dading tussen NG, NAG en NBG van 27 november 2012.

<sup>(7)</sup> Met name wezen de diensten van de Commissie erop dat: 1) in het geval van uitsluiting van het racecircuit van de inschrijvingsprocedure mogelijk sprake zou kunnen zijn van verdere steunmaatregelen ten gunste van de koper en een overdracht van reeds verleende steun; 2) de toegankelijkheid van het circuit voor het publiek — met uitzondering van het gebruik van het racecircuit Nürburgring voor commerciële doeleinden zoals getritten door de automobiellindustrie — onder bepaalde voorwaarden als neutraal element kon worden beschouwd in de lopende steunzaak; 3) wat betreft een tot eind 2016 geldende werkgelegenheidsgarantie voor de werknemers rekening moest worden gehouden met het besluit van de Commissie in de zaak-SERNAM (Besluit van de Commissie van 4 april 2012 betreffende steunmaatregel SA.34547 (2012/N) — Frankrijk — Reprise des actifs du groupe SERNAM dans le cadre de son redressement judiciaire); 4) de verkoop niet a priori mocht leiden tot een overdracht van mogelijkerwijs terug te vorderen steun van de eigenaars van de activa aan de eventuele koper(s) van de activa.

- (11) Duitsland heeft op 10 april 2013, 15 april 2013, 30 april 2013, 9 oktober 2013, 27 februari 2014 en — na de verzoeken om inlichtingen van de Commissie van 13 maart 2014, 23 mei 2014, 4 juli 2014 en 7 juli 2014 — op 23 april 2014, 26 mei 2014 en 10 juli 2014 inlichtingen verstrekt over de verkoop van de activa. Op 18 oktober 2012, 7 maart 2013, 11 oktober 2013 en 26 februari 2014 vonden in Brussel gesprekken plaats tussen de Commissie, Duitsland en de bewindvoerders. De Commissie heeft daarnaast verdere opmerkingen van belanghebbenden ontvangen.
- (12) Op 23 december 2013 en 2 januari 2014 stuurden de vereniging „Ja zum Nürburgring e.V.” (hierna „klager nr. 1” genoemd)<sup>(8)</sup>, respectievelijk de Duitse automobilistenorganisatie ADAC e.V., die had deelgenomen aan de inschrijvingsprocedure (hierna „klager nr. 2” genoemd), brieven aan de Commissie waarin zij stelden dat de lopende verkoop van de activa van de Nürburgring door de bewindvoerders in strijd was met de staatssteunvoorschriften. Op 4 februari 2014 verzocht klager nr. 1 de Commissie om opschorting van de verkoop en verstrekte hij nieuwe informatie. In antwoord op een brief van de Commissie van 13 januari 2014 stuurde Duitsland opmerkingen over de in het schrijven van de beide klagers van 10 februari 2014 vermelde vorderingen. Klager nr. 1 maakte op 8 juli 2014 verdere opmerkingen, waarop Duitsland op 14 juli 2014 reageerde.
- (13) Op 10 april 2014 diende [bieder 3], Inc. (hierna „klager nr. 3” of „[bieder 3]” genoemd), die deelnam aan de inschrijvingsprocedure, bij de Commissie een klacht in over de verkoopprocedure. Op 17 april 2014 diende de heer Meyrick Cox (hierna „klager nr. 4” genoemd), die behoorde tot het biedersconsortium [bieder 2] (hierna „[bieder 2]” genoemd, bestaand uit [bieder 2], European Capital Partners LLP, de heer Meyrick Cox, de heer Marcus Graf von Oeynhausen-Sierstorf en Wadell & Reed, Inc.), bij de Commissie een klacht in over de verkoopprocedure. Deze klachten werden op 16 april 2014 respectievelijk op 17 april 2014 doorgestuurd naar Duitsland. Op 25 april 2014 gaf Duitsland zijn standpunt ten aanzien van de door klager nr. 4 ingediende klacht te kennen. Op 5 mei 2014 gaf Duitsland zijn standpunt ten aanzien van de door klager nr. 3 ingediende klacht te kennen. Op 19 mei 2014 voerde klager nr. 3 aanvullende argumenten aan. Op 22 mei 2014 deed Duitsland zijn opmerkingen over deze aanvullende argumenten toekomen aan de Commissie. Klager nr. 3 verstrekte op 23 mei 2014 aanvullende informatie, waarop Duitsland op 10 juli 2014 antwoordde; op aanvullende uiteenzettingen van klager nr. 3 van 16 juni 2014 en 7 juli 2014 reageerde Duitsland op 11 juli 2014. Op 29 juli, 20 augustus, 8 september en 12 september 2014 verstrekte Duitsland verdere inlichtingen, waarin het tevens inging op de opmerkingen van klagers nrs. 3 en 4 van 21 augustus, 3 september en 12 september 2014. Voorts vonden op 22 juli en 5 september 2014 in Brussel twee ontmoetingen plaats tussen de diensten van de Commissie en vertegenwoordigers van Duitsland, de bewindvoerders en KPMG.
- (14) Aangezien de formele onderzoeksprocedure mogelijk wordt afgesloten met een negatief besluit van de Commissie dat de terugvordering van de met de interne markt onverenigbare steun behelst, heeft Duitsland de Commissie verzocht te bevestigen dat een aan NG, MSR en CMHN opgelegde verplichting tot terugbetaling niet geldt voor de koper van de activa of een als exploitatiemaatschappij optredende dochteronderneming van die koper en dat de verplichting tot terugbetaling niet in de weg zal staan aan de exploitatie van de Nürburgring door NBG tijdens het seizoen 2014, d.w.z. het laatste seizoen voor de beoogde liquidatie van deze vennootschap.

## 2. BESCHRIJVING VAN DE STEUNMAATREGELEN

### 2.1. DE STEUNVERLENERS

- (15) Vijf entiteiten hebben subsidies verstrekt: 1) de deelstaat Rijnland-Palts<sup>(9)</sup> (hierna „de deelstaat” genoemd); 2) de Investitions- und Strukturbank Rheinland-Pfalz GmbH (hierna „ISB” genoemd), een bedrijf in eigendom van de deelstaat; 3) de Rheinland-Pfälzische Gesellschaft für Immobilien und Projektmanagement GmbH (hierna „RIM” genoemd), een volledige dochteronderneming van ISB; 4) de Landkreis (bestuursdistrict) Ahrweiler, en 5) NG<sup>(10)</sup>.

### 2.2. DE VERMEENDE BEGUNSTIGDEN

- (16) Tot 30 april 2010 was NG eigenaar en exploitant van het Nürburgring-complex<sup>(11)</sup>.

<sup>(8)</sup> Na opzegging van de pachtovereenkomst tussen NG en NAG in februari 2012 kwam klager nr. 1, een van de twee eerste klagers, terug van zijn negatieve standpunt ten aanzien van de staatssteun voor het circuit en verklaarde hij dat de in 2012 als reddingssteun aangemelde maatregelen goedgekeurd dienden te worden, dat het circuit op zich geen steun had ontvangen en daarom niet moest worden onderworpen aan de onderzoeksprocedure, en dat het bij de exploitatie van de Nürburgring om diensten van algemeen economisch belang (DAEB's) ging.

<sup>(9)</sup> Hieronder ook aangeduid als „deelstaat Rijnland-Palts”.

<sup>(10)</sup> NG heeft als doel van de vennootschap de bevordering van de automobielsector en de motorsport en de bevordering van het toerisme in het Eifelgebied. NG is voor 90 % in eigendom van de deelstaat en voor 10 % van de Landkreis Ahrweiler. De deelstaat en de Landkreis Ahrweiler zijn als vennoten van NG vertegenwoordigd in de raad van commissarissen van NG.

<sup>(11)</sup> Deel 2.1 van het besluit van 21 maart 2012 bevat een beschrijving van het Nürburgring-complex.

- (17) Op 1 mei 2010 werden de eigendomsverhoudingen en de exploitatie van het Nürburgring-complex geherstructureerd. NG bleef eigenaar van het racecircuit en het pretpark en verwierf via een deelneming van 93,3 % in MSR <sup>(12)</sup> de indirecte eigendom van de horecabedrijven en werd voor 93,3 % eigenaar van CMHN <sup>(13)</sup> (MSR en CMHN bleven directe eigenaars van de horecabedrijven). De exploitatie van het circuit, het pretpark en de horecabedrijven werd middels een bedrijfshuurovereenkomst overgedragen aan NAG <sup>(14)</sup> (zie maatregel 10) <sup>(15)</sup>.
- (18) Zoals vermeld hebben de begunstigden NG, MSR en CMHN surseance van betaling aangevraagd. Verdere begunstigden die surseance hebben aangevraagd, zijn IPC Gesellschaft für internationale Projektcoordination mbH (hierna „IPC” genoemd) <sup>(16)</sup>, Weber Projektierungs- und Realisierungs GmbH (hierna „Weber” genoemd) <sup>(17)</sup> en Cash Settlement and Ticketing GmbH (hierna „CST” genoemd) <sup>(18)</sup>.
- (19) De begunstigden die hun bedrijfsactiviteiten voortzetten en geen surseance hebben aangevraagd, zijn het bedrijf Mediinvest GmbH, dat inmiddels is omgedoopt tot Return Projektmanagement GmbH (hierna „Mediinvest” genoemd) <sup>(19)</sup>, Geisler & Trimmel General Contractor GmbH (hierna „Geisler & Trimmel” genoemd) <sup>(20)</sup>, NAG en Fahrsicherheitszentrum am Nürburgring GmbH & Co. KG (hierna „FSZ” genoemd) <sup>(21)</sup>. De niet meer bestaande begunstigden van de steun zijn Erlebnispark Nürburgring GmbH & Co. KG (hierna „EWN” genoemd) <sup>(22)</sup>, Motorsport Akademie Nürburgring GmbH & Co. KG (hierna „MAN” genoemd) <sup>(23)</sup>, Test & Training International GmbH (hierna „TTI” genoemd) <sup>(24)</sup>, Bike World Nürburgring GmbH (hierna „BWN1” genoemd) <sup>(25)</sup>, BikeWorld Nürburgring Besitz (hierna „BWNB” genoemd), BikeWorld Nürburgring GmbH (hierna „BWN2” genoemd), Camp 4 Fun GmbH & Co. KG (hierna „Camp4Fun” genoemd) <sup>(26)</sup> en MI-Beteiligungs- und Verwaltungs GmbH (hierna „MIB” genoemd) <sup>(27)</sup>.

<sup>(12)</sup> MSR heeft als doel van de vennootschap projectontwikkeling en de bouw van onroerend goed, vakantiecomplexen, hotels en resorts alsook deelnemingen in ondernemingen die betrokken zijn bij de ontwikkeling van projecten bij de Nürburgring. Sinds 25 maart 2010 is MSR voor 93,3 % in eigendom van NG en voor 6,7 % in eigendom van RIM. Vóór 25 maart 2010 hadden Mediinvest GmbH (49,5 %), Geisler & Trimmel General Contractor GmbH (33,8 %), NG (10 %) en Weber Projektierungs- und Realisierungs GmbH (6,7 %) belangen in MSR.

<sup>(13)</sup> CMHN heeft als doel van de vennootschap de bouw en exploitatie van hotels, vakantiewoningen en resorts. CMHN is een volledige dochteronderneming van MSR.

<sup>(14)</sup> NAG heeft als doel van de vennootschap de exploitatie van de racecircuits van de Nürburgring, de hotels, het centrum voor rijveiligheid („Fahrsicherheitszentrum”), de raceschool, de multifunctionele hallen, het „ring werk” en andere locaties bij de Nürburgring. Mediinvest GmbH en Lindner Unternehmensgruppe GmbH & Co Hotel KG zijn met een respectievelijk belang van 50 % de beide vennoten van NAG.

<sup>(15)</sup> De horecabedrijven werden op basis van een overeenkomst met NAG geëxploiteerd door Lindner Hotels AG.

<sup>(16)</sup> Op 4 december 2008 werd de beoogde ontbinding van IPC ingeschreven in het handelsregister. De definitieve vereffening is nog niet aan het handelsregister gemeld.

<sup>(17)</sup> Weber voerde de bouw van de horecabedrijven uit. Op 23 november 2010 werd de vereffening door Weber ingeleid.

<sup>(18)</sup> CST had als doel van de vennootschap de exploitatie van een betaalsysteem waarbij klanten voor hun bezoek aan de attracties van het Nürburgring-complex met een kaart („ringcard”) betalen. NG en MIB waren tot 1 november 2012 met een respectievelijk belang van 50 % de beide vennoten van CST. Op 19 december begon NG als volledige eigenaar met de vereffening van CST. De activa werden overgedragen aan NG. Volgens Duitsland werd de onderneming op 22 mei 2014 uitgeschreven uit het handelsregister.

<sup>(19)</sup> Mediinvest heeft als doel van de vennootschap bemiddeling bij het sluiten van overeenkomsten inzake percelen en gebouwen, projectontwikkeling en de bouw van onroerend goed, vakantiecomplexen en resorts. Mediinvest is volledig in eigendom van de heer Kai Richter. Op 18 juni 2013 werd Mediinvest omgedoopt tot Return Projektmanagement GmbH.

<sup>(20)</sup> Geisler & Trimmel voerde de bouw van de horecabedrijven uit.

<sup>(21)</sup> FSZ heeft als doel van de vennootschap de opbouw, de eigendom en de exploitatie van een centrum voor rijveiligheid. FSZ was voor 41 % in eigendom van NG. In oktober 2013 maakten de eigenaren van het meerderheidsbelang een eind aan de deelneming in NG.

<sup>(22)</sup> EWN had als doel van de vennootschap de exploitatie van de „Erlebniswelt” met attracties rond de motorsport op de Nürburgring. Op 31 maart 2011 werd de naam van de vennootschap gewijzigd in „ringwerk GmbH & Co. KG”. NG was tot 24 augustus 2011 de enige vennoot — op dat tijdstip werden de activa van EWN overgedragen aan NG, zodat de ontbinding van de vennootschap zonder formele vereffening in het handelsregister werd ingeschreven.

<sup>(23)</sup> MAN had als doel van de vennootschap de bevordering van de motorsport in Duitsland door de exploitatie van een opleidingsinstelling. NG was de enige eigenaar van MAN. De onderneming werd vereffend en op 11 december 2013 uitgeschreven uit het handelsregister. Alle activa werden overgedragen aan NG.

<sup>(24)</sup> TTI had als doel van de vennootschap de bevordering, het opzetten, de bouw en de exploitatie van centra voor rijveiligheid. NG had een belang van 26 % in de onderneming, terwijl de resterende 74 % in het bezit waren van Brands Hatch Leisure Group Limited, Fawkham Longfield, Kent/Verenigd Koninkrijk (26 %), Test & Training Gesellschaft mbH, Teesdorf/Oostenrijk (26 %) en Tilke GmbH, Aachen (22 %). De onderneming werd vereffend. Op 4 december 2007 werd de onderneming uitgeschreven uit het handelsregister.

<sup>(25)</sup> BWN had als doel van de vennootschap de handel in nieuwe en tweedehandse motorfietsen en de bevordering van motortoerisme in de Eifel. Met ingang van 6 september 2005 is Bike World Nürburgring GmbH („BWN”) gefuseerd met BikeWorld Nürburgring Besitz GmbH (hierna „BWNB” genoemd). De overnemende onderneming BWNB werd vervolgens omgedoopt tot BikeWorld Nürburgring GmbH (hierna „BWN2” genoemd). Op 15 mei 2007 verkocht NG haar belang van 49 % in de laatstgenoemde onderneming aan de heer Norbert Brückner en de heer Jörg Jovy, waarbij NG de aan hen verstrekte leningen kwijtschold. BWN2 beëindigde haar bedrijfsactiviteiten op de Nürburgring in 2008. Volgens Duitsland werd BWN2 omgedoopt tot BikeWorld GmbH en werd het hoofdkantoor van de onderneming naar St. Ingbert in de deelstaat Saarland verplaatst.

<sup>(26)</sup> Camp4Fun had als doel van de vennootschap de exploitatie van een offroad-park. Tot 18 oktober 2010 was NG de enige commanditaire vennoot. Daarna werden de activa van Camp4Fun overgedragen aan NG en werd de ontbinding van de vennootschap zonder formele liquidatie ingeschreven in het Duitse handelsregister.

<sup>(27)</sup> MIB had als doel van de vennootschap de deelneming in andere ondernemingen en overname van de bestuurlijke taken in die ondernemingen. MIB was voor 80 % in eigendom van de heer Kai Richter en voor 20 % in eigendom van de heer Klaus König. Op 18 juni 2013 is MIB met NAG gefuseerd.

## 2.3. BESCHRIJVING VAN DE MAATREGELEN

- (20) Deze onderzoeksprocedure heeft betrekking op de financiering van de aanleg en de exploitatie van de faciliteiten op het circuit en de toeristische faciliteiten vóór aanvang van het project „Nürburgring 2009”, de aanleg van al deze faciliteiten in het kader van het project „Nürburgring 2009” en de organisatie van formule 1-races. Met het project „Nürburgring 2009” moest het circuit worden uitgebreid met verschillende attracties om het gedurende het gehele jaar aantrekkelijker te maken. Het project „Nürburgring 2009” bestond uit onderdeel I (hoofdzakelijk tribune- en recreatiefaciliteiten) en onderdeel II (hoofdzakelijke horecafaciliteiten) <sup>(28)</sup>.

## a) Maatregelen die onder het besluit van 21 maart 2012 vallen

- (21) Maatregel 1 (beschikbaarstelling van kapitaal door de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler aan NG in de vorm van inbreng in de kapitaalreserve en kapitaalverhoging): In de vorm van een inbreng in de kapitaalreserve <sup>(29)</sup> kende de deelstaat aan NG op 1 mei 2002 een bedrag van 2 179 000 EUR <sup>(30)</sup> toe en op 21 december 2004 een bedrag van 22 839 241 EUR <sup>(31)</sup>. Daarnaast verhoogden de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler het kapitaal van NG op 31 augustus met 4 887 000 EUR <sup>(32)</sup> en op 4 september 2007 met 10 000 000 EUR. In totaal vulden de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler het kapitaal van NG in de periode 2002-2007 aan met een bedrag van 39 905 241 EUR.
- (22) Maatregel 2 (aandeelhoudersleningen door NG aan haar dochterondernemingen verstrekt vóór aanvang van het project „Nürburgring 2009”): onafhankelijk van het project „Nürburgring 2009” verstrekte NG aan haar dochterondernemingen de in de tabellen 1 tot en met 4 vermelde aandeelhoudersleningen voor in totaal 11 176 953,14 EUR. Er werd een rentepercentage van 6 % overeengekomen; er werden geen zekerheden gesteld.

Tabel 1

## Aandeelhoudersleningen door NG verstrekt aan EWN, FSZ, MAN, TTI en Camp4Fun

Ontvanger	Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
EWN (*)	1.1.2006	4 853 553,04	6
EWN	30.6.2006	350 000	6
EWN	22.12.2006	350 000	6
EWN	4.7.2007	450 000	6
EWN	17.3.2009	182 313,24	6
EWN	29.4.2009	9 303,74	6
FSZ (**)	12.4.2002	[...] (****)	6

<sup>(28)</sup> Een uitvoerige beschrijving van de onderdelen I en II van het Nürburgring-project is opgenomen in deel 2.2 van het besluit van 21 maart 2012.

<sup>(29)</sup> De kapitaalreserve bestaat uit door de vennoten in het eigen vermogen ingebrachte bedragen die niet tot het geplaatste kapitaal behoren. Op de balansen wordt de kapitaalreserve vaak als deel van het eigen vermogen van een naamloze vennootschap geboekt. De kapitaalreserve geeft het deel van het eigen vermogen aan dat na een kapitaalverhoging de nominale waarde van de aandelen (gewone aandelen) overstijgt. Het bedrag van de uitgegeven en gestorte aandelen vormt samen met de kapitaalreserve het totale bedrag dat door de beleggers bij uitgifte voor de aandelen is betaald.

<sup>(30)</sup> Inbreng van 2 179 000 EUR in de kapitaalreserve door kwijtschelding van de in 1999 verschuldigde rente voor een in 1981 door de deelstaat van de Bondsrepubliek Duitsland overgenomen lening (hierna „oude lening Bondsrepubliek” genoemd).

<sup>(31)</sup> Inbreng van 22 839 241 EUR in de kapitaalreserve door kwijtschelding van een in 1981 door de deelstaat van de Bondsrepubliek Duitsland overgenomen lening („oude lening Bondsrepubliek”).

<sup>(32)</sup> Het bedrag van 4 887 000 EUR bestaat uit een bijdrage van de deelstaat in de vorm van de kwijtschelding van een in 1981 door de deelstaat overgenomen lening van de Bondsrepubliek Duitsland („oude lening Bondsrepubliek”) ten bedrage van 4 398 300 EUR en een bijdrage van de Landkreis Ahrweiler in de vorm van een kapitaalinjectie ten bedrage van 488 700 EUR.

Ontvanger	Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
FSZ	21.3.2003	[...]	6
FSZ	4.3.2008	[...]	6
MAN (***)	10.12.2002	100 000	6
TTI	15.8.2002	25 000	6
Camp4Fun (****)	26.5.2009	100 000	6
Camp4Fun	22.7.2009	100 000	6
Camp4Fun	2.11.2009	50 000	6
Camp4Fun	2.11.2009	50 000	6
Camp4Fun	18.12.2009	150 000	6
<b>TOTAAL</b>		[...]	

(\*) Vanaf 2002 werden de aan EWN verstrekte leningen ten belope van 722 264,49 EUR afgelost.

(\*\*) Vanaf 2002 werden de aan FSZ verstrekte leningen op een bedrag van [...] EUR na afgelost. Dit bedrag werd vereffend in het kader van de betaling van een compensatiebedrag van [...] EUR in verband met de uittreding van NG uit Fahr sicherheitszentrum am Nürburgring Verwaltungs GmbH en de beëindiging van de deelneming van NG in FSZ.

(\*\*\*) MAN heeft de lening op 28 november 2005 volledig terugbetaald.

(\*\*\*\*) Camp4Fun heeft de lening op 18 december 2003 volledig terugbetaald.

(\*\*\*\*\*) [...]: de informatie tussen de vierkante haken valt onder de professionele geheimhoudingsplicht.

Tabel 2

**Leningen door NG aan BWNB verstrekt vóór de naamswijziging van BWNB**

Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
17.10.2003	300 000,00	6
4.2.2004	100 000,00	6
27.10.2004	100 000,00	6
Totaal	500 000,00	

Tabel 3

**Leningen door NG aan BWN1 verstrekt vóór de fusie met BWNB**

Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
4.2.2004	100 000,00	6
12.3.2004	200 000,00	6
27.4.2004	200 000,00	6
24.11.2004	110 000,00	6



Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
5.1.2005	200 000,00	6
7.1.2005	150 000,00	6
19.1.2005	100 000,00	6
22.2.2005	75 000,00	6
28.2.2005	75 000,00	6
21.4.2005	150 000,00	6
13.6.2005	100 000,00	6
30.6.2005	50 000,00	6
18.7.2005	50 000,00	6
22.7.2005	100 000,00	6
Totaal	1 660 000,00	

Tabel 4

**Leningen door NG aan BWN2 verstrekt vóór de fusie met BWNB en de naamswijziging van BWNB**

Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
20.9.2005	200 000,00	6
4.10.2005	50 000,00	6
2.11.2005	100 000,00	6
1.12.2005	50 000,00	6
2.1.2006	200 000,00	6
20.1.2006	200 000,00	6
28.2.2006	50 000,00	6
30.6.2006	20 000,00	6
15.8.2006	100 000,00	6
6.9.2006	130 000,00	6
15.1.2007	150 000,00	6
27.2.2007	100 000,00	6
4.4.2007	250 000,00	6
Totaal	1 600 000,00	6

- (23) Maatregel 3 (leningen door de deelstaat uit de liquiditeitspool verstrekt aan NG): Deze maatregel behelst leningen die de deelstaat uit zijn zogenaamde liquiditeitspool <sup>(33)</sup> aan NG heeft verstrekt. In verband met de formule 1-evenementen en het project „Nürburgring 2009” <sup>(34)</sup> neemt NG sinds 2003 respectievelijk 2008 deel aan de liquiditeitspool van de deelstaat <sup>(35)</sup>. ISB neemt eveneens deel aan de liquiditeitspool. De liquiditeitspool is erop gericht een optimale liquiditeit binnen de verschillende holdings, stichtingen en overheidsondernemingen van de deelstaat te waarborgen. De deelname van de verschillende ondernemingen en stichtingen aan de liquiditeitspool berust op een overeenkomst tussen de afzonderlijke ondernemingen of stichtingen en het ministerie van Financiën van de deelstaat. Indien de vraag naar liquide middelen binnen de pool hoger is dan het beschikbare bedrag aan middelen, wordt het liquiditeitsstekort voor korte tijd via de kapitaalmarkt gefinancierd. In de periode 30 juni 2003 tot 11 mei 2010 verstrekte de deelstaat NG leningen ten bedrage van in totaal 399 805 370 EUR (met inbegrip van de leningen ten belope van 53 443 493 EUR die de deelstaat NG tussen 30 juni 2003 en 30 juni 2009 voor formule 1-evenementen heeft verstrekt en de leningen ten belope van 170 miljoen EUR die de deelstaat NG in de periode 23 juni 2008 tot 30 juni 2010 heeft verstrekt voor het project „Nürburgring 2009” <sup>(36)</sup>. NG is de begunstigde van de steun. Tabel 5 geeft een gedetailleerd overzicht.

Tabel 5

## Leningen door de deelstaat uit de liquiditeitspool verstrekt aan NG (\*)

Datum	Uitbetaald bedrag (in EUR)	Doel	Terugbetaling lening (in EUR)	gemiddeld Rentepercentage/jaar (in %)
30.6.2003	7 000 000	Formule 1-vergoeding		2,40
4.8.2003			- 1 000 000	
19.9.2003			- 1 000 000	
28.10.2003			- 1 000 000	
1.1.2004	1 361 877	Rente voor aandeelhoudersleningen		2,06
30.6.2004	6 016 931	Formule 1-vergoeding		2,10
18.2.2005			- 1 400 000	
27.5.2005	2 000 000	Formule 1-vergoeding		
8.5.2006	10 000 000	Formule 1-vergoeding		2,88
9.5.2006			- 8 000 000	
23.6.2006			- 2 000 000	
23.7.2007	13 000 000	Formule 1-vergoeding		

<sup>(33)</sup> In het kader van het project „Nürburgring 2009” heeft de deelstaat de volgende bedragen aan ISB ter beschikking gesteld: 285 265 000 EUR op 30 juli 2010, 5 miljoen EUR op 30 september 2010, 5 miljoen EUR op 31 december 2010, 5 miljoen EUR op 31 maart 2011, 5 miljoen EUR op 31 mei 2011 en 10 miljoen EUR op 31 juli 2011. In totaal heeft ISB in de periode 31 juli 2010 tot en met 31 oktober 2011 een bedrag van 315 265 000 EUR uit de liquiditeitspool van de deelstaat gebruikt voor de herfinanciering van de aan NG, MSR en CMHN verstrekte leningen ten belope van 325 265 000 EUR (maatregel 8). Tot aan de volledige terugbetaling van de leningen in november 2011 werd de rentevoet op dagelijkse basis vastgesteld. De rentebetalingen beliepen in totaal 2 326 680 EUR en werden telkens aan het eind van de maand nadien binnen de daarvoor gestelde termijn voldaan.

<sup>(34)</sup> Het project „Nürburgring 2009” bestaat uit de onderdelen I en II. Onderdeel I omvat de tribune, het welcome center, de ringarena (voor maximaal 5 100 bezoekers) en conditioneringsmaatregelen, de ringboulevard (een winkelcentrum met het grootste multitouch videoscherm ter wereld), het WARSTEINER Eventcenter (voor maximaal 1 500 bezoekers), Autowelten (tentoonstellings- en verkoopruimte voor autofabrikanten), ringwerk (indoor attracties zoals een multimediatheater, een historische tentoonstelling, interactieve toepassingen en ringracer, de snelste achtbaan ter wereld) en de ringkartbahn (een indoor kartbaan). Onderdeel II omvat twee hotels (inclusief een casino), 100 vakantiehuisjes, vijf restaurants, een discotheek en een merchandise winkel.

<sup>(35)</sup> Zie met betrekking tot de problemen bij het beheer en de financiering van de liquiditeitspool het jaarverslag 2011 van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts (Rechnungshof Rheinland-Pfalz) (deel II, blz. 7-15), dat beschikbaar is op <http://www.rechnungshof-rlp.de/Jahresberichte/>

<sup>(36)</sup> De uit de liquiditeitspool verstrekte leningen zijn volledig terugbetaald (zie tabel 6). De rente ten belope van in totaal 5 059 174,46 EUR is voldaan.

Datum	Uitbetaald bedrag (in EUR)	Doel	Terugbetaling lening (in EUR)	gemiddeld Rentepercentage/jaar (in %)
23.6.2008	4 000 000	Project „Nürburgring 2009”		3,87
21.7.2008	6 500 000	Project „Nürburgring 2009”		
22.8.2008	2 500 000	Project „Nürburgring 2009”		
26.8.2008	6 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
23.9.2008	80 000 000	Instelling van een deposito		
25.9.2008	6 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
13.10.2008	10 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
19.11.2008	10 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
8.12.2008			- 80 000 000	
19.1.2009	10 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
5.3.2009	95 000 000	Instelling van een deposito		
26.3.2009	15 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
16.4.2009	10 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
5.5.2009	15 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
22.5.2009	15 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
29.6.2009	10 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
30.6.2009	15 426 562	Formule 1-vergoeding		
13.7.2009			- 95 000 000	
24.7.2009	20 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
2.10.2009	15 000 000	Project „Nürburgring 2009”		

Datum	Uitbetaald bedrag (in EUR)	Doel	Terugbetaling lening (in EUR)	gemiddeld Rentepercentage/jaar (in %)
24.3.2010	6 000 000	Project „Nürburgring 2009”		0,38
11.5.2010	9 000 000	Project „Nürburgring 2009”		
30.6.2010			- 170 000 000	
11.1.2011			- 40 405 000	
13.1.2011			- 370	

(\*) Betalingen waren gebaseerd op een contractuele overeenkomst over de liquiditeitspool tussen de deelstaat en NG van 20 februari 2003. De rente voor de respectieve lening was gebaseerd op de dagrente die de deelstaat op de markt kon krijgen. De rente werd telkens per dag berekend (rente/360).

- (24) Maatregel 4 (lening van NG aan MSR): In verband met het project „Nürburgring 2009” verstrekke NG op 27 december 2007 een lening ten bedrage van 300 000 EUR aan MSR, tegen een rente van 7 %. Er werden geen zekerheden gesteld.
- (25) Maatregel 5 (lening, patronaatsverklaring en achterstelling van NG ten gunste van CST): Voor de periode 27 augustus 2008 tot 18 april 2011 verstrekke NG aan CST een lening ten bedrage van in totaal 11 032 060 EUR tegen een rente van 6 % <sup>(37)</sup>.

Tabel 6

#### Leningen door NG aan CST verstrekt

Ontvanger	Datum leningverstrekking	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
CST	27.8.2008	50 000	6
CST	9.10.2008	100 000	6
CST	30.1.2009	1 000 000	6
CST	18.3.2009	1 000 000	6
CST	17.4.2009	1 476 830,88	6
CST	22.6.2009	1 000 000	6
CST	20.7.2009	1 000 000	6
CST	28.10.2009	2 250 000	6
CST	10.2.2010	1 723 169,12	6

<sup>(37)</sup> Op 31 december 2010 werd een bedrag van 3 589 297,04 EUR terugbetaald. Zie met betrekking tot de problemen bij het beheer en de financiering van de liquiditeitspool het jaarverslag 2011 van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts (deel II, blz. 7-15), dat beschikbaar is op <http://www.rechnungshof-rlp.de/jahresberichte/>

Ontvanger	Datum leningverstrekking	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage (in %)
CST	12.10.2010	250 000	6
CST	13.10.2010	150 000	6
CST	5.11.2010	150 000	6
CST	30.10.2010	250 000	6
CST	9.2.2011	500 000	6
CST	18.4.2011	132 060	6
<b>Totaal</b>		<b>11 032 060</b>	

- (26) Om insolventie van CST af te wenden, gaf NG op 23 december 2009 een tot 31 december 2011 geldige patronaatsverklaring af ten gunste van CST. CST heeft een beroep gedaan op deze patronaatsverklaring. Daarin verplicht NG zich er tegenover CST toe de nodige maatregelen te treffen om insolventie van CST te voorkomen. Op 13 december 2010 verklaarde NG tegenover CST haar vorderingen ten bedrage van 10,4 miljoen EUR achter te stellen.
- (27) Maatregel 6 (betaling van vergoedingen door NG aan IPC en lening aan MSR via PNG): In de periode 2006-2008 ontving IPC van NG in totaal 640 000 EUR als vergoeding voor door haar verleende diensten bij het zoeken naar particuliere investeerders. Bovendien verstrekke NG op 15 oktober 2008 een lening ten belope van 3 miljoen EUR aan Pinebeck Nürburgring GmbH (hierna „PNG” genoemd), tegen een rente van 6 %. Op 15 oktober 2008 gebruikte PNG deze lening om MSR een lening ten belope van 3 miljoen EUR te verstrekken tegen een rente van 6 %, waarbij door PNG slechts een bedrag van 2 941 000 EUR als lening werd uitbetaald <sup>(38)</sup>. Beide leningen werden gewaarborgd door ten gunste van NG gestelde zekerheden ter waarde van 3 miljoen EUR.
- (28) Maatregel 7 (afstand van vorderingen door MIB aan NG): Op 17 april 2009 cedeerde MIB haar uit leningen voortvloeiende schuldvorderingen op CST ten belope van 1 476 830,88 EUR <sup>(39)</sup> aan NG. Voor deze leningen betaalde NG een bedrag van 1 476 830,88 EUR aan MIB. Hierdoor konden de vorderingen van MIB volledig door NG worden voldaan, terwijl NG op haar beurt schuldeiser van CST werd <sup>(40)</sup>.
- (29) Maatregel 8 (lening van ISB aan NG, MSR en CMHN): Om financieringskosten te besparen en de financiering op lange termijn te garanderen, werden de financieringsovereenkomsten op 28 juli 2010 volledig geherstructureerd. De verplichtingen jegens de liquiditeitspool van de deelstaat (maatregel 3), een lening ten belope van [...] EUR van de Bank für Tirol und Vorarlberg AG aan CMHN <sup>(41)</sup>, een lening ten bedrage van [...] EUR van Kreissparkasse Ahrweiler aan MSR <sup>(42)</sup> en de leningen ten belope van 85 512 000 EUR, die RIM via haar derdenbelangen in Mediinvest aan MSR had verstrekt, alsook de daaropvolgende leningen van Mediinvest aan MSR (maatregel 11) werden samengevoegd tot één enkele lening ten bedrage van 325 265 000 EUR, die door ISB op grond van een kredietopdracht van de deelstaat aan NG, MSR en CMHN werd verstrekt <sup>(43)</sup>. De herstructurering van de desbetreffende financieringsovereenkomsten vormt een aparte maatregel naast de onderliggende leningen. Een en ander resulteert in een nieuwe lening aan NG, MSR en CMHN. De lening is opgesplitst in vier tranches. Tranche 1 ten belope van 96 574 200 EUR ten gunste van NG voor infrastructuur, tranche 2 ten belope van 113 590 800 EUR ten gunste van NG voor overige investeringen <sup>(44)</sup>, tranche 3 ten belope van 92 000 000 EUR ten gunste van MSR voor overige investeringen en tranche 4 ten belope van 23 100 000 EUR ten gunste van CMHN voor overige investeringen. Tranche 1 was bestemd voor investeringen in faciliteiten op de Nürburgring en werd rentevrij verstrekt. De tranches 2 tot en met 4 zijn bedoeld voor maatregelen ter bevordering van het toerisme (zie tabel 7). Voor de ISB-lening werden zekerheden gesteld in de vorm van hypotheekten ter waarde van 93 658 000 EUR, waarbij de voor de tranches 2 tot en met 4 gestelde zekerheden voorrang hebben boven die voor tranche 1. In tabel 7 zijn de voorwaarden van de ISB-lening en de geldende basisrentepercentages vermeld.

<sup>(38)</sup> De lening was op 22 januari 2009 volledig terugbetaald; er werd rente ten belope van 48 500 EUR voldaan. Duitsland verklaarde evenwel dat de lening door Geisler & Trimmel aan NG werd terugbetaald, en niet door MSR aan PNG en vervolgens door PNG aan NG.

<sup>(39)</sup> 1 450 000 EUR, verhoogd met rente ten belope van 26 830,88 EUR.

<sup>(40)</sup> In 2010 verrekende NG de lening met haar verplichtingen jegens CST ten belope van 1 439 297,04 EUR. Aan de resterende verplichtingen van CST jegens NG ten bedrage van 37 533,84 EUR werd in het kader van de vereffening van CST en de overdracht van haar activa aan NG voldaan.

<sup>(41)</sup> Op 25 mei 2008 verstrekte Bank für Tirol und Vorarlberg AG aan CMHN een lening ten bedrage van [...] EUR.

<sup>(42)</sup> Op 18 januari 2010 verstrekte Kreissparkasse Ahrweiler aan MSR een lening ten bedrage van [...] EUR.

<sup>(43)</sup> Overeenkomstig de kredietopdracht van de deelstaat zag ISB af van de uitvoering van de gebruikelijke kredietwaardigheidsbeoordelingen.

<sup>(44)</sup> Wat de tweede tranche betreft, heeft NG 4 735 000 miljoen EUR van het opgenomen kredietbedrag van 118 325 800 EUR niet gebruikt, zodat de deelstaat aan NG het bedrag van 113 590 800 EUR heeft uitbetaald; in dit verband heeft NG een vergoeding van 141 835,54 EUR aan ISB betaald.

Tabel 7

**Financieringsvoorwaarden van de ISB-lening**

Tranche	Ontvanger	Betaald bedrag	Datum overeenkomst	Rentepercentage <sup>(1)</sup>
1	NG	96 574 200	28.7.2010	0 %
2	NG	113 590 800	28.7.2010	t/m 31.12.2012: EONIA plus 0,64 % = 1,121 % vanaf 1.1.2013: referentiepercen- tage van de Commissie
3	MSR	92 000 000	28.7.2010	t/m 31.12.2012: EONIA plus 0,64 % = 1,121 % vanaf 1.1.2013: referentiepercen- tage van de Commissie
4	CMHN	23 100 000	28.7.2010	t/m 31.12.2012: EONIA plus 0,64 % = 1,121 % vanaf 1.1.2013: referentiepercen- tage van de Commissie

<sup>(1)</sup> Zie, met betrekking tot het gemiddelde EONIA-rentetarief op 28 juli 2010, [www.global-rates.com/interest-rates/eonia/2010.aspx](http://www.global-rates.com/interest-rates/eonia/2010.aspx)

- (30) Maatregel 9 (garantieverklaring van de deelstaat tegenover ISB inzake maatregel 8: lening van ISB aan NG, MSR en CMHN): Op 28 juli 2010 gaf de deelstaat tegenover ISB een onvoorwaardelijke en onherroepelijke garantie- en vrijstellingsverklaring af (volledige dekking van de verplichtingen) over de nakoming door NG, MSR en CMHN van alle uit de ISB-lening voortvloeiende verplichtingen. NG, noch MSR of CMHN heeft voor deze garantie een vergoeding betaald. NET als de ISB-lening (maatregel 8) heeft de garantieverklaring zowel betrekking op de faciliteiten op de Nürburgring als op de maatregelen ter bevordering van het toerisme.
- (31) Maatregel 10 (verpachting van het Nürburgring-complex aan NAG): In het kader van de herstructurering van 2010 hebben NG, EWN, Nürburgring Adventure GmbH <sup>(45)</sup>, Camp4Fun, MSR en CMHN het circuit, het pretpark en andere faciliteiten met ingang van 1 mei 2010 voor een periode van 20 jaar <sup>(46)</sup> aan NAG <sup>(47)</sup> verpacht. Hierbij werd geen openbare inschrijving (aanbestedingsprocedure) uitgevoerd. De verpachting had betrekking op de faciliteiten en de exploitatie van de Nürburgring en de maatregelen ter bevordering van het toerisme. De organisatie van formule 1-races was echter voorwerp van een aparte concessieovereenkomst (maatregel 17) en maakte derhalve geen deel uit van de pachtovereenkomst. De minimumpachtsom per jaar werd als volgt vastgesteld: voor de periode 1 mei 2010 tot en met 30 april 2011: 0 EUR; voor de periode 1 mei 2011 tot en met 30 april 2012: 5 miljoen EUR, voor de periode 1 mei 2011 tot en met 30 april 2013: 11,5 miljoen EUR mits technische tekortkomingen van de faciliteiten uiterlijk op 30 april 2012 zijn verholpen, en zo niet: 10 miljoen EUR, en voor de periode vanaf 1 mei 2013: 15 miljoen EUR <sup>(48)</sup>. Tijdens de periode 1 mei 2010 tot en met 31 oktober 2012 betaalde NAG pacht ten bedrage van [...] EUR <sup>(49)</sup>. De pachtovereenkomst werd door de op 27 november 2012 tussen NG, MSR, CMHN, CST en NAG en de toezichthouder, enerzijds, en door NAG, Mediinvest en andere ondernemingen, anderzijds, gesloten dading met terugwerkende kracht met ingang van 31 oktober 2012 beëindigd.

<sup>(45)</sup> Ten tijde van de ondertekening van de betrokken bedrijfspachtovereenkomst was Nürburgring GmbH de enige aandeelhouder van Nürburgring Adventure GmbH. Op 25 oktober 2010 fuseerde Nürburgring Adventure GmbH met NG.

<sup>(46)</sup> Waarbij NAG de eenzijdige optie had om de pachtovereenkomst twee keer met 5 jaar te verlengen.

<sup>(47)</sup> Ten tijde van de ondertekening van de bedrijfspachtovereenkomst op 25 maart 2010 heette NAG nog GrundKapital Management GmbH.

<sup>(48)</sup> In de pachtovereenkomst is het volgende bepaald: a) een minimumpachtsom, b) een pacht prijs die afhankelijk is van de winst voor aftrek van interest, belastingen en afschrijvingen (EBITDA) van de pachter (EBITDA-pachtprijs): van 1 mei 2010 t/m 30 april 2011 90 % van de EBITDA van de pachter, van 1 mei 2011 t/m 30 april 2012 90 % van de EBITDA van de pachter, maar ten minste 5 miljoen EUR, van 1 mei 2012 t/m 30 april 2013 85 % van de EBITDA van de pachter, mits technische tekortkomingen van de faciliteiten uiterlijk op 30 april 2012 zijn verholpen, maar ten minste 11,5 miljoen EUR, en zo niet: 90 % van de EBITDA van de pachter, maar ten minste 10 miljoen EUR, en vanaf 1 mei 2013 jaarlijks 85 % van de EBITDA van de pachter, maar ten minste 15 miljoen EUR. Een kritische beoordeling van de hoogte van de pachtsom is te vinden in het jaarverslag 2012 van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts, blz. 98-102, dat beschikbaar is op: [www.rechnungshof-rlp.de/Jahresberichte](http://www.rechnungshof-rlp.de/Jahresberichte).

<sup>(49)</sup> Pachtsom van [...] EUR plus een bedrag van [...] EUR op basis van de dading.

- (32) Maatregel 11 (leningen van RIM aan MSR met tussenkomst van Mediinvest en, in één geval, PNG): Tussen 29 mei 2008 en 7 juli 2009 verstrekte RIM aan Mediinvest elf leningen ten belope van in totaal 85 512 000 EUR in de vorm van derdenbelangen, die bestemd waren voor de financiering van onderdeel II (Hotels) van het project „Nürburgring 2009”<sup>(50)</sup>. In dezelfde periode heeft Mediinvest, die als intermediair tussen RIM (de verstrekende instantie) en MSR (de begunstigde) optrad, deze middelen gebruikt om MSR leningen tegen een hogere rente te verstrekken (zie hieronder)<sup>(51)</sup>. Voor de derdenbelangen werd naast een vaste rente een variabele rente van 2 % overeengekomen, die ofwel afhankelijk was van de verkoopsom van de deelneming van Mediinvest in MSR of van de door MSR over 2009 behaalde winst. Voorts werden zekerheden gesteld. Tabel 8 geeft een overzicht van de derdenbelangen.

Tabel 8

**Derdenbelangen van RIM in Mediinvest**

	Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rente-percentage (in %)
1	29.5.2008	[...]	[...]
2	29.9.2008	[...]	[...]
3	12.11.2008	[...]	[...]
4	22.12.2008	[...]	[...]
5	30.4.2009	[...]	[...]
6	14.5.2009	[...]	[...]
7	26.5.2009	[...]	[...]
8	9.6.2009	[...]	[...]
9	23.6.2009	[...]	[...]
10	30.6.2009	[...]	[...]
11	7.7.2009	[...]	[...]
	<b>Totaal</b>	[...]	

- (33) Tussen 27 mei 2008 en 7 juli 2009 verstrekte Mediinvest aan MSR negen leningen ten bedrage van in totaal EUR 75 484 000 EUR tegen een rente van 7 % (respectievelijk 5,1 % vanaf 1 november 2009); voor deze leningen werden geen zekerheden gesteld. Tabel 9 geeft een overzicht van de derdenbelangen.

Tabel 9

**Leningen van Mediinvest aan MSR**

	Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage
1	27.5.2008	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
2	22.12.2008	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar

<sup>(50)</sup> De leningen in de vorm van derdenbelangen werden op 30 juli 2010 volledig terugbetaald aan RIM. In totaal betaalde Mediinvest rente ten belope van [...] EUR aan RIM. Duitsland heeft niet gepreciseerd of MSR de aan haar door Mediinvest verstrekte leningen heeft terugbetaald.

<sup>(51)</sup> Volgens gegevens van de rekenkamer van de deelstaat belooft het renteoordeel dat Mediinvest op grond van de verhoogde rentepercentages heeft behaald, in totaal [...] EUR („Gutachtliche Äußerung des Rechnungshofs des Landes Rheinland-Pfalz” van 15 juni 2010, deel II, blz. 20).

	Datum overeenkomst	Bedrag (in EUR)	Rentepercentage
3	30.4.2009	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
4	15.5.2009	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
5	26.5.2009	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
6	9.6.2009	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
7	23.6.2009	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
8	30.6.2009	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
9	7.7.2009	[...]	[...] % per jaar; vanaf 1.11.2009: [...] % per jaar
<b>TOTAAL</b>		<b>75 484 000</b>	

- (34) Bovendien verstrekte Mediinvest op 12 november 2008 een lening van 10 miljoen EUR aan PNG, tegen een rente van 6 % (tot en met 31 december 2009). PNG verstrekte op diezelfde dag een lening van hetzelfde bedrag en tegen hetzelfde rentepercentage aan MSR.
- (35) Maatregel 12 (garantieverklaring van de deelstaat ten opzichte van ISB inzake maatregel 11: derdenbelangen van RIM in Mediinvest): In verband met de lening van ISB aan RIM, die door RIM voor leningen aan Mediinvest werd gebruikt (maatregel 11), heeft de deelstaat aan ISB een garantie afgegeven voor de nakoming van de betalingsverplichtingen ten bedrage van 140 miljoen EUR (volledige dekking van de verplichtingen) <sup>(52)</sup>. Voor de garantie werd geen vergoeding betaald. Naar het oordeel van de Commissie is MSR de begunstigde van de betrokken maatregel, aangezien deze onderneming ook de begunstigde van maatregel 11 is.
- (36) Maatregel 13 (inkomsten uit een casinoheffing, die door de deelstaat aan NG zijn toegewezen): In februari 2009 werd de casinowet van Rijnland-Palts dusdanig gewijzigd dat een deel van de inkomsten uit een casinoheffing aan NG konden worden toegewezen. De overgedragen belastinginkomsten waren bestemd voor de bevordering van het toerisme. Op 29 december 2009 werd een bedrag van 1,6 miljoen EUR, op 29 oktober 2010 een bedrag van 3,2 miljoen EUR en op 29 maart 2011 opnieuw 3,2 miljoen EUR, d.w.z. in totaal een bedrag van 8 miljoen EUR overgemaakt.
- (37) Maatregel 14 (aandeelhoudersleningen van de deelstaat aan NG en achterstelling ten gunste van het project „Nürburgring 2009”): Voor de voorbereiding en uitvoering van het project „Nürburgring 2009” ontving NG van de deelstaat de volgende renteloze leningen zonder vaste looptijd: 20 miljoen EUR op 21 augustus 2007, 10 miljoen EUR op 22 december 2009, 4,65 miljoen EUR op 28 december 2010 en 3,2 miljoen EUR op 26 april 2011 <sup>(53)</sup>. Daarnaast verstrekte de deelstaat op 9 december 2011 een verdere lening ten bedrage van 4,95 miljoen EUR aan NG. Bovendien gaf de deelstaat op 29 augustus 2007 een achterstellingsverklaring af voor het volledige bedrag van de lening van 20 miljoen EUR, teneinde insolventie van NG te voorkomen.
- (38) Maatregel 15 (overdracht van de aandelen van Mediinvest en Geisler & Trimmel in MSR aan NG en van die van Weber aan RIM): Bij aandelenkoopovereenkomst van 25 maart 2010 werden de vennootschapsaandelen van Mediinvest (49,5 %) en Geisler & Trimmel (33,8 %) in MSR overgedragen aan NG, die reeds een aandeel van 10 % bezat. Het door Weber aangehouden aandeel in MSR (6,7 %) werd bij diezelfde overeenkomst overgedragen aan RIM. De aankoopprijs bedroeg per vennootschapsaandeel 1 EUR (d.w.z. in totaal 3 EUR) <sup>(54)</sup>.

<sup>(52)</sup> De garantie ten belope van maximaal 50 miljoen EUR van 28 augustus 2008 werd op 17 december 2008 tot 80 miljoen EUR en vervolgens op 26 mei 2009 tot 140 miljoen EUR verhoogd.

<sup>(53)</sup> De leningen van 28 december 2010 en 26 april 2011 waren — zoals uit een verslag van Ernst & Young van 9 september 2010 blijkt — uitdrukkelijk bestemd ter compensatie van de negatieve cashflow die uit de planning van NG voor de middellange termijn (periode 2010-2030) voortvloeide.

<sup>(54)</sup> Dientengevolge bezit NG thans 93,3 % en RIM 6,7 % van de aandelen in MSR. De verkopers werden bij de verkoopovereenkomst niet ontheven van hun aansprakelijkheid, en noch NG noch RIM heeft financiële verplichtingen overgenomen.



- (39) Maatregel 16 (aandeelhouderslening en subsidie van de deelstaat aan NG voor formule 1-race-evenementen): Voorts verstrekte de deelstaat op 11 januari 2011 een renteloze lening zonder vaste looptijd ten bedrage van 40 405 000 EUR aan NG ter compensatie van verliezen uit formule 1-evenementen, die tussentijds uit de liquiditeitspool werd gefinancierd. Bovendien stelde de deelstaat in juli 2011 een subsidie van 13,5 miljoen EUR ter beschikking voor de organisatie van de formule 1-race-evenementen in 2011.
- (40) Maatregel 17 (concessieovereenkomst voor formule 1): Op 13 december 2010 sloten NG en NAG een concessieovereenkomst inzake de organisatie van formule 1-race-evenementen<sup>(55)</sup>. Bij deze concessieovereenkomst draagt NG de organisatie van de formule 1-race-evenementen over aan NAG en verplicht zij zich tot betaling van een vergoeding daarvoor<sup>(56)</sup>. Volgens Duitsland zou NAG op grond van deze overeenkomst financiële middelen ontvangen, die niet zouden worden aangerekend bij de vaststelling van de pacht som in het kader van de tussen NG en NAG gesloten pachtovereenkomst. Er zijn echter geen middelen overgedragen tussen NG en NAG. Op grond van de op 27 november 2012 tussen NG, MSR, CMHN, CST en NBG en de toezichthouder, enerzijds, en door NAG, Mediinvest en andere ondernemingen, anderzijds, gesloten dading werd de concessie beëindigd.

#### b) Maatregelen die onder het besluit van 7 augustus 2012 vallen

- (41) Maatregel 18 (verlening van uitstel van rentebetalingen over een ISB-lening aan NG, MSR en CMHN): Op 15 mei 2012 verleende ISB uitstel van betaling van rente ten bedrage van 2,98 miljoen EUR, die op 30 april 2012 verschuldigd was, tot 15 november 2012 (met inbegrip van uitstel van betaling voor de compensatie ten bedrage van 48 913,78 EUR voor de niet-benutting van een deel van de lening). Voor de opgeschorte betalingen werd een rente op jaarbasis van 8,17 % in rekening gebracht. De renteverplichtingen waarvoor uitstel van betaling werd verleend, was als volgt verdeeld over de afzonderlijke vennootschappen: 1,473 miljoen EUR voor NG, 1,205 miljoen EUR voor MSR en 303 000 EUR voor CMHN.
- (42) Maatregel 19 (achterstelling en vrijstellingsverklaring): Op 15 mei 2012 gaf de deelstaat een verklaring af waarin hij instemde met de achterstelling van leningen tot een bedrag van maximaal 254 miljoen EUR die onderdeel vormden van de leningen ten bedrage van 325 265 000 EUR die ISB aan NG, MSR en CMHN had verstrekt (maatregel 8). Met betrekking tot de aflossing van deze leningen vanaf 2014 verklaarde de deelstaat op 15 mei 2012 bovendien dat NG, MSR en CMHN zouden worden vrijgesteld van hun betalingsverplichtingen en dat de deelstaat zijn aan ISB afgegeven garantie gestand zou doen ingeval die vennootschappen hun verplichtingen niet zouden kunnen nakomen (maatregel 9).

#### 2.4. GRONDEN VOOR HET INLEIDEN EN UITBREIDEN VAN DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

- (43) De Commissie is in haar besluiten van 21 maart 2012 en 7 augustus 2012 tot de voorlopige conclusie gekomen dat alle 19 maatregelen staatssteun vormden, en uitte twijfel over de verenigbaarheid van die maatregelen met het VWEU.

#### 2.5. INSCHRIJVINGSPROCEDURE EN VERKOOP VAN DE ACTIVA

- (44) Op 14 mei 2013 werd de opening van de inschrijvingsprocedure aangekondigd via een persmededeling van de bewindvoerder. Op 15 mei 2013 publiceerde KPMG een oproep tot het indienen van blijken van belangstelling in de *Financial Times* en het *Handelsblatt* en op de website van de Nürburgring. In het kader van de inschrijvingsprocedure onderhield KPMG namens de verkopers contact met rond 300 investeerders. De gegadigden werd verzocht om blijken van belangstelling in te dienen (rond 70 ondernemingen toonden belangstelling). Nadat zij een reeks documenten over de Nürburgring hadden ontvangen, werd hun verzocht om uiterlijk op 26 september 2013 een indicatief bod uit te brengen. Bij schrijven van 19 juli 2013 deden de verkopers de volgende mededeling aan alle belangstellende investeerders: „All parties that intend to participate in next stage of the process are invited to

<sup>(55)</sup> Een kritische beoordeling van de hoogte van de vergoeding is te vinden in het jaarverslag 2012 van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts, blz. 103-107, dat beschikbaar is op: [www.rechnungshof-rlp.de/Jahresberichte](http://www.rechnungshof-rlp.de/Jahresberichte)

<sup>(56)</sup> De overeengekomen vergoeding die door NAG werd ontvangen, omvatte een forfaitaire vergoeding van [...] EUR voor de verkochte toegangsbewijzen, [...] % van de opbrengsten uit de verkoop van de toegangsbewijzen die na de eerste [...] toegangsbewijzen werden verkocht, de opbrengsten van [...] toegangsbewijzen die in 2011 waren verkocht en van [...] verkochte toegangsbewijzen in de daaropvolgende jaren. De minimumvergoeding voor het formule 1-evenement in 2011 bedroeg [...] EUR; ingeval de opbrengsten uit de verkoop van toegangsbewijzen lager was dan [...] EUR, werd de vergoeding verminderd met [...] EUR per [...] EUR lagere opbrengsten ten opzichte van het bedrag van [...] EUR (voorbeeld: bij een opbrengst uit de verkoop van toegangsbewijzen van [...] EUR bedroeg de vergoeding [...] EUR). Er werd echter een minimumvergoeding van [...] EUR overeengekomen. De aan de organisatoren en coureurs van de formule 1-races te betalen vergoedingen en de betalingen voor de instandhouding van het circuit voor de *grade 1*-licentie van de Fédération Internationale de l'Automobile („FIA”) werden volledig door NG gedragen en vielen niet onder de betalingsverplichtingen van NAG.

submit an Indicative Offer by **5:00 pm (CET) on 12 september 2013**. Offer handed in after the deadline will also be considered" <sup>(57)</sup>. De genoemde uiterste datum van 12 september 2013 voor het indienen van een indicatief bod werd bij schrijven van 12 september 2013 verlengd tot 26 september 2013. „The Vendors have decided to extend the deadline for Indicative Offers, in order to enable potential investors to complete their analysis of the provided material. The updated deadline now ends at **5 p.m. CET on 26 september 2013**. Offers handed in after the deadline will also be considered" <sup>(58)</sup>. Bij schrijven van 17 december 2013 hebben de verkopers de uiterste datum voor het indienen van bevestigende biedingen verlengd van 11 december 2013 tot 17 februari 2014. „In order to enable potential investors to complete their analysis of the provided information material and to provide a final offer that fully reflects the value potential of the Nürburgring, the timeline which used to end at 5 p.m. CET on 11 december 2013 now ends at **5 p.m. CET on 17 February 2014**. For the sake of clarity, offers handed in after that timeline will, in principle, also be considered provided that the terms of the offer qualify for the further process. Any disadvantage caused by the delay will not be compensated for and will have to be fully borne by the investor. Please note that the Vendors may choose the parties which will qualify for the further process shortly after the updated timeline ends." <sup>(59)</sup>

- (45) De bewindvoerders hebben met het oog op de verkoop van de activa van NG, MSR en CMHN besloten de volgende structureringsmaatregelen te nemen en hebben deze vervolgens uitgevoerd.
- (46) Ten behoeve van de inschrijvingsprocedure werden de activa van NG, MSR en CMHN onderverdeeld in 11 kavels <sup>(60)</sup>. In de gepubliceerde oproep tot het indienen van blijken van belangstelling wordt het volgende meegedeeld: „The Vendors intend to sell the assets to one or more investors (Project RING). Investors will have the opportunity to acquire all assets, defined asset clusters („Proposed Asset Clusters”) or individual assets. The Proposed Asset Clusters have been defined based on the separability of assets and related costs. It is intended that the transaction will be structured as an asset deal. All third party and financing liabilities will remain with the insolvent legal entities allowing a new start on a clean balance sheet.” [vert.: „De verkopers zijn voornemens de activa van de Nürburgring aan een of meer investeerders te verkopen („project RING”). Investeerders hebben de mogelijkheid om alle activa, bepaalde groepen activa („voorgestelde kavels”) of afzonderlijke activa te verwerven. De kavels zijn rekening houdend met een mogelijke opsplitsing van de activa en de daarmee verbonden kosten ingedeeld. De transactie zal worden gestructureerd als asset deal. Alle financieringsverplichtingen en verbintenissen jegens derden blijven bij de insolvente rechtspersonen. De transactie maakt aldus een doorstart mogelijk op basis van een opgeschoonde balans.”] <sup>(61)</sup> Voorts werd in de procedurebrief van 19 juli 2013 aan de belangstellende investeerders het volgende vermeld: „Investors will have the opportunity to acquire the assets of the Vendors in either their entirety, or in defined asset clusters („Proposed Asset Clusters”), or in individual assets. Proposed Asset Clusters have been defined based on the severability of assets of the Nürburgring and related costs.” [vert.: „Investeerders hebben de mogelijkheid om alle activa van de verkopers als geheel te verwerven of bepaalde groepen activa („voorgestelde kavels”) of afzonderlijke activa.”] De aangeboden kavels zijn, rekening houdend met een mogelijke opsplitsing van de Nürburgring en de daarmee verbonden kosten, ingedeeld <sup>(62)</sup>.
- (47) De bewindvoerders hebben geen voorwaarden gesteld met betrekking tot de toekomstige bestemming van de activa. Eventueel bestaande beperkingen op het gebruik van de activa houden verband met bouwvoorschriften of wetgeving inzake luchtverontreiniging en met de bij de wetgeving van de deelstaat gegarandeerde toegang tot de Nürburgring voor het publiek.
- (48) Volgens de tot de belangstellende investeerders gerichte procedurebrieven van 19 juli 2013 en 17 oktober 2013 moesten investeerders op basis van de volgende criteria worden geselecteerd: a) maximalisering van de waarde van de activa als geheel en b) de verwachte transactie zekerheid <sup>(63)</sup>. Deze selectiecriteria werden als volgt nader toegelicht: „Value for the assets in scope of the respective offer; Potential value implications for those assets that are not included in the respective offer, if any; Costs for further separation of the assets in scope of the respective offer, if any; Costs to fulfil key assumptions and conditions of the respective offer; Closing probability.” [vert.: „Geboden prijs voor de aangeboden activa; in voorkomend geval de mogelijke gevolgen voor de waarde van de activa die niet zijn inbegrepen in het aanbod; in voorkomend geval de kosten voor de verdere opsplitsing van de activa die deel uitmaken van het betrokken aanbod; de kosten die moeten worden gemaakt om te kunnen voldoen aan de wezenlijke eisen en voorwaarden van het betrokken aanbod en de kans dat de transactie wordt

<sup>(57)</sup> Procedurebrief van 19 juli 2013, „Project RING — information and procedures for the submission of an indicative offer”, blz. 3, onder kopje „Indicative Offer”.

<sup>(58)</sup> Procedurebrief van 12 september 2013, „Project RING — Project RING — Extension of the timeline for the submission of indicative offers”, blz. 1, onder kopje „Extension of the Deadline for the Indicative Offers”.

<sup>(59)</sup> Procedurebrief van 17 december 2013, „Project RING — Extension of the timeline for the submission of final offers”, blz. 1, onder kopje „Extension of the timeline for the final offers”.

<sup>(60)</sup> 1A. Grand-Prix-circuit, 1B. „Nordschleife”, 2. 4-sterrenhotel, 3. Recreatiedorp „Grüne Hölle” met 3-sterrenhotel, 4. Pretpark „Drees”, 5. Terrein in erfpacht „Dorint”, 6. Offroad-park, 7. Personeelsverblijf „Adenau”, 8. Woongebouw „Balkhausen”, 9. „Licht”-gebouw, 10. Overige groenvoorzieningen.

<sup>(61)</sup> Oproep tot het indienen van blijken van belangstelling, onder kopje „Veräußerung der Vermögenswerte des Nürburgrings”.

<sup>(62)</sup> Procedurebrief van 19 juli 2013, „Project RING — information and procedures for the submission of an indicative offer”, blz. 1, onder kopje „Indicative Offer”.

<sup>(63)</sup> De selectiecriteria zijn in de procedurebrief van 19 juli 2013 („Project RING — information and procedures for the submission of an indicative offer”), blz. 4, en in de procedurebrief van 17 oktober 2013 („Project RING — procedures for the submission of a final offer”), blz. 6, uiteengezet.

afgesloten.”] Voorts werd het volgende uiteengezet: „the closing probability will be assessed by taking into consideration the i) outstanding due diligence requirements, ii) secured financing for the transaction, supported by confirmation of financing partners, iii) required steps for the regulatory clearance, iv) required internal approval steps until the transaction could be consummated and v) strategic rationale for the acquisition or future plans for the assets of the NG, MSR and CMHN and the likelihood of their realisation”. [vert.: „De kans van slagen van de transactie wordt beoordeeld op basis van i) de due diligence-eisen waaraan moet worden voldaan, ii) de financieringszekerheid, te schragen door een bevestiging van de financieringspartners, iii) de stappen die noodzakelijk zijn om goedkeuring van de toezichthouders te krijgen, iv) de noodzakelijke interne goedkeuringen vóór de afsluiting van de transactie, en v) de strategische beweegredenen voor de verwerving van of de toekomstplannen voor de activa van de houdstermaatschappijen NG, MSR en CMHN en de waarschijnlijkheid dat die plannen zullen worden uitgevoerd.”] Te constateren valt dat milieuoverwegingen geen deel uitmaakten van de criteria voor de selectie van het winnende bod.

- (49) Bij procedurebrieven van 17 oktober 2013 en 17 december 2013 werd de bieders die een gekwalificeerd bod hadden uitgebracht, meegedeeld dat a) indicatieve en definitieve biedingen ook in aanmerking zouden worden genomen wanneer zij na het verstrijken van de respectievelijke indieningstermijn werden ontvangen, voor zover zij aan de voorwaarden voor de volgende ronde voldeden; b) dat de gevolgen van eventueel verzuim voor rekening van de betrokkenieder zouden komen, en c) dat de verkopers mogelijk reeds op korte termijn na de uiterste datum van indiening een gunningsbesluit zouden nemen. Volgens de bewindvoerders werden alle bieders in kennis gesteld van het feit dat zij in de periode tussen de uiterste datum van indiening en de sluiting van de koopovereenkomst een betere of een nieuwe bod konden indienen.
- (50) Tot begin februari 2014 hebben 24 belangstellenden <sup>(64)</sup> een indicatief bod uitgebracht. 18 van de belangstellenden voldeden aan de due diligence-vereisten <sup>(65)</sup> en 13 bieders hebben bevestigende biedingen gedaan voor alle activa of afzonderlijke kavels. De volgende vier bieders hebben een bod uitgebracht voor alle activa: 1) Capricorn Automotive GmbH en Capricorn Holding GmbH (hierna „Capricorn” genoemd), 2) [bieder 2], 3) [bieder 3] en 4) [bieder 4]. De selectiecriteria waren gebaseerd op a) de doelstelling van maximalisering van de waarde van de activa als geheel, en b) de doelstelling van transactie zekerheid <sup>(66)</sup>. De biedingen die aan deze criteria voldeden, werden in de laatste fase van het verkoopproces in aanmerking genomen. Het ging hierbij om allesomvattende biedingen voor alle activa als geheel. Van deze bieders dienden Capricorn en [bieder 2] bewijsstukken inzake het financieringsvermogen in: op 7 maart 2014 legde [bieder 2] een bindende bevestiging van 24 februari 2014 over, waarmee KPMG in kennis werd gesteld van zijn vermogen tot financiering van de transactie; op 11 maart 2014 legde Capricorn de verkopers een tot Capricorn gericht bindend schrijven van [...] van 10 maart 2014 over, waarin [...] toezegt de aankoop van de betrokken activa door Capricorn door middel van een krediet van [41-49] miljoen EUR te faciliteren. Op basis van de bevestigende biedingen werden met beide bieders parallel onderhandelingen over koopovereenkomsten gevoerd. Van de overeenkomsten werden notariële akten opgemaakt, en wel op 7 maart 2014 in het geval van [bieder 2] en op 10 maart 2014 in het geval van Capricorn.
- (51) Op 11 maart 2014 hechtte de vergadering van schuldeisers van de insolvente vennootschappen haar goedkeuring aan de verkoop van de activa aan Capricorn (met name capricorn NÜRBURGRING Besitzgesellschaft GmbH), aangezien Capricorn onmiskenbaar het beste bod met bijbehorende bewijsstukken inzake het financieringsvermogen had uitgebracht. Het bod van Capricorn voorzag in de overname van alle kavels voor een bedrag van 77 miljoen EUR; de prijs van het bod van [bieder 2] bedroeg [47-52] miljoen EUR. De koopovereenkomst met Capricorn werd op 11 maart 2014 door NG, MSR en CMHN en op 13 maart 2014 door de bewindvoerder ondertekend <sup>(67)</sup>.
- (52) Na afsluiting van de beschreven inschrijvingsprocedure werden de activa van NG, MSR en CMHN (alle materiële en immateriële activa, met inbegrip van gronden en onroerend goed, merken, handelsnamen en domeinnaamrechten) door Capricorn verworven, vrij van verplichtingen en zonder financiële activa. De vennoten van Capricorn zijn Capricorn HOLDING GmbH <sup>(68)</sup>, die een aandeel van 67 % bezit, en GetSpeed GmbH & Co KG <sup>(69)</sup>, die een aandeel van 33 % heeft.

<sup>(64)</sup> 9 biedingen hadden betrekking op alle kavels, 3 biedingen op het racecircuit en 11 biedingen op andere kavels of afzonderlijke activa.

<sup>(65)</sup> Het bod op alle activa waarin de hoogste prijs werd geboden, kreeg een beoordeling van 100 %. In totaal werden 6 indicatieve biedingen uitgebracht waarin meer dan 25 % van het beste bod werd geboden. De biedingen voor alle activa die lager waren dan 25 % van het beste bod, werden op grond van de geboden koopprijs niet verder in aanmerking genomen. Hetzelfde geldt voor de biedingen voor het circuit die samen met de biedingen voor de overige activa lager waren dan 25 % van het beste bod. Daar vijf van de zes gekwalificeerde biedingen voor alle activa waarvan de financiering ten tijde van indiening van het indicatieve bod nog niet duidelijk waren, werden de betrokken inschrijvers verzocht de financierbaarheid van de transactie aan te tonen.

<sup>(66)</sup> Zie voetnoot 60 hierboven.

<sup>(67)</sup> Volgens Duitsland is de verdeling van de koopprijs van 77 miljoen EUR over de drie insolvente vennootschappen in overeenstemming met het Duitse insolventie- en belastingrecht.

<sup>(68)</sup> De Capricorn Group is een Duitse ondernemingsgroep die internationaal actief is op het gebied van de fabricage van geassembleerde modules voor de motorsport, tests van racewagens en instandhouding van historische racevoertuigen. Alle aandelen van capricorn HOLDING GmbH worden aangehouden door de heer Robertino Wild.

<sup>(69)</sup> GetSpeed GmbH & Co KG is een Duitse motorsportonderneming. De onderneming levert service- en reparatiediensten en diensten op het gebied van assistentie bij race-evenementen en het coachen van coureurs. 99 % van de aandelen zijn in handen van de heer Axel Heinemann en 1 % in bezit van de heer Adam Osieka.

- (53) Volgens het Duitse recht <sup>(70)</sup> en de Duitse arbeidsrechtspraak <sup>(71)</sup> gaan de aan de kavels verbonden bestaande arbeidsovereenkomsten automatisch over op de koper van de activa, d.w.z. de nieuwe houdstermaatschappij. Bij insolventie kan de koper de bewindvoerder echter verzoeken om de arbeidsovereenkomsten op te zeggen. In het onderhavige geval is in de koopovereenkomst bepaald dat NBG (de huidige exploitatiemaatschappij van het Nürburgring-complex) de arbeidsovereenkomsten op verzoek van Capricorn in 2014 zou beëindigen. Capricorn kwam namelijk tot de slotsom dat de onderneming (vanaf begin 2014) slechts 253 van de in totaal 297 werknemers nodig had om de activa op een rendabele manier te exploiteren. Capricorn verzocht NBG derhalve om de arbeidsovereenkomsten met 44 werknemers te beëindigen. Derhalve zal vanaf 1 januari 2015 (begin van de exploitatie van de verworven activa door Capricorn) 85 % van het personeel van de insolvente vennootschappen bij Capricorn in dienst zijn.
- (54) De partijen bij de koopovereenkomst zijn pas verplicht tot tenuitvoerlegging van de overeenkomst wanneer de Commissie een besluit heeft vastgesteld waarin wordt geconstateerd dat noch de koper noch zijn exploitatiemaatschappij als begunstigden van de aan het onderzoek onderworpen steun kan worden aangemerkt en dus niet aansprakelijk zijn voor terugbetaling van de steun, en wanneer ofwel a) de termijn voor een rechterlijke toetsing van het besluit van de Commissie is verstreken zonder dat beroep is aangetekend, of b) in het geval van een beroepsprocedure het besluit van de Commissie in een definitieve uitspraak van de rechter is bevestigd. Deze voorwaarde diende ertoe om de discrepantie te overbruggen tussen de aankoopprijs van de activa van 77 miljoen EUR en het met de activa verbonden risico dat op grond van de besluiten van de Commissie van 21 mei 2012 en 7 augustus 2012 inzake de inleiding respectievelijk de uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure een bedrag van 456 miljoen EUR teruggevorderd zou kunnen worden.
- (55) In het seizoen 2014 werd het Nürburgring-complex nog door NBG geëxploiteerd. Daarna werd NBG geliquideerd. De netto kasstroom van NBG over 2014 (6 miljoen EUR) bleef bij de verkopers en wordt ten behoeve van een eenvoudigere uitvoering van de overeenkomst verrekend met de koopprijs. De leningnemers NG, MSR en CMHN hebben in het kader van de surseanceprocedure al hun activiteiten definitief gestaakt en hebben geen personeel. Tegelijkertijd zijn de bewindvoerders belast met de taak om via gerechtelijke procedures overeenkomstig het Duitse insolventierecht alle vorderingen en verplichtingen van de ondernemingen in het kader van de surseanceprocedure te regelen. Zodra deze vorderingen en verplichtingen zijn vereffend en de insolventierechter een besluit heeft genomen tot definitieve liquidatie, kunnen die ondernemingen uit het handelsregister worden uitgeschreven.
- (56) Om het Nürburgring-complex in het seizoen 2015 te kunnen exploiteren, richt de koper (Capricorn) een exploitatiemaatschappij onder de naam Capricorn NÜRBURGRING GmbH (hierna „OpCo” genoemd) op, die contracten voor het seizoen 2015 zal sluiten. De Commissie werd toegezegd dat met behulp van de hieronder vermelde maatregelen wordt gewaarborgd dat de ontvangers van de steun zich definitief zullen terugtrekken uit de markt. Indien er begin 2015 nog geen onherroepelijk besluit van de Commissie is, worden de verkochte activa vóór 1 januari 2015 overgedragen aan een nieuwe onderneming (hierna „NewCo” genoemd); de koper zal 95,1 % en een onafhankelijke trustee 4,9 % van de aandelen aanhouden. De trustee handelt in het belang van de schuldeisers, en niet in het belang van de insolvente ontvangers van de steun, maar is niet gebonden door instructies van de schuldeisers. Voorts wordt tussen NewCo en OpCo een bedrijfspachtovereenkomst gesloten, die met ingang van de dag van tenuitvoerlegging van de koopovereenkomst zal worden beëindigd. De bedrijfsactiviteiten van OpCo worden onder haar naam, op basis van haar ondernemingsplan en met werknemers van haar keuze (zie overweging 53 van dit besluit) verricht. De aan NewCo te betalen pachtsom van in totaal [4,6-5,1] miljoen EUR per jaar vloeit in de boedel van de insolvente Nürburgring-ondernemingen (betalingen ten gunste van de insolvente vennootschappen worden uitsluitend overgemaakt op de depotrekeningen van de bewindvoerders met het oog op uitkering aan de schuldeisers). Zodra het besluit van de Commissie van kracht wordt, draagt de trustee al zijn aandelen in NewCo over aan de koper. Indien de koper echter niet kan voldoen aan zijn contractuele betalingsverplichtingen, kan de trustee de activa te gelde maken. Indien het besluit van de Commissie nietig wordt verklaard, worden de activa weer aan de bewindvoerders overgedragen, die deze vervolgens onmiddellijk te gelde dienen te maken, aangezien volgens het Duitse insolventierecht ook in dat geval een liquidatie van de activa verplicht is. De bedrijfsactiviteiten van de Nürburgring-ondernemingen kunnen niet door NewCo worden voortgezet. De Commissie stelt vast dat de regeling geen wijziging van de fundamentele voorwaarden voor de verkoop (met inbegrip van de verkoopprijs en de betalingsvoorwaarden) inhoudt <sup>(72)</sup>.

<sup>(70)</sup> Artikel 613 a van het Duitse BürgerlichesGesetzbuch (BGB).

<sup>(71)</sup> Arrest van het Bundesarbeitsgericht (BAG) van 19 december 2013 — 6 AZR 790/12; arrest BAG van 20 maart 2003 — 8 AZR 97/02.

<sup>(72)</sup> De bewindvoerders en de koper zijn op 13 augustus 2014 overeengekomen dat de tweede tranche van de koopprijs op 31 oktober 2014 in plaats van op 31 juli 2014 verschuldigd is en dat daarvoor 8 % rente in rekening wordt gebracht en materiële zekerheden (ter vervanging van de contante zekerheid van [3-9] miljoen EUR) worden gesteld in de vorm van: a) de Capricorn-aandelen van de heer Robertino Wild, aandeelhouder van Capricorn; b) alle onderlinge vorderingen van de ondernemingen van de Capricorn-groep; c) rechten voortvloeiend uit een (nog te ondertekenen) koopovereenkomst betreffende het „Campus” -project, en d) de kunstverzameling van de heer Robertino Wild. De deelstaat was niet betrokken bij de onderhandelingen over deze koopovereenkomst.

### 3. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND

#### 3.1. ONDERNEMINGEN IN MOEILIKHEDEN

- (57) In zijn opmerkingen over de formele onderzoeksprocedure wijst Duitsland op het feit dat NG per 1 juli 2008 <sup>(73)</sup> respectievelijk 28 juli 2010, d.w.z. ten tijde van de verstrekking van de ISB-lening van 325 265 miljoen EUR, niet kon worden aangemerkt als onderneming in moeilijkheden <sup>(74)</sup>. Met betrekking tot de situatie van NG, MSR en CMHN in de periode mei 2012 tot juli 2012 en de uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure voert Duitsland aan dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het feit dat de insolventie van NG, MSR en CMHN een onherstelbaar gevolg is van haar op basis van het voorlopige onderzoek <sup>(75)</sup> genomen beslissing om de reddingssteun niet goed te keuren, en dat de Commissie daarmee inbreuk heeft gemaakt op het evenredigheidsbeginsel <sup>(76)</sup>. Duitsland betoogt voorts dat NG de aanleg van de infrastructuur en met name de organisatie van formule 1- en Superbike-races in opdracht van de overheid heeft uitgevoerd <sup>(77)</sup> en dat deze activiteiten derhalve bij het onderzoek naar de economische situatie van NG, de kwalificatie van NG als onderneming in moeilijkheden en de toepassing van het beginsel van „eenmalige steun” buiten beschouwing hadden moeten blijven <sup>(78)</sup>.

#### 3.2. STAATSMIDDELEN EN TOEREKENBAARHEID AAN DE STAAT

- (58) Wat de maatregelen van NG betreft, erkent Duitsland dat de betrokken middelen moeten worden toegerekend aan de Staat <sup>(79)</sup>.

#### 3.3. ECONOMISCHE ACTIVITEIT

- (59) Volgens Duitsland vormen de bouw van de tribune en de multifunctionele hallen, de conditioneringsmaatregelen en de bouw van educatieve en recreatieve attracties (onderdeel I <sup>(80)</sup> van het project „Nürburgring 2009”) geen economische activiteit aangezien het arrest-Flughafen Leipzig/Halle <sup>(81)</sup> niet van toepassing is op de aanleg van algemene (regionale en voor sportdoeleinden bestemde) infrastructuur <sup>(82)</sup>. Bij de aangelegde faciliteiten gaat het volgens Duitsland om infrastructuur die voldoet aan de criteria van het Witboek Sport van de Commissie

<sup>(73)</sup> De door de Commissie op 19 februari 2009 in zaak C 38/2009 goedgekeurde Bundesrahmenregelung für niedrigverzinsliche Darlehen (federale kaderregeling goedkope leningen) geldt voor ondernemingen die op 1 juli 2008 nog niet in moeilijkheden verkeerden. Ondernemingen die op dat tijdstip niet in moeilijkheden verkeerden, maar daarna ten gevolge van de wereldwijde financiële en economische crisis in moeilijkheden raakten, kunnen een beroep doen op die steunregeling.

<sup>(74)</sup> Duitsland voert aan dat NG niet aan de harde criteria voldeed die onder punt 10 van de richtsnoeren inzake reddings- en herstructureeringssteun zijn vermeld, dat met betrekking tot de criteria van punt 11 van de richtsnoeren geen duidelijk beeld naar voren komt en dat evenmin is voldaan aan de algemene bepaling van punt 9 van die richtsnoeren.

<sup>(75)</sup> Duitsland voert aan dat de uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure afbreuk deed aan de doelstelling van reddingssteun; de steun was bedoeld om de dreigende insolventie van NG, MSR en CMHN te voorkomen en de vennootschappen zes maanden de tijd te geven voor de uitwerking van een herstructureringsplan. Bovendien waren de vennoten ertoe bereid bepaalde doelstellingen in het herstructureringsplan op te nemen, waaronder de verkoop van de activa en de daaropvolgende liquidatie van NG, MSR en CMHN. Aangezien tot dusver geen terugvorderingsbesluit jegens NG is genomen en niet aan de criteria van het arrest-Deggendorf is voldaan en het in het onderhavige geval niet om een unieke situatie gaat, zou door de goedkeuring van de reddingssteun geen precedent worden gecreëerd.

<sup>(76)</sup> Duitsland verwijst in dit verband naar de beschikking van het Gerecht van 8 december 2000, in de zaak T-237/99, BP Nederland e.a./Commissie, Jurispr. 2000, blz. II-3849, punt 37; arrest van 11 mei 2005, T-111/01, Saxonia Edelmetalle GmbH, Jurispr. 2001, blz. II-2335, punt 26; beschikking van 13 juni 1989, zaak C-56/89 R, Publishers Association/Commissie, Jurisprudentie 1989, blz. 1693, rechtsoverweging 39, en beschikking van 12 januari 1993, zaak T-29/92 (R), SPO e.a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. II-2161, punten 38 e.v.

<sup>(77)</sup> Deutschland verwijst in dit verband naar het arrest van het Gerecht van 24 september 2008 in zaak T-20/03, Kahla/Thüringen Porzellan GmbH/Commissie (Jurispr. 2008, blz. II-2305, punten 124 e.v.). Duitsland voert aan dat deze maatregelen in het licht van de staatssteunregels niet als onderdeel van de reguliere economische activiteiten van NG moeten worden beschouwd, maar als uitzonderlijke verrichtingen en dat NG zowel volgens haar vennoten alsook volgens haar bestuurders als vehikel fungeerde om de sportfaciliteiten van de „Nürburgring” in publieke handen te houden en verliesgevend sportevenementen te organiseren, die niet waren aangeboden als de overheid deze verliezen niet voor haar rekening had genomen. Indien er geen overeenstemming was geweest over dit uitgangspunt, hadden de vennoten noch de bestuurders van NG de ontwikkeling van de verplichtingen van NG in de gegeven vorm toegelaten. Derhalve mogen de kosten voor deze uitzonderlijke verrichtingen volgens Duitsland niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de financiële situatie.

<sup>(78)</sup> Zie, met betrekking tot het begrip „eenmalige steun”, deel 3.3 van de richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun.

<sup>(79)</sup> De betrokken maatregelen moesten door de raad van commissarissen worden goedgekeurd, waarvan de leden door de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler worden benoemd.

<sup>(80)</sup> Het investeringsvolume van onderdeel I belooft 215 miljoen EUR (waarvan 185 miljoen EUR afkomstig uit de liquiditeitspool en 30 miljoen EUR uit een aandeelhouderslening van de deelstaat).

<sup>(81)</sup> Arrest van 24 maart 2011, zaken gevoegde zaken T-443/08 en T-455/08, Freistaat Sachsen en Land Sachsen-Anhalt/Commissie (T-443/08) en Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Commissie (T-455/08), Jurispr. 2011, blz. II-1311, in hogere voorziening bevestigd bij arrest van 19 december 2012, zaak C-288/11 P, Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Commissie, ECLI:EU:C:2012:821.

<sup>(82)</sup> Duitsland stelt dat een dergelijke wijziging van de beschikkingspraktijk van de Commissie in strijd is met het Witboek Sport en indruist tegen het rechtszekerheidsbeginsel. Een dergelijke wijziging mag volgens Duitsland slechts op toekomstige gevallen worden toegepast, maar niet op de aanleg van sportinfrastructuur op de Nürburgring, die reeds in 2011 was afgerond. Een verbod op steun voor de financiering van de aanleg en de exploitatie van sportinfrastructuur zou een wijziging in de verdeling van de bevoegdheden tussen de organen van de EU en de lidstaten inhouden en daarmee in strijd zijn met het subsidiariteitsbeginsel.

van 2007 (multifunctioneel gebruik, niet-discriminerende toegang enz.). Bovendien voert Duitsland aan dat particuliere investeerders een dergelijk project niet zouden uitvoeren en dat racecircuits niet winstgevend zijn en doorgaans niet door particulieren worden aangelegd <sup>(83)</sup>.

- (60) Omdat formule 1-evenementen volgens Duitsland principieel structureel verliesgevend zijn, kunnen zij niet als reguliere bedrijfsactiviteit van NG worden aangemerkt. Aangezien de organisatie van die evenementen ondanks de meegerekende staatssteun voor NG verlies opleverde, zou de onderneming die evenementen zonder de toegezegde financiering door de overheid niet hebben georganiseerd. Duitsland heeft daarom, om redenen van regionaal beleid, besloten de formule 1-evenementen via NG overeenkomstig het „arm's length”-beginsel te financieren <sup>(84)</sup>. Daarom stelt Duitsland dat de organisatie van deze evenementen niet als economische activiteit van NG kan worden beschouwd. Voor het geval de financiering van die maatregelen desondanks als steun wordt aangemerkt, voert Duitsland aan dat aan de criteria voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB's) is voldaan.

#### 3.4. SELECTIVITEIT

- (61) Duitsland betoogt dat de financiering van de maatregelen, ook al worden zij als economische activiteit beschouwd, geen selectief karakter heeft omdat de criteria van het Witboek Sport van 2007 zijn vervuld (verschillende gebruikers; discriminatievrije toegang; multifunctioneel gebruik en verhuur tegen adequate, marktconforme prijzen; de infrastructuur wordt niet door de markt verwezenlijkt omdat zij niet winstgevend is; verantwoordelijkheid van overheidsinstanties).

#### 3.5. VOORDEEL

##### a) Maatregelen die onder het besluit van 21 maart 2012 vallen

- (62) Duitsland erkent dat er geen particuliere investeerder werd gevonden die op de lange termijn bereid was om in het project „Nürburgring 2009” te investeren.
- (63) Met betrekking tot **maatregel 1** (inbreng in de kapitaalreserve en verhogingen van het eigen vermogen in augustus 2004, december 2004 en september 2007) voert Duitsland aan dat de kwestie van een eventueel verkregen voordeel niet relevant is aangezien de maatregel niet was gericht op een economische activiteit.
- (64) Met betrekking tot **maatregel 2** betoogt Duitsland dat de dochterondernemingen van NG geen voordeel hebben verkregen uit de hoogte van het rentepercentage voor de leningen die de moedermaatschappij hun heeft verstrekt (6 %), daar dit een normale markttrente is.
- (65) In het kader van **maatregel 3** werden de voor 170 miljoen EUR <sup>(85)</sup> uit de liquiditeitspool gefinancierde maatregelen volgens Duitsland tegen marktvoorwaarden uitgevoerd, aangezien a) deze pool door de deelstaat op eendere wijze is gebruikt als bij een holding in een markteconomie <sup>(86)</sup>, b) NG de verschuldigde rente naar behoren heeft voldaan, en c) de financieringsmiddelen in het kader van maatregel 8 volledig zijn terugbetaald. Duitsland zette voorts uiteen dat de aan ISB uit de liquiditeitspool van de deelstaat verstrekte leningen uitsluitend bestemd waren voor de herfinanciering van ISB wat betreft haar eigen leningen aan NG (zie hieronder overweging 70) en dat de voorwaarden op de financiële markt die de deelstaat geniet, niet via de transacties met middelen uit de liquiditeitspool zijn doorgegeven aan NG als leningneemster.
- (66) Met betrekking tot **maatregel 4** (lening van NG aan MSR) merkt Duitsland op dat het rentetarief van 7 % een normaal markttaarif lijkt te zijn.
- (67) **Maatregel 5** (ondersteuning van CST door NG) is volgens Duitsland marktconform: nadat het project aanvankelijk gelijkmatig door NG en MIB was gefinancierd, was MIB later niet meer in staat aandeelhoudersleningen van dezelfde omvang te verstrekken als NG, om in de nodige financiële middelen te voorzien. Indien NG zich uit het project had teruggetrokken, was de tijdige levering van het ticketsysteem in gevaar gekomen en waren

<sup>(83)</sup> Duitsland wijst erop dat tussen 1999 en 2011 8 van de wereldwijd 11 aangelegde circuits met behulp van overheidsmiddelen zijn aangelegd. Hierbij wordt verwezen naar de studie „Formula Money” van Communication & Network Consulting uit 2011, blz. 145.

<sup>(84)</sup> Duitsland betoogt dat de formule 1 aanzienlijke economische effecten creëert in de organiserende landen (waarbij de verhouding tussen subsidies en economische effecten 1:5 bedraagt).

<sup>(85)</sup> Duitsland voert aan dat het opnemen van middelen uit de liquiditeitspool ten behoeve van het project een uitzonderlijk geval vormt dat afwijkt van het normale gebruik van de pool. De financiering via de liquiditeitspool voorziet in een voorlopige voorfinanciering van de lopende projectmaatregelen totdat de financiering door een investeerder voor de lange termijn rond is.

<sup>(86)</sup> Duitsland betoogt dat de liquiditeitspool ertoe dient de cashflow tussen de deelstaat en zijn verschillende dochterondernemingen op economisch zinvolle wijze te optimaliseren, met name om de financieringskosten van de holding terug te dringen. Voorts betoogt Duitsland dat financieringsbehoeften op korte termijn door de deelstaat via de kapitaalmarkt worden gedekt, dat de rentevergoeding voor het gebruik van middelen uit de liquiditeitspool gebaseerd is op de dagtarieven die voor de deelstaat op de vrije markt gelden, dat geen rentekosten voor rekening van de deelstaat komen, dat de marktvoorwaarden voor de deelstaat zonder meer aan de deelnemers van de liquiditeitspool worden doorgegeven en dat het ministerie van Financiën van de deelstaat slechts fungeert als afwikkelingsplatform.

de eerdere investeringen van NG naar alle waarschijnlijkheid van geen enkele waarde meer geweest, zodat het voor NG voordeliger was om het geplande project op andere voorwaarden voort te zetten, temeer daar volgens het ondernemingsplan een gepast rendement te verwachten viel en CST zekerheden ten gunste van NG had gesteld.

- (68) Met betrekking tot **maatregel 6** (betalingen aan IPC en lening aan MSR via PNG) betoogt Duitsland dat de betalingen als vergoeding voor geleverde prestaties dienden en dat de lening tegen marktvoorwaarden werd verstrekt.
- (69) Met betrekking tot **maatregel 7** (afstand van vorderingen van MIB op CST aan NG) gaat Duitsland in zijn opmerkingen niet in op een eventueel verkregen voordeel.
- (70) Met betrekking tot **maatregel 8** (ISB-lening aan NG, MSR en CMHN) wijst Duitsland erop dat ISB niet optreedt als (zelfstandige) onderneming (overeenkomstig het „arm's length"-beginsel), maar in haar hoedanigheid van ontwikkelingsbank die in opdracht van en als onderdeel van de bestuurlijke instanties van de deelstaat Rijnland-Palts handelt <sup>(87)</sup>. Volgens Duitsland zijn de beginselen van het akkoord tussen de Commissie en Duitsland van 2002 („Verständigung II") van toepassing op de herfinanciering van de ISB-lening <sup>(88)</sup> middels de participatie van ISB in de liquiditeitspool. Daarom vormt deze participatie volgens Duitsland geen steun ten gunste van ISB <sup>(89)</sup>.
- (71) Met betrekking tot **maatregel 9** (garantie van de deelstaat ten opzichte van ISB inzake maatregel 8) voert Duitsland aan dat de betrokken garantie- en vrijstellingsverklaring er alleen toe diende de risicoverdeling binnen de interne verhouding tussen de deelstaat en ISB te regelen en geen voordeel heeft verschaft aan de leningnemers (NG, MSR en CMHN), aangezien de verklaring voor hen niet in gunstiger leningsvoorwaarden resulteerde <sup>(90)</sup>.
- (72) Met betrekking tot **maatregel 10** (bedrijfspachtovereenkomst van 25 maart 2010) verschaft Duitsland een in opdracht van de deelstaat opgesteld taxatierapport van 29 september 2011 betreffende de bedrijfspachtprijs voor de Nürburgring, waarin een reeks minimum- en maximumbedragen voor marktconforme jaarlijkse pachtprijzen werd vastgesteld. Duitsland voert aan dat de verwachte pachtinkomsten volgens dit advies 20 % hoger waren dan de maximale pachtprijs zodat de verpachter de bouwkosten ten bedrage van 330 miljoen EUR kon terugverdienen en een passende winst kon behalen <sup>(91)</sup>.
- (73) Met betrekking tot de leningen in het kader van **maatregel 11** (leningen van RIM aan MSR via Mediinvest en PNG), waarmee onderdeel II van het project „Nürburgring 2009" werd gefinancierd, betoogt Duitsland dat deze in overeenstemming waren met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie en geen voordeel inhielden, aangezien de toegepaste rentetarieven hoger waren dan de geldende referentierente (behalve voor twee leningen van 12 november 2008 en 22 december 2008).

<sup>(87)</sup> Met betrekking tot punt 137 van het besluit van de Commissie van 21 maart 2012 verklaart Duitsland dat er bij financieringen door ontwikkelingsbanken (gespecialiseerde kredietinstellingen) sprake kan zijn van begunstigden op twee niveaus: enerzijds de gespecialiseerde kredietinstellingen en anderzijds de ondernemingen die financiering van gespecialiseerde kredietinstellingen verkrijgen. De door gespecialiseerde kredietinstellingen genoten voordelen met betrekking tot aansprakelijkheidskwesies zijn volgens Duitsland opgenomen in het akkoord tussen de Commissie en Duitsland van 2002 („Verständigung II"). In het besluit van 21 maart 2012 wordt volgens Duitsland verondersteld dat de kredietverleningsactiviteiten van gespecialiseerde kredietinstellingen zich tot situaties beperken waarin de leningnemer op de markt geen lening tegen dezelfde voorwaarden kan verkrijgen. Duitsland voert echter aan dat ontwikkelingsbanken wel degelijk leningen tegen marktvoorwaarden kunnen verlenen (en dat de activiteiten van gespecialiseerde kredietinstellingen niet beperkt is tot steunverlening), zodat per geval een beoordeling moet worden gemaakt of er sprake is van staatssteun.

<sup>(88)</sup> Met betrekking tot de IS-lening (maatregel 8) voert Duitsland aan dat het verkregen voordeel hooguit gelijk is aan het verschil tussen de marktrentevoet en het daadwerkelijk betaalde rentetarief, maar in geen geval gelijk is aan het totale bedrag van de lening. Indien de Commissie dit betwijfelt, dient zij volgens Duitsland een deskundigenonderzoek te laten uitvoeren.

<sup>(89)</sup> Duitsland stelt dat de Commissie in het akkoord tussen de Commissie en Duitsland van 2002 („Verständigung II") heeft ingestemd met de handhaving van gunstige aansprakelijkheidsregelingen ten gunste van juridisch zelfstandige gespecialiseerde kredietinstellingen, mits hun activiteiten zich beperken tot welomlijnde publieke stimuleringsstaken. Onder deze voorwaarden is volgens Duitsland bijvoorbeeld het gebruik van garanties in de vorm van institutionele aansprakelijkheid („Anstaltslast"), aansprakelijkheid van de garantiegiver („Gewährträgerhaftung") of herfinancieringsgaranties verenigbaar met de staatssteunregels. Duitsland wijst er voorts op dat de Commissie in haar besluit van 16 juni 2004 betreffende steunmaatregel N 179/04 (Garanties van Finse gemeenten) heeft erkend dat gespecialiseerde kredietinstellingen geen ondernemingen zijn wanneer zij slechts ten behoeve van hun publieke taken van staatssteun profiteren.

<sup>(90)</sup> Duitsland betoogt dat de voorwaarden van de lening uitputtend en op onafhankelijke wijze door deelstaat in de kredietopdracht aan ISB zijn vastgesteld. Bijgevolg had ISB in dit verband geen enkele speelruimte. De verantwoordelijkheid voor de beslissing over het verstrekken van de lening en berustte evenals de daarmee verbonden risico's bij de deelstaat, die daarnaast volgens het Duitse burgerlijk wetboek op grond van zijn kredietopdracht volledig borg moet staan voor de lening.

<sup>(91)</sup> Duitsland betoogt voorts dat het niet van belang is of de bouwkosten al dan niet door verpachting kunnen worden terugverdiend, aangezien de investeringskosten verzonken kosten vormen, die voor een investeerder niet van invloed zijn op toekomstige beslissingen. Zelfs indien de investeringskosten door verpachting zouden moeten worden terugverdiend, zou hierbij moeten worden uitgegaan van de geplande investeringen zonder de onverwachte kostenverhogingen. De bij de planning van het project geraamde kosten bedroegen 215 miljoen EUR (135 miljoen EUR voor onderdeel I van het project „Nürburgring 2009" en 80 miljoen EUR voor onderdeel II van het project „Nürburgring 2009"), terwijl de daadwerkelijke kosten 330 miljoen EUR beliepen (215 miljoen EUR voor onderdeel I van het project „Nürburgring 2009" en 115 miljoen EUR voor onderdeel II van het project „Nürburgring 2009"). Zelfs bij de minimale pachtsom ten bedrage van ca. 280 miljoen EUR zouden de geplande investeringen daarom worden terugverdiend.

- (74) Met betrekking tot **maatregel 12** (leningen van RIM aan MSR via Mediinvest, volgend op maatregel 11) voert Duitsland aan dat de door de deelstaat afgegeven garantie alleen de leningnemers tot voordeel strekte, maar dat ISB en RIM daardoor geen voordeel hebben verkregen, aangezien de garantie een voorwaarde voor het verstrekken van de leningen was).
- (75) Met betrekking tot de **maatregelen 13 en 14** (inkomsten uit een casinoheffing bestemd voor de bevordering van het toerisme <sup>(92)</sup> en aandeelhoudersleningen van de deelstaat) voert Duitsland niet aan dat deze maatregelen in overeenstemming met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie zijn verlopen. Wat de casinoheffing betreft, geeft Duitsland aan dat de maatregel ter compensatie van de infrastructuurkosten in verband met de bevordering van het toerisme dient. Inzake de achterstelling verklaart Duitsland dat deze alleen declaratoire waarde heeft aangezien elke aandeelhouderslening in een insolventieprocedure achtergesteld is en dat de achterstelling derhalve weliswaar potentieel ten laste van de overheidsbegroting kan komen, maar geen voordeel inhoudt <sup>(93)</sup>.
- (76) Met betrekking tot **maatregel 15** (overname van de aandelen in MSR door NG en RIM) voert Duitsland aan dat Mediinvest, Geisler & Trimmel en Weber hierdoor geen voordeel hebben verkregen, en wel om de volgende redenen: a) de vennootschapsaandelen werden overgenomen tegen een symbolische aankoopprijs van 1 EUR per deelneming; b) daaraan waren geen andere voordelen zoals een opzegging van aandeelhoudersleningen of garanties van de aandeelhouders verbonden; c) NG en RIM namen het aandeel van MSR over om de aandelen in onderdeel II samen te voegen met de aandelen in onderdeel I van het project „Nürburgring 2009”, teneinde een consequent operationele aanpak mogelijk te maken, en d) de vraag of MSR ten tijde van de overdracht eventueel een onderneming in moeilijkheden was, is volgens Duitsland voor deze beoordeling niet relevant omdat MSR een besloten vennootschap („GmbH”) was, wat betekent dat de aansprakelijkheid van de vennoten in elk geval tot het eigen vermogen van de vennootschap beperkt was.
- (77) Met betrekking tot **maatregel 16** (financiering door de deelstaat van de uit formule 1-races voortvloeiende verliezen van NG) stelt Duitsland dat de organisatie van formule 1-evenementen geen economische activiteit vormt en dat de financiering van die evenementen doorgaans verliesgevend is.
- (78) Met betrekking tot **maatregel 17** (concessieovereenkomst voor de formule 1) betoogt Duitsland dat deze overeenkomst verband houdt met de voorwaarden van de bedrijfspachtovereenkomst. Aangezien de pachtsom ruimschoots (namelijk [...] %) hoger is dan de marktconforme pachtprijs, zouden de voor- en nadelen van de beide overeenkomsten (inclusief de uit de concessieovereenkomst voortvloeiende voordelen voor NAG) tegen elkaar opwegen <sup>(94)</sup>.

**b) Maatregelen die onder het besluit van 7 augustus 2012 vallen <sup>(95)</sup>**

- (79) **Maatregel 18** (herstructurering van de schulden) was volgens Duitsland noodzakelijk om de onmiddellijke dreiging van insolventie af te wenden. Een particuliere vennoot zou eveneens een dergelijke maatregel hebben genomen.
- (80) **Maatregel 19** (achterstelling en vrijstellingsverklaring) brengt volgens Duitsland geen enkele — ook geen potentiële — lasten voor de overheidsbegroting met zich mee. Volgens Duitsland zou een particuliere investeerder eveneens een dergelijke maatregel hebben genomen. Bovendien zou de achterstelling geen gevolgen hebben voor de vennoten, aangezien er geen sprake was van wezenlijke vorderingen van andere schuldeisers.

**3.6. VERVALSING VAN DE MEDEDINGING EN BEÏNVLOEDING VAN HET HANDELSVERKEER**

- (81) Duitsland voert aan dat bij de maatregelen ten gunste van de horecabedrijven geen gevaar bestond dat het handelsverkeer tussen de lidstaten zou worden beïnvloed <sup>(96)</sup>.

<sup>(92)</sup> Duitsland wijst erop dat de middelen dienden om de verliezen van NG te compenseren in verband met de investeringen ter verhoging van de aantrekkelijkheid van de Nürburgring die waren gedaan in het kader van het project „Nürburgring 2009”, dat erop was gericht de Nürburgring gedurende het gehele jaar aantrekkelijker te maken en het met een structurele achterstand kampende Eifelgebied middels de bevordering van het toerisme economisch te steunen.

<sup>(93)</sup> Duitsland verwijst in dit verband naar zaak C-72/91, Sloman Neptun.

<sup>(94)</sup> Voorts voert Duitsland aan dat dit systeem erop is gericht zoveel mogelijk bezoekers aan te trekken, zoveel mogelijke positieve economische effecten voor de deelstaat te creëren en de aanzienlijke, door NG gedragen kosten (vergoedingen voor teams en coureurs, *grade 1*-licentie van de FIA voor het circuit) te dekken.

<sup>(95)</sup> Duitsland betoogt dat de inschatting van de Commissie dat NG op 1 juli 2008 een onderneming in moeilijkheden was, onjuist is, dat de toepassing van het beginsel van eenmalige steun op de aangemelde reddingssteun onrechtmatig is, dat de uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure niet evenredig is en dat de maatregelen geen steunelementen omvatten.

<sup>(96)</sup> Duitsland betoogt dat de internationale bezoekers niet op de horecabedrijven afkomen, maar op het circuit. Duitsland komt derhalve tot de conclusie dat de betrokken maatregelen geen gevolgen voor de toeristenstromen hebben.



## 3.7. VERENIGBAARHEID MET DE INTERNE MARKT

a) **Faciliteiten van het circuit**

- (82) Duitsland betoogt dat de Nürburgring voor de economie en de werkgelegenheid in het Eifelgebied van essentieel belang is, dat het om een belangrijke infrastructuurfaciliteit voor de amateursport gaat, dat het circuit deel uitmaakt van de Duitse motorsporthistorie en cultuur en dus tot het cultureel erfgoed van de Unie behoort, dat de Nürburgring van groot belang is voor de verkeersveiligheid in de hele wereld aangezien de daar geteste auto's wereldwijd worden geëxporteerd, dat het rijveiligheidscentrum veiligheids cursussen aanbiedt en dat de onderzochte maatregelen niet zozeer zijn gericht op het racecircuit als zodanig, maar meer op de sportinfrastructuur en op de niet voor sportdoeleinden bestemde infrastructuur, die niet direct verband houden met het circuit en de organisatie van formule 1-races.

b) **Verenigbaarheid van de steun met artikel 107, lid 3, onder c), VWEU**

## Doelstelling van gemeenschappelijk belang

- (83) Duitsland voert aan dat de bouw van sportfaciliteiten als gemeenschappelijke doelstelling in de zin van artikel 165 VWEU <sup>(97)</sup> kan worden beschouwd en dat maatregelen die de toegang tot sport mogelijk maken in aanmerking komen voor subsidie <sup>(98)</sup>. Volgens Duitsland wordt de Nürburgring niet slechts voor een klein aantal profsportevenementen gebruikt, maar ook voor amateurwedstrijden en trainingen voor jonge motorsporters. Bovendien worden op de Nürburgring ook andere sportevenementen, zoals wielerevenementen (Rad&Run) en hardloopevenementen (Fisherman's Friend StrongmanRun) en triatlonwedstrijden (Green Hell Triathlon) georganiseerd.

## Noodzaak en evenredigheid van de maatregelen

- (84) Volgens Duitsland zijn de maatregelen om de volgende redenen noodzakelijk. Van de in totaal [...] dagen waarop evenementen plaatsvinden, wordt de Nürburgring slechts op [...] dagen uitsluitend voor profsport gebruikt, op [...] dagen uitsluitend voor amateursport en op [...] voor zowel amateur- als profsport. Meer dan [...] % van de bij de evenementen betrokken sporters zijn amateursporters ([...] profsporters in vergelijking tot [...] amateursporters). Bij de profsportevenementen gaat het om formule 1-races, de Deutsche Tourenwagenmeisterschaft, het Superbike World Championship, het muziekfestival Rock am Ring en testritten van automobiefabrikanten. Amateursporters kunnen met hun eigen voertuig op het circuit rijden. In het weekend organiseren de grote Duitse motorsportverenigingen (zoals de ADAC) racetoernooien voor amateurs. Door de week gebruiken sommige clubs het circuit voor trainingen en amateurwedstrijden. In de motorsport is er geen sprake van gescheiden infrastructuur voor prof- en amateursport. Bovendien waren de onderzochte maatregelen erop gericht marktfalen te verhelpen. Bij dergelijke maatregelen kan niet worden verwacht dat de investeringen rendement opleveren. Anders dan in het geval van multifunctionele voorzieningen vinden op de Nürburgring slechts een à twee motorsportcompetities plaats. Geen enkele particuliere investeerder zou daarom bereid zijn om dergelijke infrastructuur aan te leggen of te financieren. Een poging om particuliere ondernemingen te betrekken bij de financiering van onderdeel I van het project „Nürburgring 2009” is dan ook mislukt. De inspanningen van de overheid waren bijgevolg ook bedoeld om een stimulerend effect te creëren. Zonder de uitdrukkelijke politieke wilsbetuiging van de deelstaatregering had NG de sportinfrastructuur niet op dezelfde schaal gemoderniseerd en uitgebreid. Bovendien voert Duitsland aan dat de financiering van de maatregelen evenredig was. De doelstellingen hadden met een minder omvangrijke steun door de overheid niet kunnen worden verwezenlijkt. De faciliteiten waren verouderd en moesten worden gemoderniseerd. Hierbij werd geen dubbele infrastructuur aangelegd. Anders dan bij eerdere procedures van de Commissie met betrekking tot multifunctionele voorzieningen <sup>(99)</sup> behelzen de onderzochte maatregelen geen nieuwbouw van sportinfrastructuur en hebben zij evenmin tot een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding geleid.

## Gevolgen voor het handelsverkeer en de mededinging zijn beperkt tot hetgeen noodzakelijk is

- (85) Duitsland is van mening dat de gevolgen van de maatregelen voor het handelsverkeer en de mededinging beperkt zijn en geen afbreuk doen aan het gemeenschappelijk belang. Zoals het Oberlandesgericht Koblenz <sup>(100)</sup> heeft vastgesteld, beschikt de Nürburgring met de Nordschleife over unieke kenmerken. De verdeling van de verschillende internationale en nationale evenementen over de verschillende circuits heeft zich in de loop van vele jaren ontwikkeld, zodat de subsidiëring van de sportinfrastructuur op de Nürburgring niet leidt tot een verplaatsing van evenementen van andere locaties naar dit circuit. Bovendien vindt op de Nürburgring slechts een beperkt aantal internationale evenementen plaats.

<sup>(97)</sup> Duitsland verwijst in dit verband naar het besluit van de Commissie betreffende steunmaatregel SA.33728 (Financiering van een nieuwe multiarena in Kopenhagen), overweging 33.

<sup>(98)</sup> Duitsland verwijst in dit verband naar de besluiten van de Commissie betreffende steunmaatregel SA.31722 (Belastingvoordelen ter bevordering van de Hongaarse sportsector), punten 86 e.v., en betreffende steunmaatregel SA.33952 (Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins), punt 68.

<sup>(99)</sup> Duitsland verwijst hier naar de besluiten betreffende steunmaatregel SA.33168 (Uppsala Arena) en steunmaatregel SA.33728 (Financiering van een nieuwe multiarena in Kopenhagen).

<sup>(100)</sup> Arrest van het Oberlandesgericht Koblenz van 13 december 2012 in de zaak U 73/12 Kart.

**c) Verenigbaarheid van de steun met artikel 107, lid 3, onder d), VWEU**

- (86) Duitsland voert aan dat de Nürburgring — het langste permanente circuit ter wereld met het wereldwijd oudste nog bestaande rennerskwartier — tot het cultureel erfgoed van de Unie behoort <sup>(101)</sup>. Het ringwerk heeft deels het karakter van een museum en deels van een wetenschapscentrum. De maatregelen ter bevordering van de motorsportcultuur waren nodig omdat zij een gemeenschappelijke culturele identiteit in Duitsland en de Unie kunnen creëren en omdat een particuliere financiering van onderdeel I van het project „Nürburgring 2009” is mislukt. De maatregel is volgens Duitsland ook evenredig, aangezien er geen sprake is geweest van overcompensatie hiervoor. De voorwaarden voor het handelsverkeer en de mededinging worden niet dusdanig door de subsidiemaatregelen beïnvloed dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. De culturele instellingen bij de Nürburgring concurreren met andere regionale en bovenregionale culturele instellingen, zodat het marktaandeel van de Nürburgring-instellingen beperkt is.

**d) Verenigbaarheid van de steun met artikel 107, lid 3, onder b), VWEU**

- (87) Duitsland betoogt verder dat het gebruik door NG van kredieten uit de liquiditeitspool alsook de deelname van ISB aan de liquiditeitspool (maatregel 3) verenigbaar is met artikel 107, lid 3, onder b), VWEU omdat het als gevolg van het droogvallen van de interbancaire markt vrijwel onmogelijk was om kredieten te verkrijgen op de markt.

**e) Verenigbaarheid van de steunmaatregel met artikel 106, lid 2, VWEU**

- (88) Duitsland voert aan dat een deel van de investeringsmaatregelen ter bevordering van het toerisme aan de toentertijd geldende DAEB-voorwaarden voldeed <sup>(102)</sup> en dat er in dit verband geen sprake is van een kennelijk onjuiste opvatting. In het bijzonder wijst Duitsland erop dat delen van het ringwerk (met name de motorsporttentoonstelling, het Grüne Hölle Multimedia Theater, de ringmeester en het test centre) een museumkarakter hebben en het publieke belang van (culturele) vorming dienen. Het Warsteiner Event Centre dient als multifunctionele congres-, beurs- en conferentiefaciliteit en de parkeergarage wordt op dagen zonder grote evenementen niet volledig benut. Duitsland betoogt dat geen enkele onderneming onder normale marktomstandigheden in deze drie faciliteiten zou hebben geïnvesteerd. Uit het feit dat het niet gelukt was om onderdeel I van het project „Nürburgring 2009” met particuliere middelen te financieren, blijkt dat dergelijke maatregelen niet via de markt kunnen worden aangeboden.
- (89) Duitsland voert aan dat de organisatie van formule 1-evenementen als DAEB wordt beschouwd, aangezien daarvoor in andere lidstaten eveneens overheids subsidies worden verstrekt. Bovendien sorteert de organisatie van dergelijke evenementen een enorm prestige-effect alsmede economische effecten en draagt zij bij tot de ontwikkeling van een gemeenschappelijke identiteit in de betrokken lidstaat en de Unie als geheel.

**f) Tijdelijke kaderregeling van de Unie**

- (90) Duitsland voert aan dat de tranches 2 tot en met 4 van de ISB-lening (maatregel 8) overeenkomstig de mededeling van de Commissie getiteld „Tijdelijke kaderregeling van de Unie inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis” <sup>(103)</sup> (Tijdelijke kaderregeling) verenigbaar zijn met de interne markt. Zelfs indien de Commissie tot de conclusie zou komen dat NG per 1 juli 2008 als onderneming in moeilijkheden moest worden beschouwd en dat de tijdelijke kaderregeling van de Unie niet van toepassing is op de tranches 2 tot en met 4 van de ISB-lening, zou alleen het verschil tussen de marktrente en de daadwerkelijk betaalde rente steun ten gunste van NG, MSR en CMHN, maar niet het volledige nominale bedrag van de lening als steun moeten worden aangemerkt <sup>(104)</sup>.

<sup>(101)</sup> Duitsland verwijst in dit verband naar besluiten betreffende steunmaatregel N 158/2010 (Fussballmuseum Dortmund) en steunmaatregel N 164/2010 (Leipziger Reit- und Rennverein Scheibenholtz). Evenwel toont Duitsland niet aan dat het circuit volgens het Duitse recht bescherming geniet als cultureel monument.

<sup>(102)</sup> Duitsland voert het volgende aan: het openbaar belang is gelegen in de effecten op de economie als geheel en de economie in de regio alsook in de bevordering van sport en cultuur; er is sprake van marktfalen aangezien de maatregelen zonder steun van de overheid niet mogelijk zouden zijn geweest; de omzet van NG was in de drie jaar vóór de tenuitvoerlegging van de maatregelen lager dan 100 miljoen EUR per jaar en de jaarlijkse steun bedroeg in die periode minder dan 30 miljoen EUR; als toewijzingsbesluit waarbij NG werd belast met diensten van openbaar belang moet worden beschouwd de vennootschapsovereenkomst van NG en de door een desbetreffend kabinetsbesluit van de deelstaat bevestigde goedkeuring door de raad van commissarissen van NG; de parameters voor de berekening van de vergoeding kunnen worden ontleend aan de bijgewerkte ondernemingsplannen. Duitsland wijst er voorts op dat het DAEB-pakket pas eind 2006 van kracht geworden is, dat voor de periode daarvoor geen aanvullende formele voorschriften voor dergelijke toewijzingsbesluiten golden en dat voor de periode daarna een kwalificatie als bestaande steun gerechtvaardigd is.

<sup>(103)</sup> PB C 6 van 11.1.2011, blz. 6.

<sup>(104)</sup> Duitsland verwijst hier naar de beschikkingen van de Commissie in de zaken C 38/2005 — Biria Gruppe, overweging 93, zaak C-51/06 — Arcelor Huta Warszawa, overwegingen 111 e.v., en zaak C 43/2001 — Chemische Werke Piesteritz, overwegingen 107 e.v., alsmede naar arrest van 3 maart 2010, gevoegde zaken T-102/07 en T-120/07, Freistaat Sachsen/Commissie, Jurispr. 2010, blz. II-585, punt 218.

## 3.8. VERKOOP VAN DE ACTIVA

- (91) Duitsland blijft erbij dat de verkoopconstructie geen staatssteun ten gunste van de koper van de activa inhoudt. Bovendien stelt Duitsland dat de economische continuïteit van NG, MSR en CMHN door de verkoopprocedure wordt onderbroken. Indien de formele onderzoeksprocedure tot een negatief besluit van de Commissie en tot terugvordering van de niet met de interne markt verenigbare steun zou leiden, zouden de daaraan verbonden terugbetalingsverplichtingen van NG, MSR en CMHN niet gelden voor de koper van de activa in kwestie. Met betrekking tot de voorwaarde dat de verkoopovereenkomst inzake de activa van de Nürburgring pas ten uitvoer wordt gelegd wanneer er een onherroepelijk besluit van de Commissie is waarin wordt vastgesteld dat van de koper van de activa geen steunbedragen zullen worden teruggevorderd, voert Duitsland aan dat deze voorwaarde geen beletsel voor de liquidatie van de begunstigden van de steun vormt en geen voorzetting van de bedrijfsactiviteiten of een voordeel voor de koper inhoudt.
- (92) Met betrekking tot de onderbreking van de economische continuïteit wijst Duitsland op het volgende:
- a) De verkoop vindt plaats in het kader van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure. De activa worden toegewezen aan de bieder die het hoogste bod heeft uitgebracht en daarnaast kan aantonen in staat te zijn de transactie te financieren.
  - b) De economische ratio van de verkoop wordt bepaald door de insolventieprocedure, die ertoe dient de gezamenlijke schuldeisers te voldoen door de activa van de Nürburgring te gelde te maken en de opbrengsten over de schuldeisers te verdelen.
  - c) De inleiding van de insolventieprocedure en de overname van de exploitatie van NBG door NAG alsook de verkoop van de activa aan Capricorn, gevolgd door de overdracht van de activa aan een onafhankelijke trustee, hebben economische discontinuïteiten tot gevolg, aangezien de bedrijfsplannen van NAG, NBG en Capricorn in een verschillend gebruik van de verworven activa voorzien.
  - d) Vanaf januari 2015 zullen Capricorn en de nieuwe eigenaar van de activa geen economische of vennootschapsrechtelijke banden onderhouden met NG, MSR of CMHN.
  - e) De koper heeft van de verkopers alleen de activa, maar geen aandelen of verplichtingen verworven. De aandelen in NBG worden evenmin overgedragen aan de koper.
  - f) De voor het dagelijks beheer bepalende overeenkomsten worden voor het grootste deel beëindigd na het seizoen 2014. De door de koper van de activa opgerichte exploitatiemaatschappij onderhandelt over nieuwe overeenkomsten voor de periode vanaf 1 januari 2015 en sluit deze af. Volgens de bepalingen van het Duitse recht inzake de overgang van arbeidsovereenkomsten bij de overdracht van activa kan de koper van de activa van de insolvente vennootschappen zelf bepalen welk personeel hij in dienst neemt.
  - g) Wat de chronologie betreft, zijn de activa reeds vóór de vaststelling van een eventueel negatief besluit van de Commissie verkocht.
  - h) Het tijdstip van de overdracht vloeit voort uit de vereisten waaraan moet worden voldaan met het oog op een zo hoog mogelijke opbrengst van de activa, die bij het insolventierecht is voorgeschreven. Gezien de bijzondere kenmerken van de motorsportbranche en de aangeboden activa gaat Duitsland ervan uit dat de winnende bieder of bieders soortgelijke commerciële activiteiten uitoefent of uitoefenen als NG, MSR en CMHN. Elke nieuwe eigenaar kan zijn activiteiten echter op basis van eigen commerciële doelstellingen ontplooiën en een eigen bedrijfsmodel toepassen. Capricorn heeft voor het circuit een ander exploitatieconcept, dat op een nieuw ondernemingsplan berust. Bovendien zal de nieuwe eigenaar in de toekomst sterker zijn betrokken bij de organisatie van evenementen. Volgens de plannen van de koper moet van de toeristische attractie Nürburgring een technologiecentrum worden gemaakt.
- (93) Met betrekking tot de voorwaarde dat de verkoopovereenkomst inzake de activa van de Nürburgring pas ten uitvoer wordt gelegd wanneer er een onherroepelijk besluit van de Commissie is waarin wordt vastgesteld dat van de koper van de activa geen steunbedragen worden teruggevorderd, betoogt Duitsland het volgende:
- a) Geen enkele potentiële investeerder of financiële partner zou zonder een dergelijke opschortende voorwaarde instemmen met de aankoop van de activa.

- b) Volgens de Duitse faillissementswet <sup>(105)</sup> is de bewindvoerder verplicht om de activa van de schuldenaar op optimale wijze te liquideren of in het kader van een insolventieplan een betalingsovereenkomst te bereiken, wat in dit geval echter zou betekenen dat verdere steun zou moeten worden verleend aan de Nürburgring-ondernemingen.
- c) De pachter zal de gepachte activa onder eigen naam, op basis van een eigen ondernemingsplan en met personeel naar eigen keuze exploiteren.
- d) Het bod van [bieder 2] bevatte een vergelijkbaar beding, volgens hetwelk de aangeboden prijzen pas zouden worden betaald wanneer er een onherroepelijk besluit van de Commissie is waarin wordt vastgesteld dat van de koper van de activa geen steunbedragen worden teruggevorderd. Het bod van [bieder 3] bevatte een voorwaarde volgens welke de onderneming de koopovereenkomst ongedaan kan maken wanneer de Commissie niet uiterlijk op 31 december 2014 een positief besluit heeft genomen.
- e) Indien er begin 2015 nog geen onherroepelijk besluit van de Commissie is, zal de constructie via welke de verkochte activa vóór 1 januari 2015 aan een nieuwe onderneming worden overgedragen, waarin 95,1 % van de aandelen door de eigenaar en 4,9 % door een onafhankelijke trustee worden aangehouden (zie overweging 56), niet tot een voortzetting van de bedrijfsactiviteiten van de begunstigden van de steun leiden, maar waarborgen dat deze zich definitief terugtrekken uit de markt.
- (94) Volgens Duitsland wordt door deze procedure verzekerd dat er geen sprake is van economische continuïteit tussen NG, MSR en CMHN en de in het kader van de inschrijvingsprocedure aangeboden activa. Derhalve moet eventuele staatssteun aan NG, MSR en CMHN die potentieel onverenigbaar is met de interne markt, in het geval van een daartoe strekkend besluit van de Commissie worden teruggevorderd van deze vennootschappen. De koper van de activa is hierbij niet als ontvanger van staatssteun aan te merken. Voorts voert Duitsland aan dat de opschortende voorwaarde in de overeenkomst tussen verkopers en koper van de activa geen beletsel vormt voor de liquidatie van de Nürburgring-ondernemingen of de terugvordering bij die ondernemingen van in het verleden verstrekte staatssteun. De begunstigden van de steun trekken zich volgens Duitsland volledig terug uit de markt. Ook indien de verkoop van de activa aan Capricorn nietig wordt verklaard, zouden de activa worden verkocht en de verkopende ondernemingen worden geliquideerd.
- (95) Duitsland stelde de Commissie in kennis van de verkoopconstructie om rechtszekerheid te verkrijgen in de vorm van de vaststelling dat de verkoop van de activa geen elementen van staatssteun inhoudt en dat de winnende bieder of bieders niet aansprakelijk is of zijn voor de terugvordering van met de interne markt onverenigbare steun.
- (96) Duitsland had daarnaast toegezegd aan de Commissie verslag te zullen uitbrengen over de voortgang van de verkoopprocedure. De verslagen werden met regelmatige tussenpozen doorgestuurd naar de Commissie. In de verslagen werd bevestigd dat de verkoopprocedure overeenkomstig de met de Commissie besproken beginselen werd uitgevoerd. Voorts bevatten zij gegevens over de bieders, hun biedingen, de definitieve verkoopprijs en andere relevante punten.

#### 4. KLACHTEN OVER DE VERKOOP VAN DE ACTIVA

##### 4.1. KLACHT VAN JA ZUM NÜRBURGRING E.V. (KLAGER NR. 1)

###### a) Klacht

- (97) Klager nr. 1 voert aan dat de opzet van de inschrijvingsprocedure voor de verkoop van de activa van NG, MSR en CMHN (d.w.z. de verkoop van het circuit inclusief de horecabedrijven en het pretpark als geheel) niet waarborgt dat de concurrentieverstoringen op de betrokken markten worden weggenomen, aangezien de procedure op een voortgezette exploitatie van het complex gericht is en het merendeel van het personeel van NG, MSR en CMHN overgaat op de koper van de activa. Voorts betoogt klager nr. 1 in zijn klacht dat de insolvente ondernemingen in het kader van de surseanceprocedure zelf verantwoordelijk zijn voor de verkoop, waarbij zij slechts onder toezicht van een toezichthouder staan <sup>(106)</sup>, en dat de bieders geen aparte inschrijvingen voor de afzonderlijke kavels hoeven in te dienen en dat biedingen voor alle activa als geheel mogelijk zijn.
- (98) Daarnaast voert klager nr. 1 aan dat de steun wordt overgedragen aan de koper van de activa, omdat alle activa, rond de 300 werknemers en de operationele activiteiten van NBG overgaan op één enkele bieder, zodat er sprake

<sup>(105)</sup> Eerste deel van de Duitse faillissementswet („Insolvenzordnung”).

<sup>(106)</sup> Klager nr. 1 legde een schrijven over van het bevoegde Amtsgericht van 29 januari 2014, waarin de rechter verklaarde dat de insolventierechter en de bewindvoerders in het kader van de surseanceprocedure de activa niet zelf verkopen, maar alleen toezicht houden op het verkoopproces, zodat naar het oordeel van de rechtbank geen grondslag bestaat voor tussenkomst van de insolventierechter bij de verkoop van de activa.

is van economische continuïteit tussen de oude en de nieuwe eigenaar/exploitant. Klager nr. 1 stelt tevens dat de verkopers op grond van het criterium van maximalisering van de waarde van de activa als geheel de voorkeur hebben gegeven aan biedingen voor alle activa tezamen, ten nadele van biedingen voor afzonderlijke activa.

- (99) Verder uit klager nr. 1 kritiek op het feit dat de inschrijvingsprocedure gekenmerkt was door een gebrek aan transparantie met betrekking tot de selectiecriteria en de financiële kengetallen inzake de winst van NG en dat de bidders niet op gelijke voet zijn behandeld. Zo was bijvoorbeeld de toegang tot de virtuele dataroom beperkt tot vijf bidders. Klager nr. 1 voerde eveneens aan dat alleen de vijf bidders die toegang tot de virtuele dataroom hadden, in kennis zijn gesteld van de verlenging van de termijn voor de indiening van bindende biedingen tot medio februari 2014. Bidders die zoals klager nr. 2 slechts biedingen hebben uitgebracht voor afzonderlijke kavels, werden daarentegen niet over de verlenging van de termijn ingelicht. Voorts wijst klager nr. 1 erop dat de deelstaat en Capricorn door hetzelfde advocatenkantoor werden vertegenwoordigd.
- (100) Klager nr. 1 verlangt dat de lopende inschrijvingsprocedure wordt stopgezet en met duidelijke selectiecriteria wordt heropend, en dat de exploitatie van het circuit als DAEB wordt aangemerkt en gescheiden van de horecabedrijven en het pretpark wordt verkocht.
- (101) Daarenboven voert klager nr. 1 aan: dat NBG nieuwe, niet aangemelde en met de interne markt onverenigbare steun heeft ontvangen, aangezien NBG van de insolvente vennootschap NG kapitaal voor de exploitatie van de Nürburgring heeft ontvangen in de vorm van een inbreng in de niet-vastgelegde kapitaalreserve van 2 239 243 EUR; dat de exploitatie plaatsvindt op basis van een nieuwe, niet openbaar aanbestede pachtovereenkomst tussen NG, MSR, CMHN en NBG; dat NBG geen pacht betaalt, en dat NBG er niet naar streeft een hogere omzet te behalen of kosten te besparen, aangezien zij het gehele personeel heeft behouden en de kosten voor de organisatie van de formule 1-races heeft gedragen. Klager nr. 1 betoogt voorts dat met het oog op de overname van de arbeidscontracten van de NAG-medewerkers door NBG in de op 26 juli 2013 met de vakbond Verenigde Dienstleistungsgewerkschaft (Ver.di) gesloten cao is vastgelegd dat de werknemers door deze overname geen economische, sociale of juridische nadelen mogen ondervinden, waaruit blijkt dat een op onrechtmatige steun berustend bedrijfsmodel in stand wordt gehouden.

#### **b) Het door Duitsland meegedeelde standpunt van de bewindvoerders**

- (102) Volgens de bewindvoerders moet de klacht worden afgewezen, aangezien daarin niet wordt aangetoond dat de betrokken verkoopprocedure afwijkt van een marktconforme verkoopprocedure.
- (103) In een openbare, onvoorwaardelijke en transparante inschrijvingsprocedure is het volgens hen niet mogelijk om biedingen voor alle activa als geheel principieel uit te sluiten. Indien een dergelijk allesomvattend bod hoger uitvalt dan de som van de in totaal ontvangen biedingen voor afzonderlijke activa, zou een eigenaar in een markteconomie de activa toewijzen aan de indiener van het allesomvattende bod. Onder deze omstandigheden kan alleen de aangeboden prijs van het allesomvattende bod als marktprijs worden beschouwd<sup>(107)</sup>. Voorts wijzen de bewindvoerders erop dat de door de klagers geëiste uitsluiting van allesomvattende biedingen bij een verkoop in het kader van een surseanceprocedure afbreuk doet aan de door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde vrijheid van onderneming en de eigendomsrechten van de bij de surseanceprocedure betrokken schuldeisers.
- (104) Zij stellen dat er geen sprake was van voorkeur voor een allesomvattend bod. Klager nr. 2 werd alleen uitgesloten van toegang tot de dataroom omdat de door hem geboden koopprijs voor de betrokken activa niet hoog genoeg was.
- (105) De inschrijvingsprocedure bestond uit meerdere ronden. Bidders konden zich alleen voor de volgende ronde kwalificeren indien het voldoende waarschijnlijk was dat een verkoopovereenkomst tot stand zou komen. Het voordeel hiervan is dat gevoelige bedrijfsgegevens niet voor meer bidders toegankelijk worden gemaakt dan noodzakelijk is, en dat de due diligence-kosten (gedetailleerd onderzoek van de onderneming) voor zowel de verkopers als de bidders die een ontoereikende prijs hebben geboden, kunnen worden beperkt. De bidders hebben in elke ronde van de inschrijvingsprocedure voldoende informatie ontvangen.
- (106) De beoordelingscriteria zijn volgens de bewindvoerders duidelijk en ondubbelzinnig omschreven. Het criterium voor de toewijzing is de kans dat de transactie wordt afgerond, waarbij subcriteria worden toegepast.
- (107) De toegang tot de dataroom werd niet om technische redenen beperkt tot vijf bidders. Het aantal bidders aan wie toegang werd geboden, was het resultaat van de evaluatie van de inschrijvingen.

<sup>(107)</sup> De bewindvoerders verwijzen in dit verband naar arrest van 16 december 2010, zaak C-239/09, Seydaland, Jurispr. 2010, blz. I-13083, punt 34.

- (108) Volgens de bewindvoerders werd NBG in de aanloop naar de verkoop als vehikel voor het tijdelijke beheer van de operationele activiteiten van de Nürburgring opgericht en gekapitaliseerd. De operationele activiteiten werden voordien door NAG uitgevoerd. De vennootschappen NG, MSR en CMHN waren sinds de verpachting van de Nürburgring aan NAG slechts zuivere houdstermaatschappijen zonder operationele activiteiten. Volgens de bewindvoerders kwamen NG, MSR en CMHN niet voor het overnemen van de operationele activiteiten in aanmerking omdat de verdeling van die activiteiten over de drie vennootschappen, enerzijds, specifieke concepten had geveerd en omdat de bestaande vennootschappen, anderzijds, niet goed aansloten op de kavels, die op een zinvolle economische exploitatie van de onroerende goederen waren gericht. Bovendien is het voor tal van ondernemingen op grond van interne compliancevoorschriften niet mogelijk om overeenkomsten te sluiten met insolvente vennootschappen, zodat de operationele activiteiten in een niet-insolvente dochteronderneming moesten worden ondergebracht om de klanten van de Nürburgring een aanvaardbare wederpartij te kunnen bieden. Ook was het niet verantwoord om personeel van NAG over te hevelen naar insolvente vennootschappen. NBG is niet opgericht en gekapitaliseerd om op lange termijn als opvangconstructie te fungeren. In tegenstelling tot de door haar geëxploiteerde activa van de Nürburgring staat NBG dan ook niet te koop. Voorts verklaren de bewindvoerders dat NBG uitsluitend uit economische overwegingen van passend kapitaal is voorzien met het oog op de verkoop (voorkoming van inkomstenverlies bij stilgelegde bedrijven), dat de waarde van activa van NG door NBG is verhoogd en niet is verlaagd<sup>(108)</sup>, dat NBG geen voordeel heeft verkregen uit de bedoelde kapitalisering en dat niet de overheid, maar de bewindvoerders verantwoordelijk zijn voor de oprichting en kapitalisering van NBG.
- (109) Ook werd de cao tussen NBG en Ver.di gesloten om de operationele activiteiten binnen NBG tot aan de verkoop van de activa te kunnen voortzetten, en niet om de Nürburgring ook daarna nog als economische eenheid te handhaven. De cao is met NBG, en niet met de verkopers gesloten. De arbeidsovereenkomsten zijn volgens de bewindvoerders in overeenstemming met artikel 613 a van het Duitse burgerlijk wetboek (BGB) en zijn niet op basis van de cao van NAG overgegaan op NBG. Overeenkomstig de artikelen 7 en 9 VWEU en Richtlijn 2001/23/EG van de Raad<sup>(109)</sup> mogen overwegingen met betrekking tot het concurrentievermogen er niet toe leiden dat sociale normen worden omzeild of verlaagd. Voor de interimconstructie NBG is het belangrijk dat het voor de operationele activiteiten noodzakelijke personeel, dat hoofdzakelijk bij NAG, maar ook bij NG (20 medewerkers) in dienst was, instemt met de overheveling naar NBG. NBG moest zien te voorkomen dat het overgebleven gekwalificeerde personeel tijdens de overgangsfase diende te worden vervangen. Tussen begin 2011 en eind 2012 was het personeelsbestand met 114 voltijdsequivalenten (VTE) teruggebracht (van 402 tot 288 VTE). Aan het begin van het seizoen beliep het personeelsbestand weer 290 VTE. De bidders waren geattendeerd op het feit dat zij de mogelijkheid hebben om de omvang van de transactie aan te passen aan hun toekomstige bedrijfsconcept. De overname van personeel betekent niet dat aan een bepaald bedrijfsmodel wordt vastgehouden.
- (110) Volgens Duitsland is het noch op grond van de staatssteunregels geboden noch in het licht van het Europees sociaal model aanvaardbaar dat een koper van activa van een in surseance verkerende onderneming wordt gedwongen van de overname van de arbeidsovereenkomsten van de insolvente onderneming af te zien en nieuwe arbeidsovereenkomsten te sluiten omdat hij anders aansprakelijk dreigt te worden gesteld voor steun die voordien aan die onderneming is verleend.

#### 4.2. KLACHT VAN ADAC E.V. (KLAGER NR. 2)

##### a) De klacht

- (111) Klager nr. 2 verklaart door de verkopers in kennis te zijn gesteld van het feit dat zijn inschrijving in de volgende ronde van de verkoopprocedure niet in aanmerking kon worden genomen omdat de door hem geboden koopprijs duidelijk lager was dan die van de andere bidders en dat zijn bod bovendien slechts betrekking had op een deel van de activa, terwijl met de procedure werd gestreefd naar een maximalisering van de waarde van de activa als geheel.
- (112) Klager nr. 2 beweert dat de verkoopprocedure gericht is op de economische continuïteit van de activiteiten en op de marktpositie van de Nürburgring in zijn huidige vorm en daarom niet kan beletten dat het uit de reeds verleende steun verkregen voordeel overgaat op de koper. Klager nr. 2 voert aan dat alleen de verkoop van de verschillende activa en activiteiten van de Nürburgring aan meerdere gegadigden voor delen van de activa kan waarborgen dat de economische continuïteit wordt onderbroken, dat de verkopers er de voorkeur aan geven alle activa als één pakket aan één investeerder te verkopen in plaats van afzonderlijk, dat de verwerving van afzonderlijke activa in feite niet mogelijk was, dat er, anders dan voor allesomvattende biedingen, geen evaluatiecriteria waren voor biedingen voor delen van de activa en dat in de tweede ronde van de verkoopprocedure alleen allesomvattende biedingen in aanmerking werden genomen.

<sup>(108)</sup> NBG sloot het boekjaar 2013 succesvol af met een EBITDA (vóór verpachting) van 2 920 000 EUR. In 2013 betaalde NBG een pachtsom van 2 661 000 EUR.

<sup>(109)</sup> Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB L 82 van 22.3.2001, blz. 16).

- (113) Klager nr. 2 betoogt daarnaast dat de verkoopprocedure van de bewindvoerders niet in overeenstemming is met de staatssteunregels, met name omdat zij niet transparant en niet vrij van discriminatie is en daarom niet waarborgt dat een echte marktprijs wordt gerealiseerd. Klager nr. 2 beweert dat in de inschrijvingsstukken bepaalde gegevens over de financiële situatie van NG ontbraken die belangrijk waren om een koopprijs te kunnen bepalen, wat tot te hoge indicatieve biedingen heeft geleid, zodat deze waarschijnlijk na de dataroomfase naar beneden bijgesteld zullen moeten worden. Klager nr. 2 voert aan dat de winstverwachtingen voor 2013 ten opzichte van de aan de bidders meegedeelde cijfers aanzienlijk naar beneden werden gecorrigeerd zonder dat de bidders hiervan in kennis werden gesteld en hun de mogelijkheid werd geboden om de financiële gegevens opnieuw te beoordelen. Voorts stelt klager nr. 2 dat de gegevens over de financiële situatie van NBG en over de investeringen op middellange en lange termijn in onvoldoende mate bekend zijn gemaakt en dat in de inschrijvingsstukken is gesuggereerd dat er sprake was van duurzame contractuele betrekkingen, hoewel de overeenkomsten met klager nr. 2 slechts met één jaar (voor 2014) werden verlengd. Bovendien is volgens klager nr. 2 niet in voldoende mate rekening gehouden met het criterium van transactie zekerheid — anders zou bidder La Tene Capital Limited, die een onrealistisch hoog bod zonder financieringsbevestiging had gedaan, geen toegang tot de dataroom hebben gekregen.

#### b) Het door Duitsland meegedeelde standpunt van de bewindvoerders

- (114) De in de overwegingen 102 tot en met 106 vermelde antwoorden van de bewindvoerders op het betoog van klager nr. 1 gelden ook voor de punten van bezwaar die klager 2 aanvoert.

### 4.3. KLACHT VAN [BIEDER NR. 3] (KLAGER NR. 3)

#### a) De klacht

- (115) Klager nr. 3 stelt dat niet het hoogste bod is geselecteerd, maar het bod van een lokale bidder die de voorkeur genoot. Volgens klager nr. 3 mogen niet-economische overwegingen, zoals regionale doelstellingen of redenen in verband met het industriebeleid, die voor een investeerder in een markteconomie onaanvaardbaar zouden zijn, niet in aanmerking worden genomen bij een lager bod. Dergelijke overwegingen lijken eerder de indruk te wekken dat er sprake is van staatssteun<sup>(110)</sup>. Klager nr. 3 betoogt dat de activa weliswaar aan Capricorn werden toegewezen, maar dat zijn eigen bod van 150 miljoen EUR<sup>(111)</sup> duidelijk hoger was dan die van Capricorn. Verder zet klager nr. 3 uiteen dat een lager bod alleen bij uitzondering kan worden geselecteerd indien te verwachten valt dat de verkoop aan de bidder met het hoogste bod niet tot stand zal kunnen komen (criterium van transactie zekerheid), d.w.z. indien de koper niet in staat is de koopsom te voldoen<sup>(112)</sup>. Volgens de klager was daarvan in zijn geval om de volgende redenen geen sprake: 1) klager nr. 3 heeft een bindende financieringstoezegging van een private equity-fonds ten bedrage van 30 miljoen EUR overgelegd en 2) het was niet mogelijk om een bindende financieringstoezegging voor andere tranches van de koopsom te verkrijgen omdat de verkopers bepaalde informatie te laat of in het geheel niet hebben verstrekt. Klager nr. 3 heeft de verkopers meegedeeld dat de nog ontbrekende financieringstoezeggingen uiterlijk op 31 maart 2014 konden worden overgelegd. Klager nr. 3 voert aan dat hij op de dag van indiening van de klacht (10 april 2014) een financieringstoezegging ten belope van 110 miljoen EUR had kunnen voorleggen; klager nr. 3 heeft de Commissie echter een tot klager nr. 3 gerichte intentieverklaring van Jupiter Financing Group, Inc. (hierna „Jupiter Financial Group” genoemd) van 26 maart 2014 doen toekomen, waarin Jupiter Financing Group klager nr. 3 van haar bindend voorstel voor de financiering van de Nürburgring-activa in kennis stelt (zie voetnoot 105 met betrekking tot de financiële elementen van dit voorstel). Dit financieringsvoorstel werd onder meer op de voorwaarde gedaan dat het due diligence-onderzoek een voor Jupiter Financial Group bevredigend resultaat zou opleveren.
- (116) Klager nr. 3 voert verder aan dat een bedrag van 6 miljoen EUR van het bod van Capricorn voor de Nürburgring met een totale hoogte van 77 miljoen EUR uit de opbrengsten van 2014 zou worden gefinancierd en daarnaast een bedrag van 11 miljoen EUR pas in de jaren 2015-2018 zou worden betaald, zodat de werkelijke netto koopprijs 60 miljoen EUR bedroeg, d.w.z. 50 miljoen EUR minder dan de geboden netto koopprijs van 110 miljoen EUR. Indien eveneens rekening wordt gehouden met de toekomstige nettobetalingen, is er sprake van een verschil van 73 miljoen EUR tussen het bod van Capricorn en het bod van klager nr. 3. Tot slot betoogt

<sup>(110)</sup> Klager nr. 3 verwijst naar de beschikking van de Commissie van 30 april 2008 betreffende de staatssteun van Oostenrijk voor de privatisering van Bank Burgenland en naar het arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2013 in gevoegde zaken C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P, Land Burgenland e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2013:682.

<sup>(111)</sup> Volgens klager was het bod als volgt samengesteld: 1) 90 miljoen EUR in contanten bij sluiting van de overeenkomst; 2) 20 miljoen EUR uiterlijk op 31 maart 2014, en 3) na de verwerving door klager nr. 3 betaling van een winstafhankelijk bedrag ten belope van 20 % van de EBITDA van het Nürburgring-complex, met een maximale hoogte van 40 miljoen EUR. Bovendien zegde klager nr. 3 toe een ontwikkelingsfonds ten bedrage van 200 miljoen EUR in te stellen ten gunste van de naburige gemeenten rond de Nürburgring.

<sup>(112)</sup> Klager nr. 3 verwijst naar de beschikking van de Commissie van 30 april 2008 betreffende de Bank Burgenland.

klager nr. 3 dat Capricorn steun ten bedrage van ten minste 73 miljoen EUR heeft ontvangen. Het gaat hierbij om het verschil tussen de door hem in zijn bod geboden koopprijs en de koopprijs van de bieder aan wie de activa zijn toegewezen. Indien ook rekening wordt gehouden met de steun ten gunste van de naburige gemeenten, stijgt het steunbedrag met 200 miljoen EUR tot in totaal 273 miljoen EUR.

- (117) Klager nr. 3 voert voorts aan dat het bod van Capricorn niet onvoorwaardelijk was, aangezien zij de voorwaarde bevatte dat er een onherroepelijk besluit van de Commissie moest zijn waarin uitbreiding van de terugvorderingsverplichting werd uitgesloten. Dit betekent dat is afgeweken van de bekendgemaakte beginselen van de verkoopprocedure en dus inbreuk is gemaakt op de regels van de inschrijvingsprocedure, aangezien de andere partijen (zoals klager nr. 3) niet op de hoogte zijn gesteld van die aanpassingen.
- (118) Voorts stelt klager nr. 3 dat de activa niet op basis van een openbare, transparante en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure zijn verkocht. In het bijzonder voert klager nr. 3 het volgende aan:
- a) De door de verkopers ter beschikking gestelde *fact books* waren inhoudelijk onjuist en misleidend. Met name bleek de voorgestelde „clean balance sheet”-transactiestructuur niet uitvoerbaar te zijn. Klager nr. 3 heeft direct na het begin van het due diligence-onderzoek vastgesteld dat de door de verkopers voorgestelde transactiestructuur niet is afgestemd op de feitelijke situatie zoals die voortvloeit uit de exploitatie van de Nürburgring, en daarom niet uitvoerbaar is <sup>(113)</sup>.
  - b) In de loop van het verkoopproces hebben de verkopers de sluiting van de koopovereenkomst vertraagd.
  - c) De verkopers hebben geen duidelijke termijn vastgesteld voor de afronding van de inschrijvingsprocedure en in plaats daarvan verklaard dat de procedure tot eind maart 2014 zou duren. Uit de communicatie tussen klager nr. 3 en de verkopers en uit de persmededeling van de verkopers blijkt dat klager nr. 3 tot eind maart de tijd had om een bod in te dienen. Daarnaast heeft Capricorn een voorkeursbehandeling gekregen, omdat de onderneming na 17 februari 2014 nog een bindende financieringstoezegging mocht overleggen <sup>(114)</sup>.
  - d) De relevante overeenkomsten, zoals de overeenkomsten over de operationele activiteiten tussen NBG en derden werden niet of pas op een laat tijdstip ter beschikking gesteld. Verder hebben de bidders bepaalde cruciale financiële kengetallen van NBG pas één werkdag voor de uiterste datum van indiening van het definitieve bod of zelfs pas op die datum zelf en alleen in het Duits ontvangen via de dataroom. Zo werd belangrijke informatie zoals de gecontroleerde jaarbalans per 31 december 2012 van NBG pas in de avond van de laatste werkdag vóór de uiterste datum voor indiening van het definitieve bod ter beschikking gesteld.
  - e) De verkopers hebben de andere bidders benadeeld doordat zij Capricorn preferentiële toegang tot belangrijke externe leveranciers hebben geboden. Met name voert klager nr. 3 aan dat reeds weken vóór de bekendmaking van de winnende bieder op 11 maart 2014 onderhandelingen moeten zijn gevoerd tussen Capricorn, de verkopers en de brouwerijgroep Bitburger <sup>(115)</sup>.

<sup>(113)</sup> Zo verklaart klager nr. 3 dat hij er op basis van de door de verkopers ter beschikking gestelde documenten van uit was gegaan dat de mogelijkheid bestond tot verwerving van de activa en de exploitatie op basis van een schone balans (clean balance sheet), d.w.z. zonder nog bestaande, uit lopende overeenkomsten voortvloeiende verbintenissen en verplichtingen, dat hij voornemens was met de klanten en sponsors over nieuwe overeenkomsten met nieuwe voorwaarden te onderhandelen om zijn investering op die manier gedeeltelijk te herfinancieren maar dat vervolgens gebleken is dat alle relevante contracten voor de exploitatie van de Nürburgring met een derde (NBG) waren gesloten op basis van een nieuwe pachtovereenkomst met de verkopers, wat uiteindelijk tot gevolg had dat de klager — indien de activa aan hem zouden worden toegewezen — gedwongen was geweest om zowel de pachtovereenkomst als een aantal andere contracten tussen NBG en derden over te nemen, dat andere door NBG gesloten overeenkomsten niet automatisch op klager nr. 3 waren overgegaan maar door hem wel moesten worden nagekomen, met name omdat volgens zijn zeggen de verkopers van hem hadden verlangd de volledige financiële aansprakelijkheid voor eventuele schadevergoedingsclaims (wegens het niet ter beschikking stellen van de Nürburgring-faciliteiten door NBG) te aanvaarden, en dat klager nr. 3 zijn bedrijfsmodel moest wijzigen: nadat hij oorspronkelijk van plan was de aankoop van de Nürburgring tussentijds (gedeeltelijk) te financieren door aangepaste overeenkomsten met klanten en sponsors te sluiten, zag hij zich gedwongen de bestaande overeenkomsten in acht te nemen respectievelijk ten minste in economisch opzicht na te komen.

<sup>(114)</sup> Klager nr. 3 voert enerzijds aan dat er gerede twijfel bestond of Capricorn op 17 februari 2014, de uiterste datum voor de indiening van het bod, een bindende financieringstoezegging over de volledige koopsom zou kunnen overleggen, en dat de verkopers de beslissing over de toewijzing van de activa hadden uitgesteld totdat Capricorn aan alle formele criteria voldeed. Anderzijds stelt klager nr. 3 dat hij, zoals uit zijn definitieve bod blijkt, in staat was een bindende financieringstoezegging over 90 miljoen EUR te verstrekken.

<sup>(115)</sup> Klager nr. 3 licht verder toe dat niet alleen hij, maar ook andere inschrijvers onjuiste informatie hebben ontvangen, dat hij voornemens was om in het voorjaar van 2014 onderhandelingen met leveranciers van zijn eigen keuze te openen om bepaalde details in zijn bod voor de activa van de Nürburgring nader in te vullen, maar dat de verkopers hem meedeelden dat de bierleveringsovereenkomst niet meer voor 2014 kon worden gewijzigd, aangezien klager nr. 3 anders ten opzichte van de toenmalige bierleverancier aansprakelijk zou zijn wegens niet-nakoming van de contractuele verplichtingen van NBG. Volgens klager nr. 3 toont het feit dat bierleverancier Warsteiner door Bitburger werd vervangen aan dat de informatie die hij had ontvangen onjuist was en dat hij als bieder opzettelijk was misleid.



- f) De tussen de verkopers en Capricorn gesloten koopovereenkomst moet vóór 11 maart 2014 door de notaris zijn bekrachtigd. Capricorn heeft reeds vóór de beslissing van de vergadering van schuldeisers vernomen dat de activa aan haar zouden worden toegewezen. Er is een desbetreffend persbericht van Capricorn van 9 maart 2014, dat dus twee dagen vóór de beslissing van de vergadering van schuldeisers op 11 maart 2014 is uitgegeven.
- g) De verkopers zijn zonder de andere bidders in te lichten afgeweken van de procedurebrief van 17 oktober 2013, doordat zij uitsluitend ten voordele van Capricorn hebben afgezien van de overlegging van een financiële garantie voor de in haar allesomvattende bod geboden koopprijs <sup>(116)</sup>.
- h) De verkopers hebben inbreuk gemaakt op de in die procedurebrief vastgestelde voorwaarden doordat zij de afzonderlijke bidders vóór de uiterste datum van indiening van het definitieve bod niet de overeengekomen en intern goedgekeurde koopovereenkomst met gemarkeerde wijzigingen hebben doen toekomen, waardoor de afsluiting van een financiering werd bemoeilijkt.
- i) De verkopers hebben bij de toewijzing van de activa ook rekening gehouden met milieucriteria en zijn er — zonder nader overleg met klager nr. 3 — van uitgegaan dat de onderneming niet in staat zou zijn om aan dergelijke criteria te voldoen, hoewel de verkopers geen uitdrukkelijke milieuvoorwaarden hadden ingevoerd <sup>(117)</sup>.
- j) Capricorn genoot een voorkeursbehandeling, aangezien de onderneming zich door advocatenkantoor McDermot heeft laten adviseren over staatssteunvraagstukken. Dit advocatenkantoor had daarvoor in dezelfde kwestie adviesdiensten verleend aan de verkopers en de deelstaat Rijnland-Palts.
- (119) Klager nr. 3 voert aan dat bij de verkoop middelen gemoeid zijn die aan de Staat moeten worden toegerekend <sup>(118)</sup>, dat er sprake is van nieuwe staatssteun ten gunste van Capricorn en dat een eventuele terugvoeringsverplichting voor de staatssteun die aan de verkoper is verleend voor de activa, moet worden uitgebreid tot Capricorn <sup>(119)</sup>. Tot slot stelt klager nr. 3 dat de koopovereenkomst op grond van een inbreuk op de standstillbepaling van artikel 108, lid 3, VWEU ongeldig is.
- (120) Tot besluit betoogt klager nr. 3 dat Capricorn de eind juli verschuldigde tweede tranche van de koopsom niet heeft voldaan, wat erop wijst dat Capricorn geen naar behoren gefinancierd bod heeft uitgebracht. Daarop werden de financieringsvoorwaarden voor het verwerven van de activa van de Nürburgring, in strijd met de door de verkopers en in de aan de bidders toegezonden procedurebrief vastgelegde regels, ten gunste van Capricorn gewijzigd, wat een aanvullende steunmaatregel ten gunste van Capricorn zou kunnen inhouden.

#### b) Het door Duitsland meegedeelde standpunt van de bewindvoeders

- (121) Volgens de bewindvoeders heeft klager nr. 3 geen bindende financieringstoezegging ten belope van 30 miljoen EUR overgelegd. Noch bij zijn bevestigend bod van 17 februari 2014 (waarin sprake is van een financieringsverbintenis van [...] voor een bedrag van 30 miljoen EUR) noch bij zijn klacht is een dergelijke toezegging gevoegd. Klager nr. 3 heeft zijn aankondiging dat hij op een later tijdstip een bewijs van financiering zou kunnen indienen, zelfs niet door niet-bindende verklaringen van derden gestaafd. In tegenstelling tot de bevestigende biedingen van Capricorn en [bieder 2] voldeed de bevestigende bieding van klager nr. 3 niet aan de in de procedurebrief van 17 oktober 2013 vastgelegde financieringsvereisten. Op 11 maart 2014 zagen de verkopers daarom geen reden om de activa toe te wijzen aan klager nr. 3. Voor de verkopers bestond er een onaanvaardbaar risico dat met het wachten op een bewijs van financiering van klager nr. 3 slechts één of helemaal geen bidder zou overblijven, omdat: a) [bieder 2] had geëist dat de eigendom van de activa uiterlijk op 3 april 2014 zou overgaan, en b) bij de onderbouwing van het bod van klager nr. 3 geen vooruitgang was geboekt, hoewel deze op 17 mei 2013 blijkt had gegeven van zijn belangstelling en zijn indicatief bod reeds op 30 september 2013 had uitgebracht, zodat de

<sup>(116)</sup> Klager nr. 3 voert aan dat in de procedurebrief van 17 juni 2013 de verstrekking van een door een serieuze Europese bank afgegeven en op eerste verzoek te betalen garantie over de koopsom werd verlangd, dat Capricorn geen garantie over de volledige koopsom heeft overgelegd en dat de verkopers van de door henzelf vastgelegde betalingsvoorwaarden zijn afgeweken om de selectie van de winnende bidder op die wijze in overeenstemming te brengen met de bekendgemaakte selectiecriteria.

<sup>(117)</sup> Klager nr. 3 voert aan dat zijn bod in overeenstemming is met de toepasselijke wettelijke geluidsvoorschriften, waarvan hij bij indiening van het bod volledig op de hoogte was.

<sup>(118)</sup> Klager nr. 3 verwijst naar het arrest van het Hof van 16 mei 2002, zaak C-482/99, Frankrijk/Commissie („Stardust Marine”), Jurispr. 2002, blz. I-4397, punten 54-55, en naar de besluiten van de Commissie in de staatssteunzaken Georgsmarienhütte (PB C 199 van 14.7.2001, blz. 4, punt 27), Luchthaven Dortmund (PB C 217 van 15.9.2007, blz. 25, punten 54-55), en N 510/2008 Alitalia.

<sup>(119)</sup> Klager nr. 3 verwijst naar de beschikkingen van de Commissie in de steunzaken CDA van 16 december 2000, overweging 117, Biria Group van 14 december 2010, overwegingen 79-80, en het arrest van het Hof van 13 september 2010, zaak T-415/05, Olympic Airways, Jurispr. 2010, blz. II-4749, punt 157, en het arrest van het Gerecht van 28 maart 2012, zaak T-123/09, Ryanair/Commissie, ECLI:EU:T:2012:164, punt 135.

kans op het sluiten van een overeenkomst met klager nr. 3 was afgenomen. De vermeende financieringstoezegging van Jupiter Financial Group van 26 maart 2014 is niet overgelegd aan de verkopers, terwijl een niet ondertekende verklaring van de investmentbanking- en adviesonderneming [...] van 31 maart 2014 was afgegeven onder voorbehoud van een bevredigend resultaat van het due diligence-onderzoek. Het ontwikkelingsfonds voor de naburige gemeenten rond de Nürburgring ter waarde van 200 miljoen EUR kwam niet ten goede aan de verkopers.

- (122) Volgens de bewindvoerders waren alle bidders op de hoogte gesteld van het feit dat de winnende bidder mogelijk reeds kort na 17 februari 2014, de uiterste datum voor indiening van biedingen, zou worden aangewezen. Op grond van de door de verkopers verstrekte informatie kon niet worden verwacht dat de procedure zou worden verlengd. In het door klager nr. 3 aangehaalde persbericht werd vermeld dat de bewindvoerders voornemens waren om in het eerste kwartaal van 2014 een overeenkomst te sluiten. De bewindvoerders betwisten dat de toezichthouder publiekelijk heeft meegedeeld dat het in de bedoeling lag om eind maart een beslissing te nemen, dat Capricorn reeds vóór de vergadering van de schuldeisers in kennis is gesteld van het toewijzingsbesluit en dat Capricorn op 9 maart 2014 een persbericht heeft uitgegeven.
- (123) De bewindvoerders verklaren dat de transactiestructuur (verkoop van afzonderlijke, gebundelde of alle activa, zonder overdracht van aandelen of passiva) tijdens de inschrijvingsprocedure niet is gewijzigd. Met de uitdrukking „*clean balance sheet*” werd uitsluitend bedoeld dat de overdracht van passiva in het kader van de verkoop was uitgesloten. Het feit dat de verkopers houdstermaatschappijen zijn en de operationele activiteiten door NBG werden uitgevoerd, werd reeds in de aankondiging van de inschrijvingsprocedure meegedeeld, die op 17 mei 2013 aan klager nr. 3 werd toegezonden. Indien klager nr. 3, zoals beweerd, pas tijdens het due diligence-onderzoek kennis heeft genomen van de activiteiten van NBG, kan daaruit volgens de bewindvoerders slechts worden geconcludeerd dat klager nr. 3 de omvangrijke documentatie, die voor de indiening van het indicatieve bod ter beschikking werd gesteld, niet grondig genoeg heeft bestudeerd. De verkopers hebben nooit verlangd dat de koper de overeenkomsten van NBG zou overnemen. Vanwege de bijzondere situatie van NBG, die verband houdt met het feit dat van meet af aan een verkoop van de activa beoogd was, kwam voor de bewindvoerders een overname van de tussen de verkopers en NBG gesloten pachtovereenkomst principieel niet in aanmerking. De bewindvoerders betogen dat klager nr. 3 pas in een zeer laat stadium besefte dat hij bij een overname van de activa per 1 januari 2014 een vrijwel „kale” Nürburgring zou verkrijgen en dat de door hem beoogde nieuwe overeenkomsten met klanten en sponsors vanwege de lange aanlooptijd voor (race)evenementen grotendeels pas in het seizoen 2015 (hogere) inkomsten zouden opleveren. Bovendien hebben de verkopers herhaaldelijk benadrukt dat de bidders het voorwerp van de kooptransactie zelf konden bepalen.
- (124) Met betrekking tot schadeclaims van derden hebben de verkopers klager nr. 3 erop gewezen dat hij slechts een geringe kans heeft om met de klanten van NBG overeenkomsten te sluiten met voorwaarden die voor die klanten slechter zijn dan die van de lopende overeenkomsten, zolang de kwestie van de niet-nakoming van de overeenkomsten met NBG niet is geregeld. Er moest rekening worden gehouden met het risico dat de koper en de wederpartij een nieuwe overeenkomst zouden sluiten waarin werd bepaald dat de wederpartij een hogere vergoeding zou betalen, maar over het verschil met de vroegere vergoeding schadevergoeding wegens niet-nakoming van de overeenkomst zou vorderen en in de jaren daarna, waarvoor geen overeenkomst met NBG is gesloten, duidelijk lagere vergoedingen zou betalen. De door de verkopers verlangde vrijstelling is bij *asset deals* die tot bedrijfsbeëindiging leiden, geenszins ongebruikelijk en is erop gericht een zo hoog mogelijke opbrengst te waarborgen in het belang van de schuldeisers.
- (125) De termijn voor de indiening van de bevestigende biedingen werd volgens de bewindvoerders bij schrijven van 17 december 2013 verlengd omdat ook andere bidders nog geen bevredigende biedingen hadden uitgebracht. De bidders is er bij herhaling op gewezen dat NBG de operationele activiteiten pas na het seizoen 2012 had overgenomen en daarom in hoofdzaak oude overeenkomsten van NAG moest afwerken, zodat er (nog) geen betrouwbare verslaglegging inzake de operationele activiteiten beschikbaar was. Volgens de bewindvoerders is het de verantwoordelijkheid van de potentiële kopers om rekening te houden met de daaraan verbonden risico's.
- (126) De bewindvoerders wijzen erop dat klager nr. 3 op 6 maart 2014 zijn wijzigingen in de ontwerpkoopovereenkomst voor zijn bevestigende bod heeft uitgebracht. Het ontwerp van de koopovereenkomst, waarover de partijen op 13 februari hebben onderhandeld, was afkomstig van de verkopers. Het was daarom duidelijk dat de volgende ontwerpversie door klager nr. 3 moest worden opgesteld.
- (127) Volgens de bewindvoerders hadden alle bidders die zich voor de betrokken ronde van de selectieprocedure hadden gekwalificeerd, de beschikking over dezelfde documenten in de dataroom. De in de klacht genoemde documenten waren niet eerder beschikbaar voor de verkopers en zeker niet voor de andere bidders. Alle bidders zijn in de gelegenheid gesteld de documenten in de dataroom te raadplegen en andere bidders hebben het due diligence-onderzoek afgesloten op basis van diezelfde documenten. Alle bidders werden er bijtijds op gewezen dat

de verslaglegging van de vennootschappen aanzienlijke tekortkomingen vertoonde. Bijna alle documenten van de verkopers en NBG werden in het Duits via de dataroom aangeboden; de verkopers waren niet verplicht om alle documenten in het Engels ter beschikking te stellen.

- (128) Daarnaast stellen de bewindvoerders dat de termijn voor de indiening van de inschrijvingen en de bewijzen van financiering toereikend was. Klager nr. 3 had tien maanden de tijd (namelijk van 8 april 2013, de datum van het eerste contact tussen [bieder 3] en de verkopers, tot 17 februari 2014) om een bewijs van financiering over te leggen, en bijna vier maanden (van 23 oktober 2013 tot 17 februari 2014) voor het due diligence-onderzoek. De bewindvoerders hebben daarmee ruimschoots voldaan aan de vereisten die kunnen worden ontleend aan de beschikkingspraktijk van de Commissie <sup>(120)</sup>.
- (129) De onderhandelingen over de nieuwe bierleveringsovereenkomst en met „Rock am Ring” werden niet door Capricorn gevoerd, maar door NBG. De desbetreffende documenten zijn beschikbaar gemaakt in de dataroom. Het door klager nr. 3 vermoede verband met Capricorn berust niet op feiten.
- (130) De verkopers hebben in de inschrijvingsprocedure geen milieucriteria ingevoerd voor de selectie van het winnende bod. De enige criteria die in de inschrijvingsprocedure werden toegepast voor de selectie van het winnende bod waren: a) de maximalisering van de opbrengst van de activa als geheel, en b) de transactie zekerheid. Het bod van klager nr. 3 kon wegens ontoereikende transactie zekerheid niet worden geselecteerd, aangezien hij bij de indiening van zijn bevestigende bod geen financieringsbevestiging had overgelegd. Tegelijkertijd voerden de verkopers gesprekken met [bieder 2] en in de slotfase van de onderhandelingen over de verkoop met [bieder 2] en Capricorn, aangezien [bieder 2] een bod van [32-39] miljoen EUR had uitgebracht (zie tabel 10 hieronder) en onderhandelingen tussen Capricorn en [...] plaatsvonden, die in de financieringstoezegging van de bank van 10 maart 2014 resulteerden. Vanwege de ontbrekende financieringsbevestiging voor het bevestigende bod bestond in het geval van klager nr. 3 een groot risico dat er geen transactie tot stand zou komen. Verder hebben de bewindvoerders aan de hand van aanvullende aanwijzingen in het bedrijfsmodel van klager nr. 3 onderzocht of er desondanks een kans bestond dat de transactie nog zou kunnen worden verwezenlijkt. Het bedrijfsmodel van klager nr. 3 berustte op [...] en [...]. Aangezien [...] niet strookte met de voor de Nürburgring geldende geluidsnormen en er geen sprake was van een [...], viel niet te verwachten dat het concept op korte termijn in de praktijk kon worden gebracht. Het concept van klager nr. 3 werd daarom opgevat als aanwijzing voor het feit dat de totstandkoming van de transactie onzeker was of dat daarvoor ten minste aanzienlijk meer tijd en onderhandelingen nodig zouden zijn. De overeenstemming van het concept met de voor de Nürburgring geldende geluidsnormen vormde geen selectie criterium.
- (131) Tegen de bewering van klager nr. 3 dat het bod van Capricorn niet onvoorwaardelijk was omdat zij afhankelijk was van een onherroepelijk besluit van de Commissie waarbij uitbreiding van de terugvorderingsverplichting werd uitgesloten, brengen de bewindvoerders en Duitsland in dat de ontwerpovereenkomst met de gemarkeerde wijzigingen van klager nr. 3 soortgelijke voorwaarden bevatte. Volgens de relevante bepalingen van de door de bewindvoerders en Duitsland voorgelegde ontwerpovereenkomst hadden de verkopers en/of de koper het recht om de overeenkomst te herroepen indien de Commissie op 15 juli 2014 (volgend op de ontwerpovereenkomst van 14 januari 2014) respectievelijk op 31 december 2014 (volgend op de ontwerpovereenkomst van 14 februari 2014) geen positief besluit zou hebben genomen.
- (132) Volgens de bewindvoerders is het feit dat geen van beide bidders die een gekwalificeerd bod hadden uitgebracht, volledig voldeed aan het vereiste van een gewaarborgde financiering (garantie voor de betaling van de koopsom of overmaking van de koopsom op een geblokkeerde rekening) en dat de verkopers in feite van dit vereiste hebben afgezien zonder dit aan klager nr. 3 mee te delen, geen bewijs voor een niet-transparant verkoopbeleid. Omdat klager nr. 3 geen bevestigend bod met een bewijs van financiering had uitgebracht, gold deze regeling niet voor hem. Indien alle bidders waren geïnformeerd over het vermeende feit dat de verkopers hadden afgezien van een financieringsgarantie, was dit niet op de inschrijvingsprocedure van invloed geweest. Dat vermeende feit is bovendien niet de reden geweest dat klager nr. 3 geen financieringsbevestiging heeft overgelegd, en is in overeenstemming met het gedrag van een hypothetische particuliere verkoper.
- (133) De bewindvoerders betogen dat de maatregelen van de bewindvoerders en de vergadering van schuldeisers niet aan de Staat kunnen worden toegerekend en dat er geen sprake is van begunstiging van Capricorn, aangezien de verkopers de selectieprocedure volgens de criteria van de marktdeelnemer in een markteconomie hebben uitgevoerd.

<sup>(120)</sup> De bewindvoerders verwijzen naar de beschikking van de Commissie van 30 april 2008 betreffende steunmaatregel C-56/06 — Privatisering van de Bank Burgenland, en naar het besluit van de Commissie van 19 juni 2013 betreffende steunmaatregel SA.36197 — Privatisering van ANA — Aeroportos de Portugal, alsook naar de mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (PB C 209 van 10.7.1997, blz. 3).

- (134) Wat betreft de bewering dat Capricorn geen naar behoren gefinancierd bod heeft uitgebracht, daar zij de tweede tranche van de koopsom niet zou hebben betaald, en dat Capricorn op grond van de wijziging van de financieringsvoorwaarden voor de verwerving van de activa van de Nürburgring ten gunste van die onderneming verdere steun heeft ontvangen, voert Duitsland de volgende argumenten aan: a) Capricorn heeft daardoor geen voordeel genoten, omdat de tweede tranche tegen een rente van 8 % en de verstrekking van zakelijke zekerheden werd geherfinancierd (zie voetnoot 72); b) de herfinanciering van de tweede tranche houdt geen staatssteun in, daar de beslissing over de herfinanciering niet kan worden toegerekend aan de Staat, maar uitsluitend door de bewindvoerders zonder betrokkenheid van de deelstaat is genomen; c) er is geen sprake van een afwijking van de door de verkopers vastgelegde regels en van de aan de bidders verstuurde procedurebrief, aangezien de verkopers in de inschrijvingsprocedure geen vereisten hebben vastgesteld ten aanzien van koopsomtranches voor de afsluiting van de transactie, zodat de eventuele wens van eenieder om contante zekerheden voor de koopsom te vervangen door andere waardevolle zekerheden, niet van invloed zou zijn geweest op de beoordeling van de biedingen.
- (135) Volgens de bewindvoerders dient de klacht als ongegrond te worden afgewezen. Het gedrag inzake de financiering dat door klager nr. 3 in zijn niet-onderbouwde beweringen aan de kaak wordt gesteld, zou niet verenigbaar zijn geweest met het gedrag van een voorzichtige marktdeelnemer of bewindvoerder.

#### 4.4. KLACHT VAN DE HEER MEYRICK COX (KLAGER NR. 4)

##### a) De klacht

- (136) Klager nr. 4 voert aan dat de activa aan Capricorn niet zijn toegewezen omdat zij het economisch meest voordelige bod had uitgebracht, maar omdat het om een Duitse onderneming gaat en de verkopers de activa niet aan een consortium onder leiding van een private equity-maatschappij wilden verkopen. Tevens beweert hij dat Capricorn ten aanzien van meerdere criteria een lager bod heeft uitgebracht dan [bieder 2]. In het bijzonder voert klager nr. 4 het volgende aan:
- a) de financiering van het bod van Capricorn minder zeker is dan die van [bieder 2] <sup>(121)</sup>;
  - b) het bod van [bieder 2] voorzag in hogere upfront-betalingen <sup>(122)</sup>;
  - c) het transactierisico was bij Capricorn hoger dan in het geval van de aanvaarding van het bod van [bieder 2] <sup>(123)</sup>;
  - d) [bieder 2] beschikt over meer ervaring en bekwaamheid dan Capricorn <sup>(124)</sup>;
  - e) anders dan Capricorn zou [bieder 2] waarschijnlijk een extra bedrag van 25 miljoen EUR investeren in de Nürburgring;

<sup>(121)</sup> Klager nr. 4 verklaart dat Capricorn tijdens de procedure vermoedelijk verschillende ondernemingen heeft benaderd met het oog op de financiering van haar bod, dat Capricorn de verkopers in een vroege fase van de procedure onjuiste informatie heeft verstrekt omtrent haar financiering, dat de vennootschapsstructuur van de onderneming GetSpeed, die voor één derde in het Capricorn-consortium participeert, niet geheel duidelijk is, dat de vergadering van schuldeisers niet volledig op de hoogte was gesteld van de financiering van het bod van Capricorn door [...], en dat Capricorn publiekelijk heeft toegegeven dat zij niet over de nodige financiering beschikte voor de door haar aangekondigde investeringen van 25 miljoen EUR in de activa van de Nürburgring. Bovendien had de vergadering van schuldeisers volgens hem niet voldoende tijd om de voorwaarden van de financieringsbevestiging van [...] voor het bod van Capricorn te bestuderen.

<sup>(122)</sup> Klager nr. 4 verklaart dat het bod van [bieder 2] een begin april 2014 te voldoende upfront-betaling van 32,5 miljoen EUR omvatte, terwijl het bod van Capricorn slechts voorzag in upfront-betalingen van 5 miljoen EUR in maart 2014, 5 miljoen EUR in juli 2014 en 5 miljoen EUR in december 2014.

<sup>(123)</sup> Klager nr. 4 voert aan dat de transactie volgens zijn bod reeds in april 2014 zou zijn afgerond; dat de betalingen door [bieder 2] gegarandeerd waren of afhankelijk waren van de rentabiliteit van de transactie; dat de leden van [bieder 2] belangrijke, solide gefinancierde ondernemingen met een succesvolle staat van dienst op het gebied van fusies en overnames waren; dat de transactie volgens het bod van Capricorn daarentegen pas zijn vroegst op 1 januari 2015 zou zijn uitgevoerd, dat Capricorn verdere betalingen pas na afloop van het onderzoek naar de verleende staatssteun door de Commissie en na beëindiging van eventuele procedures voor de Unierechter zou doen; dat de verkopers Capricorn voor het geval dat de Commissie haar onderzoek niet vóór 1 januari 2015 zou hebben afgesloten, de optie hebben geboden om de activa van de Nürburgring vanaf die datum tot aan de afsluiting van het onderzoek te pachten, en dat Capricorn een kleine onderneming met weinig kapitaal en weinig ervaring op het gebied van fusies en overnames is en in het recente verleden een aantal projecten niet heeft afgerond.

<sup>(124)</sup> Klager nr. 4 voert aan dat [bieder 2] over ervaring beschikt als eigenaar en exploitant van een aantal grote racecircuit, als exploitant van hotels en recreatiefaciliteiten en als organisator van festivals, en dat [bieder 2] de grootste investeerder in formule 1 is en investeringen doet in grote autofabrikanten en recreatieondernemingen, terwijl Capricorn nog geen ervaring heeft met de exploitatie van racecircuit en hotels, de organisatie van festivals, de stimulering van de motorsport of de marktintroductie van producten.

- f) de bidders werden in de inschrijvingsprocedure verschillend behandeld, waarbij Capricorn een betere behandeling heeft genoten <sup>(125)</sup>.
- (137) Klager nr. 4 beweert voorts dat Capricorn de eind juli verschuldigde koopsomtranche niet heeft betaald. Doordat de verkopers afzagen van het opleggen van een contractuele boete van 25 miljoen EUR en van een rente van 8 % over het achterstallige bedrag, is verdere staatssteun aan Capricorn verleend. Dit doet ook vragen rijzen met betrekking tot de informatie die door KPMG en de bewindvoerders in het kader van de inschrijvingsprocedure is verstrekt aan de vergadering van schuldeisers en toont dat een onjuist beeld is geschetst van de financiële draagkracht van Capricorn.
- (138) Voorts stelt klager nr. 4 zich op het standpunt dat nooit een financieringsovereenkomst is ondertekend tussen [...] en Capricorn, maar dat er slechts sprake was van een *term sheet*, zodat Capricorn niet over een financieringsovereenkomst beschikte toen de vergadering van schuldeisers bijeenkwam.
- (139) Klager nr. 4 concludeert dat uit de door hem doorgegeven informatie blijkt dat Capricorn bij de verkoop van de activa van de Nürburgring een voordeel heeft verkregen, dat dit voordeel uit een besluit voortvloeit dat niet verenigbaar is met de wijze waarop een commerciële verkoper de procedure zou hebben uitgevoerd en de biedingen op basis van de selectiecriteria zou hebben beoordeeld, dat dit soort commerciële verkoper niet tot de conclusie zou zijn gekomen dat het bod van Capricorn economisch voordeliger was dan dat van [bieder 2], en dat een nieuwe procedure moet worden ingeleid, waarin met het oog op een openbare, eerlijke en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure een aantal uniforme criteria wordt toegepast, een duidelijk tijdschema wordt opgesteld en met betrekking tot de identiteit van de bidders geheimhouding wordt betracht ten opzichte van de vergadering van schuldeisers.

#### b) Het door Duitsland meegedeelde standpunt van de bewindvoerders

- (140) De bewindvoerders verklaren dat klager nr. 4 als lid van [bieder 2] slechts indirect bij de inschrijvingsprocedure was betrokken. Zij stellen voor de klacht af te wijzen, aangezien die procedure openbaar, transparant en onvoorwaardelijk was en de activa overeenkomstig het criterium van een zo hoog mogelijke totale opbrengst zijn verkocht.
- (141) De bewindvoerders spreken tegen dat de leden van de vergadering van schuldeisers hebben ingestemd met de verkoop aan Capricorn, omdat Capricorn een Duitse onderneming en geen consortium onder leiding van een private equity-maatschappij is.
- (142) Volgens de bewindvoerders wordt met het bod van Capricorn een duidelijk hogere opbrengst behaald dan met het bod van [bieder 2]. Met betrekking tot de transactie zekerheid zijn er geen essentiële verschillen tussen de twee biedingen en zouden deze verschillen het niet rechtvaardigen om het aanzienlijk lagere bod te aanvaarden (bij beide biedingen was de transactie zekerheid toereikend, maar niet op het hoogste niveau). [Bieder 2] was daarnaast niet bereid om een bankgarantie over de koopprijs te verstrekken of de koopsom over te maken op een geblokkeerde rekening, hoewel dit in de procedurebrief van 17 oktober 2013 uitdrukkelijk werd verlangd. Ondanks herhaaldelijke verzoeken had noch [bieder 2] (die extern kapitaal wilde ophalen) noch een ander lid van [bieder 2] een juridisch bindende toezegging gedaan dat de nodige middelen ter beschikking zouden worden gesteld. Daarentegen heeft de heer Robertino Wild, vennoot van Capricorn, aanzienlijke zekerheden gesteld, terwijl de externe financiering van Capricorn werd gestaafd door een in het bedrijfsleven gebruikelijke financieringsbevestiging van [...]. De bewindvoerders hebben deze financieringsbevestiging gecontroleerd en aan de vergadering van schuldeisers het resultaat van die controle meegedeeld, dat namelijk de financieringsbevestiging geen ongebruikelijk voorbehoud of ongebruikelijke voorwaarden bevatte. Niet alleen de eigen bijdrage van [14-17] miljoen EUR, maar ook de externe bijdrage van [41-49] miljoen EUR werd door een contractuele boete van [22-27] miljoen EUR gewaarborgd, die de koper verschuldigd zou zijn indien de verkopers de overeenkomst wegens achterstallige betalingen zouden opzeggen. Ook voor het bedrag van de contractuele boete zijn zekerheden gesteld. De vergadering van schuldeisers heeft zich aangesloten bij de beoordeling van de bewindvoerders.
- (143) Met betrekking tot de upfront-betalingen verklaren de bewindvoerders dat het bod van [bieder 2] gepaard ging met voordelen (betaling van [30-33] miljoen uiterlijk op 31 maart 2014) in het geval van [bieder 2] tegen [4,6-5,1] miljoen EUR in het geval van Capricorn), maar ook nadelen inhield: de door [bieder 2] ter beschikking te stellen middelen zouden met uitzondering van een tranche van [7,1-7,6] miljoen EUR op een geblokkeerde rekening worden gestort en zouden aan de verkopers worden overgemaakt zodra er een onherroepelijk besluit van de Commissie zou liggen, of anders — indien de koper ook bij ontstentenis van een dergelijk besluit de overeenkomst niet zou hebben herroepen (waarbij een verlenging van de herroepingstermijn niet was

<sup>(125)</sup> Klager nr. 4 wijst erop dat [bieder 2] minder vaak de gelegenheid heeft gekregen om contact op te nemen met de verkopers dan Capricorn, dat de termijn voor indiening van het definitieve bod aanvankelijk van 11 december 2013 tot 17 februari 2014 werd verlengd en vervolgens op 11 maart 2014, enkele uren na ontvangst van het bod van Capricorn, werd beëindigd, zonder dat [bieder 2] de mogelijkheid werd geboden zijn bod te verhogen of te wijzigen.

uitgesloten) — uiterlijk op 31 maart 2015. Indien er in 2014 een onherroepelijk besluit van de Commissie zou zijn, zouden de verkopers in het geval van [bieder 2] de beschikking krijgen over een bedrag van [30-33] miljoen EUR en in het geval van Capricorn over een bedrag van [58-63] miljoen EUR (plus ca. 6 miljoen EUR uit de cashflow van NBG).

- (144) Uit een vergelijking van de biedingen van Capricorn en [bieder 2] blijkt dat het bod van Capricorn de hoogste nominale koopsom bevat en het economisch voordeligste resultaat oplevert.

Tabel 10

### Vergelijking van de biedingen van Capricorn en [bieder 2]

Bod Capricorn		Bod [bieder 2]	
Bedrag in miljoen EUR			
1e Koopsomtranche 31.3.2014	[4,6-5,1]	1e koopsomtranche 31.3.2014	[7,1-7,6]
2e koopsomtranche 31.7.2014	[4,6-5,1]	2e koopsomtranche 31.3.2014	[22-27]
3e koopsomtranche 20.12.2014	[4,6-5,1]	3e koopsomtranche 2016	[2,3-2,6]
Cashflow NBG 2014 (*)	6,0	Betaling afhankelijk van winst over 2015 in 2016 (*)	[2,3-2,6]
4e koopsomtranche bij afsluiting transactie	[41-49]	Betaling afhankelijk van winst over 2016 in 2017 (*)	[4,6-5,1]
Rest koopsom	[10,5-11,5]	Betaling afhankelijk van winst over 2017 in 2018 (*)	[7,1-7,6]
<b>Totale koopsom</b>	<b>77,0</b>		<b>[47-52]</b>
Personeelsinkrimping/herstructurering	- 2,5		- 3,0
Opzegging contracten Lindner	- 1,0		- 1,0
		Negatieve Cashflow NBG 1e kwartaal 2014	- 1,6
		Saldobetaling	- 1,3
<b>Opbrengst</b>	<b>[70-77]</b>		<b>[41-45]</b>

(\*) De cashflow van NBG voor 2014 hangt in het geval van Capricorn (6 miljoen EUR) en de winstafhankelijke betalingen in het geval van [bieder 2] voor de periode 2015-2017 (15 miljoen EUR) af van het succes van de operationele activiteiten. In het geval van [bieder 2] hebben de verkopers, anders dan bij Capricorn, geen invloed op deze transactie.

- (145) De goede prestaties van de leden van [bieder 2] in het verleden en hun grotere ervaring met transacties op het gebied van fusies en overnames vormden geen rechtvaardiging om de activa toe te wijzen aan de bieder die een duidelijk lagere koopprijs had geboden. De bekwaamheid van de consortiumpartners wordt door de verkopers niet ter discussie gesteld, maar behoorde ook niet tot de selectiecriteria. Evenmin was de hoogte van de investeringen in het Nürburgring-complex na de verwerving een selectie criterium.
- (146) De bewindvoerders hebben geen bieders gediscrimineerd. Uit de desbetreffende klacht blijkt niet welke handelingen van de bewindvoerders er volgens klager nr. 4 toe zouden hebben geleid dat [bieder 2] een lager bod uitbracht dan Capricorn. De bewindvoerders betwisten de bewering van klager nr. 4 dat de betrokken personen niet gecontacteerd konden worden en dat de verkoopprocedure is vertraagd om Capricorn in de gelegenheid te stellen een bod uit te brengen. [Bieder 2] is er volgens de bewindvoerders uitdrukkelijk op gewezen dat tot aan de bijeenkomst van de vergadering van schuldeisers op 11 maart 2014 onderhandelingen met andere bieders zouden worden gevoerd.

- (147) Voorts wezen de bewindvoerders erop dat hun maatregelen en de instemming daarmee door de vergadering van schuldeisers niet kunnen worden toegerekend aan de Staat en dat in het kader van de verkoopprocedure geen voordeel is verschaft, aangezien die procedure in overeenstemming is met de gebruikelijke marktpraktijken.
- (148) Met betrekking tot de bewering van klager nr. 4 dat er tussen [...] en Capricorn nooit een financieringsovereenkomst is ondertekend, voert Duitsland aan dat [...] haar financieringsaanbod na uitvoering van een uitvoerig juridisch en financieel due diligence-onderzoek heeft bevestigd en haar financieringsbevestiging nooit heeft ingetrokken.
- (149) Met betrekking tot de bewering van klager nr. 4 dat Capricorn de tweede tranche van de koopsom niet heeft voldaan, voert Duitsland de argumenten aan die hierboven in overweging 134 zijn uiteengezet.

## 5. BEOORDELING VAN DE MAATREGELEN

- (150) In dit besluit gaat het allereerst om de vraag of NG en haar dochterondernemingen MSR en CMHN ten tijde van de verlening van de steun (steunmaatregelen 1 tot en met 19) ondernemingen in moeilijkheden waren in de zin van de communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden <sup>(126)</sup> (hierna „de richtsnoeren” genoemd). Vervolgens zal de Commissie nagaan of de betrokken maatregelen ten behoeve van de begunstigde staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, en tot slot of die staatssteun verenigbaar is met het VWEU.

### 5.1. MOEILIKHEDEN VAN NG, MSR EN CMHN

- (151) In het geval dat de maatregelen 1 tot en met 19 staatssteun vormen en NG, MSR en CMHN ten tijde van de verlening van die steun ondernemingen in moeilijkheden waren, dient aan de hand van artikel 107, lid 3, onder c), en in het bijzonder aan de hand van de richtsnoeren te worden nagegaan of deze maatregelen verenigbaar zijn met de interne markt. Een centrale vraag is daarom of NG, MSR en CMHN ondernemingen in moeilijkheden waren. De Commissie is tot de slotsom gekomen dat die ondernemingen ten tijde van het verlenen van de staatssteun in economische moeilijkheden verkeerden en daarom geen financiële middelen konden aantrekken op de particuliere kredietmarkt.
- (152) De volgende beoordeling is gebaseerd op de punten 9 tot en met 11 van de richtsnoeren. De Commissie verwijst naar de beoordeling in de punten 202 tot en met 206 van haar besluit van 21 maart 2012, waarin wordt gesteld dat voorlopig niet kon worden uitgesloten dat NG op 1 juli 2008 moest worden aangemerkt als onderneming in moeilijkheden in de zin van de richtsnoeren (zie ook de punten 46 en 47 van het besluit van 7 augustus 2012). Daarnaast stelde de Commissie in de punten 6 tot en met 13 van haar besluit van 7 augustus 2012 vast dat NG, MSR en CMHN ondernemingen in moeilijkheden waren.
- (153) De Commissie is van oordeel dat elke onderneming als één geheel moet worden beoordeeld, rekening houdend met alle bedrijfsactiviteiten. Het is niet aanvaardbaar dat Duitsland de verliesgevendende bedrijfsactiviteiten, d.w.z. de formule 1-evenementen en het project „Nürburgring 2009” buiten beschouwing laat bij de beoordeling van de financiële kengetallen. Voorts staat vast dat de ondernemingen geen toegang hadden tot externe financieringsbronnen.
- (154) In tabel 11 wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste financiële kengetallen van NG voor de periode 2001-2011.

Tabel 11

### belangrijkste financiële kengetallen van NG 2001-2011 (in miljoen EUR)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Omzet	34,3	38,3	34,2	28,7	27,1	27,8	29,9	22,0	33,3	5,1	7,0
EBT (*)	0,6	- 0,5	0,6	- 9,9	- 9,6	- 40,1 (**)	- 2,4	- 0,8	- 9,9	4,6	- 16,2

<sup>(126)</sup> PB C 244 van 1.10.2004, blz. 2.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Geplaatst kapitaal	5,1	5,1	5,1	10,0	10,0	10,0	13,3	16,7	20,0	20,0	20,0
Eigen vermogen	15,2	18,6	19,1	37,3	27,6	- 12,6	- 10,2	- 9,9	- 15,8	- 10,9	- 27,4
Totaal passiva	—	45,6	43,4	19,7	19,5	27,8	46,8	99,1	234,2	263,2	290,4
Passiva/eigen vermogen (in %)	—	250	230	50	70	- 270	- 460	- 1 000	- 1 480	- 2 410	- 1 060
Passiva/omzet (in %)	—	119	127	69	72	100	156	450	703	5 160	4 150

(\*) *Earnings before taxes* — winst vóór belastingen.

(\*\*) De toename van de verliezen is hoofdzakelijk te wijten aan een duidelijke verhoging van de uitgaven voor evenementen van 21,2 miljoen EUR in 2005 tot 44,0 miljoen EUR in 2006.

- (155) In punt 10, onder a), van de richtsnoeren wordt toegelicht dat een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in moeilijkheden verkeert „wanneer meer dan de helft van het maatschappelijk kapitaal is verdwenen en meer dan een kwart van dit kapitaal tijdens de afgelopen twaalf maanden is verloren gegaan”. Deze bepaling berust op de veronderstelling dat een onderneming die een groot deel van haar geplaatste kapitaal verliest, niet in staat zal zijn deze verliezen op te vangen en deze op korte of middellange termijn vrijwel zeker tot het faillissement van de onderneming zouden leiden (zoals in punt 9 van de richtsnoeren wordt uiteengezet).
- (156) De Commissie stelt voorts vast dat een onderneming volgens punt 11 van de richtsnoeren als onderneming in moeilijkheden kan worden beschouwd „wanneer de typische symptomen van een onderneming in moeilijkheden aanwezig zijn, zoals toenemende verliezen, een dalende omzet, groeiende voorraden, overcapaciteit, een geringere kasstroom, een toenemende schuldenlast, toenemende rentelasten en een vermindering of een verdwijning van de waarde van de nettoactiva”. In dit verband wijst het Gerecht erop dat een negatief eigen vermogen „kan worden beschouwd als een sterke indicator dat de onderneming in financiële moeilijkheden verkeert” <sup>(127)</sup>.
- (157) Volgens de financiële overzichten van NG voor de jaren 2001-2011 was niet meer dan de helft van het geplaatste kapitaal verloren gegaan. Toch was het eigen vermogen van de onderneming in de periode 2006-2011 negatief. In vroegere zaken is de Commissie ervan uitgegaan dat het feit dat het eigen vermogen van een onderneming negatief is, feitelijk impliceert dat het gehele geplaatste kapitaal verloren is gegaan en a priori moet worden aangenomen dat aan de in punt 10, onder a), van de richtsnoeren genoemde criteria is voldaan <sup>(128)</sup>.
- (158) In het geval van NG stelt de Commissie vast dat waarschijnlijk alleen op grond van het feit dat de onderneming geen passende maatregelen had genomen, niet meer dan de helft van het geplaatste kapitaal verloren ging. Door middel van dergelijke maatregelen had het negatieve eigen vermogen van de onderneming in een positief eigen vermogen kunnen worden omgezet en tegelijkertijd tot een gepast niveau kunnen worden verhoogd. Dit had door middel van de overdracht van verliezen of een kapitaalverhoging of door gebruikmaking van deze beide mogelijkheden kunnen gebeuren.
- (159) In dit verband gaat de Commissie ervan uit dat een overdracht van verliezen tot het verlies van het volledige geplaatste kapitaal van de onderneming zou hebben geleid, aangezien de gecumuleerde verliezen hoger waren dan het bedrag aan geplaatst kapitaal. Bijgevolg meent de Commissie dat sinds 2006 aan de in punt 10, onder a), van de richtsnoeren genoemde criteria is voldaan.

<sup>(127)</sup> Arrest van 3 maart 2010, gevoegde zaken T-102/07 en T-120/07, Freistaat Sachsen/Commissie (T-102/07) en MB Immobilien en MB System/Commissie (T-120/07), Jurispr. 2010, blz. II-585, punt 106.

<sup>(128)</sup> Beschikking van de Commissie in zaak C 38/2007 Arbel Fauvet Rail (PB L 238 van 5.9.2008, blz. 27), bevestigd bij arrest van 12 mei 2011, gevoegde zaken T-267/08 en T-279/08, Région Nord-Pas-de-Calais (T-267/08) en Communauté d'agglomération du Douaisis (T-279/08)/Commissie, Jurispr. 2011 blz. II-1999, punt 141; besluit van de Commissie in zaak C 27/2010 United Textiles (PB L 279 van 12.10.2012, blz. 30).



- (160) Met betrekking tot punt 11 van de richtsnoeren is de Commissie daarnaast van mening dat NG reeds in 2002 in moeilijkheden verkeerde, aangezien: a) de jaaromzet van NG in die periode met 80 % naar 89,4 miljoen EUR daalde en de onderneming in die periode bijna elk jaar verliezen boekte; b) NG tijdens de gehele onderzochte periode een buitensporige schuldenlast had, die van 119 % van de omzet in 2002 toenam tot 4 150 % van de omzet in 2011; c) de schulden zelfs in 2004 en 2005, toen de schuldenlast tot onder de 100 % van de omzet daalde, nog steeds zeer hoog was (70 %), terwijl de onderneming ook in deze jaren een dalende omzet had en jaarlijks verliezen leed; d) NG gedurende het grootste deel van deze periode (2006-2011) een negatief eigen vermogen had.
- (161) In tabel 12 wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste financiële kengetallen van MSR voor de periode 2007-2011.

Tabel 12

**Belangrijkste financiële kengetallen van MSR 2007-2011 (in miljoen EUR)**

	2007	2008	2009	2010	2011
Omzet	0,0	4,4	3,4	2,2	0,9
EBT	- 0,1	- 0,5	- 4,0	- 4,8	- 8,6
Geplaatst kapitaal	0,05	0,05	0,05	0,05	0,05
Eigen vermogen	0,08	0,6	4,6	3,3	11,9
Totaal passiva	2,5	28,3	95,6	96,5	103,8
Passiva/eigen vermogen (in %)	3 130	4 720	2 080	2 920	870
Passiva/omzet (in %)	—	643	2 810	4 380	11 500

- (162) In tabel 13 wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste financiële kengetallen van CMHN voor de periode 2008-2011.

Tabel 13

**Belangrijkste financiële kengetallen van CMHN 2008-2011 (in miljoen EUR)**

	2008	2009	2010	2011
Omzet	0,0	2,6	1,2	0,2
EBT	- 0,8	- 2,5	- 3,6	0,0
Geplaatst kapitaal	0,03	0,03	0,03	0,03
Eigen vermogen	0,8	3,3	6,9	6,9
Totaal passiva	6,5	13,3	36,9	35,3
Passiva/eigen vermogen (in %)	810	400	530	510
Passiva/omzet (in %)	—	510	3 070	17 650

- (163) De Commissie constateert dat zij van MSR en CMHN geen documenten heeft ontvangen waaruit kon worden opgemaakt of deze ondernemingen levensvatbaar waren.
- (164) Onder verwijzing naar punt 11 van de richtsnoeren gaat de Commissie ervan uit dat MSR en CMHN reeds sinds 2007 respectievelijk 2008 in moeilijkheden verkeerden, aangezien zij zeer lage inkomsten, grote jaarlijkse verliezen en een toenemende schuldenlast hadden, die duidelijk hoger was dan de jaaromzet.
- (165) De Commissie wijst het argument van Duitsland van de hand dat NG, MSR en CMHN geen ondernemingen in moeilijkheden waren omdat de aanleg van infrastructuur en de organisatie van formule 1- en Superbike-evenementen activiteiten in opdracht van de overheid waren en daarom buiten beschouwing moesten blijven bij het onderzoek naar hun financiële situatie.
- (166) Ten eerste stelt de Commissie vast dat noch de aanleg van infrastructuur voor motorsport, recreatie en horeca noch de organisatie van motorsportevenementen kan worden beschouwd als uitzonderlijke effecten buiten de reguliere bedrijfsactiviteiten van NG, MSR en CMHN om. Veeleer ging het bij die verrichtingen om kernactiviteiten van de onderneming. Zelfs indien zowel de vennoten als de NG-directie MSR en CMHN als vehikel hadden beschouwd om de sportinfrastructuur van de Nürburgring in handen van de overheid te houden en onrendabele sportevenementen te organiseren die zonder dekking van de verliezen door de overheid nooit hadden kunnen plaatsvinden, hadden de vennoten en de directie niet mogen toelaten dat de verplichtingen zich bij gebrek aan een solide en realistisch ondernemingsplan op een dusdanig ondoelmatige en verliesgevende wijze zouden ontwikkelen als uit de bovengenoemde financiële kengetallen blijkt. Daarom moeten de genoemde bedrijfsactiviteiten in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de financiële situatie.
- (167) Ten tweede is de Commissie van oordeel dat de aanleg van de genoemde infrastructuurvoorzieningen en de organisatie van motorsportevenementen weliswaar mogelijkwerijs tot de moeilijkheden van NG, MSR en CMHN hebben bijgedragen, maar dat dit niet afdoet aan het feit dat NG reeds voor de start van het project „Nürburgring 2009” typische kenmerken van een onderneming in moeilijkheden vertoonde. Een gezonde onderneming moet de kosten voor dergelijke activiteiten aanpassen om levensvatbaar te kunnen blijven. In de jaren 2008 en 2009 boekten NG, MSR en CMHN verliezen en steeg hun schuldenlast (toename met 537 % in de periode 2002-2011, met 4 052 % in de periode 2007-2011 en met 443 % in de periode 2008-2011). Hoewel het project „Nürburgring 2009” in 2010 werd afgerond, blijkt uit de hieronder vermelde financiële resultaten van NG, MSR en CMHN dat zij toen nog steeds in moeilijkheden verkeerden.
- (168) De Commissie concludeert derhalve dat NG, MSR en CMHN ten tijde van de verlening van de staatssteun (maatregelen 1 tot en met 19) ondernemingen in moeilijkheden in de zin van de richtsnoeren waren en dat zij met zo ernstige moeilijkheden kampten dat zij op de markt geen financiering hadden kunnen krijgen.

## 5.2. DE VRAAG OF ER SPRAKE IS VAN STAATSSTEUN

- (169) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU zijn 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 interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

### a) Staatsmiddelen en toerekenbaarheid aan de Staat

- (170) Een deel van maatregel 1 (kapitaalverhoging), die door de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler is uitgevoerd, en een ander deel van maatregel 1 (inbreng in de kapitaalreserve) en de maatregelen 3, 9, 16 en 19, die alleen door de deelstaat zijn uitgevoerd, zijn duidelijk gefinancierd met staatsmiddelen en moeten worden toegerekend aan de Staat.
- (171) Met betrekking tot de maatregelen van NG (maatregelen 2, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 13, 14 en 15 — wat betreft de overdracht van aandelen in MSR aan NG — en maatregel 17) erkent Duitsland uitdrukkelijk dat de daarbij

aangewende middelen moeten worden toegerekend aan de Staat. Daarnaast valt te constateren dat de raad van commissarissen van NG de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler als vennoot van NG vertegenwoordigde. In dit verband heeft de vicevoorzitter van de raad van bestuur tijdens de zitting van 28 augustus 2005 verklaard dat de activa alleen aan particuliere investeerders mochten worden toegewezen indien daaraan slechts een beperkt risico voor de deelstaat was verbonden <sup>(129)</sup>. Voorts wees hij er tijdens een workshop van de raad van commissarissen van 20 december 2005 op dat in het nieuwe kabinet na de deelstaatsverkiezingen een besluit moest worden genomen over een investering in NG <sup>(130)</sup>. Bovendien kondigde de deelstaatregering in haar regeringsverklaring van 30 mei 2006 een investering onder de titel *Erlebnisregion Nürburgring* aan en nam de ministerraad op 19 september 2006 kennis van het feit dat de raad van commissarissen van NG voornemens was het project met een aanzienlijke inbreng van een particuliere derde te verwezenlijken <sup>(131)</sup>. Daarnaast stelden het ministerie van Economische zaken, Vervoer en Landbouw doorlopend adviezen, opmerkingen en instructies op met betrekking tot het project „Nürburgring 2009” <sup>(132)</sup>, dat op 2 december 2009 publiekelijk bekend werd gemaakt. Volgens de Commissie is ook de lening die NG met tussenkomst van PNG aan MSR heeft verstrekt (maatregel 6) een maatregel van NG, die daarom aan de Staat moet worden toegerekend.

- (172) Wat de ISB-lening (maatregel 8) en het verlenen van uitstel van rentebetalingen (maatregel 18) betreft, heeft Duitsland erkend dat ISB de lening in opdracht van de deelstaat heeft verstrekt. Met betrekking tot de leningen die RIM via Mediinvest en PNG aan MSR heeft verstrekt (maatregel 11) en de overdracht van aandelen in MSR aan RIM (onderdeel van maatregel 15) constateert de Commissie dat RIM een openbaar lichaam is dat tot taak heeft het economisch beleid en het structuurbeleid van de deelstaat te ondersteunen <sup>(133)</sup>. Bijgevolg waren ISB en RIM in het kader van de genoemde maatregelen in opdracht van de deelstaat betrokken bij de tenuitvoerlegging van het deelstaatbeleid, waaruit volgt dat de activiteiten van ISB en RIM, wat deze maatregelen aangaat, aan de Staat moeten worden toegerekend. Bij al deze maatregelen gaat het dus om middelen die aan de Staat moeten worden toegerekend.

#### b) Economische activiteit

- (173) Naar analogie met de zaak-Flughafen Leipzig/Halle <sup>(134)</sup> kan de aanleg van infrastructuurvoorzieningen als economische activiteit worden beschouwd indien daaraan een commerciële exploitatie verbonden is, wat hier het geval is.
- (174) De exploitatie van sportfaciliteiten (met inbegrip van racecircuits en offroad-parken), pretparken <sup>(135)</sup>, horecabedrijven, centra voor rijveiligheid, rijsscholen, multifunctionele hallen en betaalkaartsystemen alsook de verpachting daarvan, al dan niet voor professioneel gebruik <sup>(136)</sup>, houdt zowel voor de eigenaar als de exploitant een economische activiteit in. Bijgevolg vormt ook de aanleg of renovatie van infrastructuurvoorzieningen die onlosmakelijk met deze activiteiten verbonden zijn, een economische activiteit. Als niet-economische activiteiten worden onder meer beschouwd het gebruik van sportfaciliteiten door amateurs <sup>(137)</sup> en jeugdtrainingen van professionele sportclubs, voor zover de boekhouding van deze activiteiten gescheiden wordt gehouden van die van de economische activiteiten <sup>(138)</sup>. Gezien het onlosmakelijke verband tussen de infrastructuur en de economische activiteit waarvoor zij wordt gebruikt, houden de aanleg, de uitbreiding en de exploitatie van infrastructuurvoorzieningen voor sport en toerisme bij de Nürburgring zowel voor de investeerders als voor de exploitanten een economische activiteit in, ook al worden de kosten van de infrastructuur niet gedekt door de opbrengsten uit de exploitatie ervan en ook al maakt amateursport 90 % van de sportactiviteiten op de Nürburgring uit. Dit speelt namelijk alleen een rol op het niveau van de gebruikers: niet-professionele gebruikers zijn geen ondernemingen. De sport- en toerisme-infrastructuur van de Nürburgring is geen algemene infrastructuur zoals een openbare weg die voor gebruik door het publiek is bestemd. Op de financiering van de infrastructuur in kwestie (via de uit de liquiditeitspool verstrekte leningen en de aandeelhoudersleningen respectievelijk de latere ISB-lening) zijn derhalve de staatssteunvoorschriften van toepassing.
- (175) Bij de organisatie van formule 1- of andere motorsportevenementen gaat het om het verrichten van diensten op de profsportmarkt, die hoofdzakelijk inkomsten uit uitzendrechten genereert. Het feit dat formule 1- en andere motorsportevenementen structureel verliesgevend zijn of met het oog op doelstellingen van regionaal beleid

<sup>(129)</sup> Advies van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts van 15 juni 2010, blz. 14.

<sup>(130)</sup> Zie de voetnoot hierboven.

<sup>(131)</sup> Advies van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts van 15 juni 2010, blz. 15.

<sup>(132)</sup> Advies van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts van 15 juni 2010, delen I en II.

<sup>(133)</sup> Zie de beschrijving van RIM op: <http://test.isb.rlp.de/de/die-isb/beteiligungen/rheinland-pfaelzische-gesellschaft-fuer-immobilien-und-projektmanagement/>

<sup>(134)</sup> Arrest van 24 maart 2011, gevoegde zaken T-443/08 en T-455/08, Freistaat Sachsen e.a./Commissie en Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle/Commissie, Jurispr. 2011, blz. II-1311, in hogere voorziening bevestigd bij arrest 19 december 2012, zaak C-288/11 P, Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig/Halle GmbH/Commissie, ECLI:EU:C:2012:821.

<sup>(135)</sup> Steunmaatregel C 53/2002 Space Park Development.

<sup>(136)</sup> Steunmaatregel SA.35440 Arena Jena. Zie, met betrekking tot profsportinfrastructuur, steunmaatregel SA.31722 Hungarian tax benefit scheme. Zie, met betrekking tot voor het brede publiek bestemde sportcentra die entreegeld heffen, SA.33952 Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins.

<sup>(137)</sup> Steunmaatregel SA.33618 Uppsala arena; steunmaatregel SA.35135 Arena Erfurt; steunmaatregel SA.35440 Arena Jena.

<sup>(138)</sup> Steunmaatregel N 118/2000 — Frankrijk — Subsidies van de overheid voor professionele sportclubs.

worden gehouden, volstaat niet om voor de financiering ervan een uitzondering te maken op de toepassing van de staatssteunvoorschriften. De Commissie concludeert derhalve dat formule 1- en andere motorsportevenementen een economische activiteit inhouden.

- (176) De bevordering van toerisme, conditionering, de bouw van onroerend goed, bedrijfsvoering en de handel in auto's of motorfietsen moeten eveneens als economische activiteiten worden beschouwd.

#### c) **Selectiviteit**

- (177) De Commissie is van oordeel dat de maatregelen op het niveau van de exploitanten (NG in het geval van de maatregelen 1, 3, 8, 9, 13, 14, 16, 18 en 19; EWN, FSZ, MAN, TTI, BWN, BWNB en Camp4Fun in het geval van maatregel 2; MSR in het geval van de maatregelen 4, 5, 8, 9, 11, 12, 18 en 19; CST in het geval van maatregel 5; MIB in het geval van maatregel 7; CMHN in het geval van de maatregelen 8, 9, 18 en 19; NAG in het geval van de maatregelen 10 en 17; Mediinvest, Geisler & Trimmel en Weber in het geval van maatregel 15) een selectief karakter hebben, aangezien zij deze exploitanten een voordeel verschaffen. Verder werden de opdrachten voor de bouw en de exploitatie van de infrastructuur niet op transparante, niet-discriminerende wijze en met inachtneming van de aanbestedingsregels gegund. Op het niveau van de gebruikers zijn de maatregelen echter niet selectief, omdat amateursportclubs en het brede publiek op transparante en niet-discriminerende wijze toegang wordt geboden tot de faciliteiten.

#### d) **Concurrentievervalsing en beïnvloeding van het handelsverkeer**

- (178) De maatregelen 1 tot en met 19 doen concurrentievervalsing ontstaan op de markten voor de exploitatie van racecircuit, offroad-parken, pretparken, horecabedrijven, centra voor rijveiligheid, rijtscholen, multifunctionele hallen en betaalkaartsystemen en op de markten voor de bevordering van toerisme, conditionering, de bouw van onroerend goed, bedrijfsvoering en de handel in auto's en motorfietsen, aangezien de voor de infrastructuur op de Nürburgring en de formule 1-evenementen verleende steun het gebruik van deze infrastructuur bevordert. De organisatie van formule 1- en andere motorsportevenementen draagt ertoe bij dat bezoekers op de Nürburgring afkomen.
- (179) Door de betrokken maatregelen werd NG, MSR en CMHN de mogelijkheid geboden hun bedrijfsactiviteiten voort te zetten, zodat zij in tegenstelling tot concurrenten die in financiële moeilijkheden verkeerden, niet met de gevolgen werden geconfronteerd die normaliter aan slechte financiële resultaten zijn verbonden. Hierdoor wordt de concurrentie verstoord, voor zover andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn, de voortzetting van hun activiteiten zonder staatssteun moeten zien te waarborgen.
- (180) Met betrekking tot de gevolgen van de steun voor het handelsverkeer tussen de lidstaten zij erop gewezen dat de Nürburgring met de daar gehouden formule 1-evenementen en de racecompetitie Deutsche Tourenwagen Meisterschaft (DTM) in concurrentie staat met andere circuits in de Unie die topwedstrijden organiseren, terwijl niet kan worden uitgesloten dat het pretpark bij de Nürburgring ook bezoekers uit België aantrekt (de Nürburgring ligt op ongeveer 50 km van de Belgische grens). In dit verband zij eraan herinnerd dat een klacht is ingediend door de exploitant van het concurrerende pretpark Eifelpark (zie overweging 2). Bovendien valt niet uit te sluiten dat de staatssteun gevolgen heeft voor het handelsverkeer tussen de lidstaten op het gebied van offroad-parken, horecabedrijven, centra voor rijveiligheid, rijtscholen, multifunctionele hallen en betaalkaartsystemen alsook op het gebied van de bevordering van toerisme, conditionering, de bouw van onroerend goed, bedrijfsvoering en de handel in auto's en motorfietsen.

#### e) **Voordeel**

- (181) Om na te gaan of een handelstransactie tussen een overheidsinstantie en een onderneming staatssteun vormt, moet volgens de vaste praktijk van de Commissie, welke door de rechtspraak is bevestigd, het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie worden toegepast<sup>(139)</sup>. Volgens dit beginsel moet de Staat, wanneer hij als ondernemer actief is op de markt, zich als een particuliere marktdeelnemer gedragen. Anders kan er sprake zijn van staatssteun. Met het oog op de beoordeling of er sprake is van staatssteun, is op grond van het

<sup>(139)</sup> Zie bijv. arrest van 21 maart 1991, zaak C-305/89, Italië/Commissie („Alfa Romeo”), Jurispr. 1991, blz. I-1603, punten 18 en 19; arrest van 30 april 1998, zaak T-16/96, Cityflyer Express/Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-757, punt 51; arrest van 21 januari 1999, gevoegde zaken T-129/95, T-2/96 en T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke en Lech-Stahlwerke/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-17, punt 104; arrest van 28 februari 2012, gevoegde zaken T-268/08 en T-281/08, Land Burgenland en Oostenrijk/Commissie, ECLI:EU:T:2012:90, punt 48.

beginsel van een investeerder in een markteconomie de vraag bepalend of een particuliere marktdeelnemer in een vergelijkbare situatie op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. In het licht van dit beginsel zijn subsidiemaatregelen alleen toegestaan voor zover zij om zuiver economische redenen worden genomen. Zoals in de desbetreffende rechtspraak is vastgesteld, kunnen steunmaatregelen van de overheid niet op zichzelf worden beschouwd, maar moeten zij in samenhang met andere subsidiemaatregelen worden beoordeeld <sup>(140)</sup>.

- (182) Bij de beoordeling van de vraag of aan de eigenaars respectievelijk de exploitanten (NG, MSR en CMHN tot en met 30 april 2010 en NAG van 1 mei 2010 tot en met 31 oktober 2012) een voordeel is verschaft, moet derhalve het criterium van een investeerder in een markteconomie worden toegepast. Allereerst valt te constateren dat de maatregelen 1 tot en met 19 geen transacties op voet van gelijkheid (*pari passu*) vormen <sup>(141)</sup>, aangezien Duitsland geen particuliere investeerder had weten te vinden die bereid was om tegen vergelijkbare voorwaarden investeringen te doen (bijvoorbeeld in onderdeel I van het project „Nürburgring 2009”). Weliswaar werden twee leningen door particuliere verstrekkers ter beschikking gesteld, maar de betrokken bedragen waren laag in verhouding tot de investeringen door de overheid, terwijl zij slechts voor onderdeel II van het project „Nürburgring 2009” (d.w.z. in hoofdzaak voor de hotels) <sup>(142)</sup> bestemd waren en niet aan NG of een andere ontvanger van steun, maar slechts aan CMHN en MSR werden verstrekt.

Tabel 14

#### Leningen van particuliere financiële instellingen aan CMHN/MSR

Financiële instelling	Jaar	Ontvanger	Bedrag (in miljoen EUR)	Rentepercentage	Zekerheden (in miljoen EUR)
Bank für Tirol und Vorarlberg	2008	CMHN	[...]	[...] % + [...] % vergoeding	[...] (hypotheek) Verpanding van MSR-aandelen
Kreissparkasse Ahrweiler	2010	MSR	[...]	[...] %	

- (183) In elk geval erkent Duitsland dat ook voor onderdeel II van het project geen particuliere investeerder voor de lange termijn werd gevonden.
- (184) Bovendien zij gewezen op de ondernemingsplannen voor het project „Nürburgring 2009” en voor NG voor de periode 2006-2010, die de Commissie zijn toegestuurd.

Tabel 15

#### Ondernemingsplannen project „Nürburgring 2009” (in miljoen EUR)

Betrokken onderneming/activiteit	Datum	Kosten	Omzet (2009-2020)	Winst voor belastingen (2009-2020)
Project „Nürburgring 2009”	12/2005	113 (*)	281	22
Project „Nürburgring 2009”	3/2006	113 (*)	181	- 59
Project „Nürburgring 2009”	3/2006	113 (*)	281	22
Project „Nürburgring 2009”	8/2006	113 (*)	281	22

<sup>(140)</sup> Arrest van 19 maart 2013, gevoegde zaken C-399/10 P en C-401/10 P, Bouygues SA en Bouygues Télécom SA/Commissie, ECLI:EU:C:2013:175; arrest van 15 september 1998, zaak T-11/95, BP Chemicals/Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-3235, punt 171.

<sup>(141)</sup> Een transactie op voet van gelijkheid (*pari passu*) is een transactie die door overheidsinstanties en particuliere marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, tegen dezelfde voorwaarden (en dus met even grote risico's en rendementen) wordt uitgevoerd.

<sup>(142)</sup> De leningen die MSR zijn verstrekt door haar minderheidsaandeelhouders (Geisler & Trimmel: [...] miljoen EUR; Weber: [...] miljoen EUR; zonder zekerheden en tegen een rente van [...] %), zijn niet relevant aangezien deze ondernemingen de aanleg van de infrastructurele faciliteiten uitvoerden en als betrokkenen met een eigen belang bij het project niet in aanmerking kunnen worden genomen.

Betrokken onderneming/activiteit	Datum	Kosten	Omzet (2009-2020)	Winst voor belastingen (2009-2020)
Project „Nürburgring 2009”	11/2007	135	279	45
Project „Nürburgring 2009”	12/2008	140	283	40
Project „Nürburgring 2009”	3/2009	159	287	28
Project „Nürburgring 2009”	8/2009	195	331 (**)	67 (**)
Project „Nürburgring 2009”	10/2009	200	260 (**)	– 17 (**)
Project „Nürburgring 2009”	12/2009	200	254 (**)	– 35 (**)
NG, MSR, CMHN (geconsolideerd) (***)	7/2010	—	283	– 769 (****)
NG, MSR, CMHN (geconsolideerd) (***)	9/2010	—	283	– 269 (****)
NG, MSR, CMHN (geconsolideerd) (***)	9/2010	—	—	59 (****)

(\*) Het project was getiteld „Erlebnisregion Nürburgring” en omvatte tevens een hotel.

(\*\*) Basisscenario (geen worst- of bestcasescenario).

(\*\*\*) Resultaten voor de periode 2010-2030.

(\*\*\*\*) Worstcasescenario.

- (185) Uit tabel 15 blijkt duidelijk dat de geraamde kosten in de fase van de voorbereiding van het project „Nürburgring 2009” continu stegen, terwijl het resultaat vóór belastingen duidelijk daalde, van een winst van 22 miljoen EUR in het plan van december 2005 naar een verlies van 35 miljoen EUR in het plan van december 2009. Een particuliere investeerder had een dergelijke drastische stijging van de kosten en een dergelijke aanzienlijke daling van de winst in de voorbereidingsfase van het project tussen december 2005 en december 2009 niet aanvaard (volgens de beschikbare gegevens werd de financiering voor de geplande bouwprojecten hoofdzakelijk in de periode mei 2008 tot juni 2010 verstrekt).
- (186) In elk geval heeft de Commissie bij de beoordeling van de betrokken ondernemingsplannen in het kader van de toepassing van het beginsel van de investeerder in een markteconomie de volgende feiten vastgesteld:
- De maatregelen 1, 2 en 3 werden gedeeltelijk reeds vóór de opstelling van het ondernemingsplan van december 2005 uitgevoerd. Daarom is het uitgesloten dat deze maatregelen op basis van het betrokken ondernemingsplan zijn genomen.
  - Daarnaast werden de maatregelen 2 en 3 gelijktijdig met de opstelling van het eerste ondernemingsplan (december 2005) uitgevoerd. In dit verband constateert de Commissie dat deze maatregelen werden genomen in het kader van een doorlopende subsidiëring door de overheid die reeds eerder was begonnen (in 2002 of daarvoor), en wel zonder enige particuliere bijdrage en ten gunste van een onderneming met een almaar verslechterende financiële situatie. Daarom kunnen de betrokken onderdelen van de maatregelen 2 en 3 niet los worden gezien van de eerdere maatregelen (onderdelen van de maatregelen 1, 2 en 3). De betrokken onderdelen van de maatregelen 2 en 3 vormen eerder een voortzetting daarvan en moeten dus worden beschouwd als maatregelen waarmee verdere voordelen werden verschaft.
  - Onderdelen van de maatregelen 2 en 3 werden reeds uitgevoerd toen de eerste drie ondernemingsplannen van december 2005, maart 2006 en augustus 2006 beschikbaar waren. De Commissie stelt vast dat de in deze plannen geraamde bedragen van de toekomstige omzet en winst van NG, ondanks de aanzienlijke verslechtering van de werkelijke bedrijfsresultaten van NG tijdens de betrokken periode (negatief eigen vermogen, duidelijke stijging van de passiva, dalende omzet, jaarlijkse verliezen), ongewijzigd werden overgenomen in

latere plannen. Tegen deze achtergrond kunnen de betrokken ondernemingsplannen niet geacht worden realistisch en aanvaardbaar te zijn, aangezien zij ondanks de door de onderneming geboekte slechte resultaten dezelfde prognoses bleven bevatten.

- d) De eerste zes ondernemingsplannen (december 2005, maart 2006, augustus 2006, november 2007 en december 2008) hadden geen betrekking op de toekomstige operationele activiteiten van NG als geheel, maar slechts op onderdelen daarvan, aangezien het operationele segment formule 1 buiten beschouwing werd gelaten. Tegen deze achtergrond kunnen de betrokken ondernemingsplannen niet worden geacht een betrouwbare basis te vormen voor de beslissingen over de financiële ondersteuning van NG.
  - e) De ondernemingsplannen van maart 2009 tot december 2009 bevatten ook prognoses over het operationele segment formule 1. Voor dit operationele segment werden echter voor de gehele periode 2009-2020 verliezen voorspeld, met een omzet die constant op het niveau van vóór 2009 werd geraamd, wat erop duidt dat geen herstructurering voor het operationele segment formule 1 gepland was. De Commissie constateert eveneens dat in deze ondernemingsplannen geraamde inkomsten werden vermeld die duidelijk lager uitvielen dan in de voorafgaande ondernemingsplannen (7-9 miljoen EUR tegen 22-40 miljoen EUR). Deze feiten doen afbreuk aan de coherentie van het bedrijfsmodel dat in de ondernemingsplannen van maart 2009 tot december 2009 werd gepresenteerd.
  - f) In de beide ondernemingsplannen van juli 2010 en september 2010 werd in de worstcasescenario's tot 2030 op verliezen gerekend, d.w.z. dat er niet van werd uitgegaan dat de bedrijfsactiviteit winst zou opleveren.
  - g) In het plan van september 2010 werd voor de periode 2016-2030 winst verwacht, waarbij echter moet worden opgemerkt dat dit plan geen gevoeligheidsanalyse (d.w.z. gegevens voor het worstcasescenario) bevatten. In elk geval wordt de aanzienlijke verslechtering van de werkelijke bedrijfsresultaten van NG tijdens de betrokken periode (negatief eigen vermogen, aanzienlijke toename van de passiva, daling van de omzet, jaarlijkse verliezen) in dat plan genegeerd. In dit licht kan het betrokken ondernemingsplan niet worden geacht realistisch en aanvaardbaar te zijn, aangezien daarin de door de onderneming tot dat tijdstip geboekte slechte resultaten buiten beschouwing zijn gelaten.
- (187) Om deze redenen kan de Commissie er niet van uitgaan dat de verstrekking van overheidssubsidies aan de in moeilijkheden verkerende onderneming NG (zie punt 5.1) ter financiering van haar toenmalige (exploitatie van het circuit) of toekomstige bedrijfsactiviteiten (exploitatie van het circuit en van nieuwe hotels) op basis van de betrokken ondernemingsplannen als marktconforme maatregel kan worden beschouwd.
- (188) Met betrekking tot het beginsel van de investeerder in een markteconomie kan ten aanzien van de afzonderlijke maatregelen het volgende worden geconstateerd.

Maatregelen die het voorwerp waren van het besluit van 21 maart 2012

- (189) Met betrekking tot **maatregel 1** (beschikbaarstelling van kapitaal door de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler aan NG in de vorm van inbreng in de kapitaalreserve en kapitaalverhoging) stelt de Commissie vast dat de hierboven uiteengezette analyse van de overgelegde ondernemingsplannen van belang is. Geen enkele particuliere investeerder heeft in 2004 en de daaropvolgende jaren kapitaal ter beschikking gesteld aan NG. Het aan NG op 1 mei 2002 (2 179 000 EUR) en op 21 december 2004 (22 839 241 EUR) door de deelstaat verstrekte kapitaal en het op 31 augustus 2004 (4 887 000 EUR) en op 4. September 2007 (10 000 000 EUR) door de deelstaat en de Landkreis Ahrweiler verstrekte kapitaal moet daarom voor het volledige bedrag worden beschouwd als staatssteun.
- (190) Met betrekking tot **maatregel 2** (aandeelhoudersleningen door NG aan haar dochterondernemingen verstrekt vóór aanvang van het project „Nürburgring 2009”) stelt de Commissie op basis van de door Duitsland doorgegeven financiële kengetallen vast dat EWN, Camp4Fun en TTI jaarlijks verliezen leden en een negatief eigen vermogen hadden toen zij in het kader van maatregel 2 hun respectievelijke aandeel in de steun ontvingen (zie de tabellen 1 tot en met 4). Tegelijkertijd boekten BWN1, BWNB en BWN2, die in de periode 2004-2007 leningen hadden ontvangen, tijdens deze gehele periode elk jaar verliezen en hadden zij in 2005, 2006 en 2007 tevens een negatief eigen vermogen. Ten slotte boekte MAN zowel gecumuleerde als jaarlijkse verliezen toen die onderneming steun ontving in het kader van maatregel 2. Gelet op punt 11 van de richtsnoeren is de Commissie derhalve van mening dat deze ondernemingen ten tijde van maatregel 2 in moeilijkheden verkeerden. Daarentegen stelt de Commissie op basis van de door Duitsland meegedeeld financiële kengetallen vast dat FSZ niet in moeilijkheden verkeerde toen zij in het kader van maatregel 2 steun ontving, aangezien deze gegevens niet aantonen dat aan een van de onder punt 11 van de richtsnoeren vermelde criteria was voldaan. Met de verstrekking van leningen aan ondernemingen die in dusdanige moeilijkheden verkeerden dat zij ongeacht het rentepercentage geen enkele financiering van een particuliere investeerder zouden hebben verkregen — vooral gezien het feit dat zij tot een moederonderneming behoorden die zelf in ernstige financiële moeilijkheden verkeerde — werd deze ondernemingen een voordeel verschaft dat overeenkomt met het volledige bedrag van de leningen. De leningen van NG aan haar dochterondernemingen EWN (6 195 170,02 EUR), BWN/BWNB (3 760 000 EUR), Camp4Fun (450 000 EUR), MAN (100 000 EUR) en TTI (25 000 EUR) zijn daarom niet verenigbaar met het beginsel van een investeerder in een markteconomie. In dit verband zij erop gewezen dat de

aan MAN en TTI als lening verstrekte bedragen de de-minimisdrempel weliswaar niet overschrijden, maar dat Duitsland noch een beroep op Verordening (EG) nr. 1998/2006 <sup>(143)</sup> heeft gedaan, noch heeft aangetoond dat aan de vereisten daarvan was voldaan. Deze verordening kan echter bij terugvordering worden toegepast, voor zover Duitsland kan staven dat alle relevante voorwaarden zijn vervuld. Voorts stelt de Commissie vast dat FSZ door de aan haar verstrekte lening (646 738,12 EUR) geen voordeel heeft verkregen, gezien het toegepaste marktconforme rentetarief van 6 %, dat overeenkwam met het Duitse basistarief ten tijde van de verstrekking van de lening (5,06 % in april 2002, 4,8 % in maart 2003 en 5,19 % in maart 2008) <sup>(144)</sup>, vermeerderd met 100 basispunten vanwege de financiële situatie van FSZ, waarbij rekening is gehouden met het feit dat FSZ bij ontvangst van de lening geen van de in punt 11 van de richtsnoeren vermelde symptomen vertoonde <sup>(145)</sup>. De aan FSZ verstrekte leningen vormen daarom geen staatssteun.

- (191) Met betrekking tot **maatregel 3** (leningen door de deelstaat uit de liquiditeitspool verstrekt aan NG) heeft Duitsland niet aangetoond dat NG niet heeft geprofiteerd van de toegepaste rentetarieven, die lager waren dan die welke voor concurrerende ondernemingen golden. Bovendien is het zeer onwaarschijnlijk dat een onderneming die zich in soortgelijke financiële moeilijkheden bevindt als NG, op de markt financiële middelen zou kunnen aantrekken, ongeacht het verschuldigde rentetarief. Bovendien vinden de terugbetaling van de hoofdsom en de betaling van de rente pas op een later tijdstip plaats en was dat tijdstip niet bekend toen de maatregelen werden genomen. Daarom kan dit aspect niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of aan het beginsel van de investeerder in een markteconomie is voldaan. Bijgevolg werden de uit de liquiditeitspool gefinancierde maatregelen niet tegen marktvoorwaarden uitgevoerd. Met de verstrekking van leningen aan een onderneming die in dusdanige moeilijkheden verkeerde dat zij ongeacht het rentepercentage geen enkele financiering van een particuliere investeerder zou hebben kunnen krijgen, werd deze onderneming een voordeel verschafte dat overeenkomt met het volledige bedrag van de leningen. In totaal hielden de tussen 30 juni 2003 en 11 mei 2010 door de deelstaat aan NG verstrekte leningen (zie het overzicht van de leningen in tabel 5) staatssteun in ten belope van 399 805 370 EUR in.
- (192) Na een beoordeling op basis van het genoemde beginsel komt de Commissie met betrekking tot **maatregel 4** (lening van NG aan MSR) tot dezelfde conclusie: het is namelijk zeer onwaarschijnlijk dat een onderneming die ten tijde van de maatregel (december 2007) in soortgelijke financiële moeilijkheden verkeerde als MSR (zie tabel 12 en overweging 155) financiële middelen had kunnen aantrekken op de markt, ongeacht het toegepaste rentetarief. Met de verstrekking van een lening aan een onderneming die in dusdanige moeilijkheden verkeerde dat ongeacht het rentepercentage geen enkele particuliere investeerder bereid was geweest haar een financiering aan te bieden, werd deze onderneming een voordeel verschafte dat overeenkomt met het volledige bedrag van de leningen. Het voordeel dat MSR met de door NG op 27 december 2007 verstrekte lening van 300 000 EUR werd verschafte, bedraagt bijgevolg 300 000 EUR.
- (193) De door NG aan CST verleende steun (**maatregel 5**) is niet in overeenstemming met het beginsel van de investeerder in een markteconomie. De Commissie stelt namelijk op grond van de door Duitsland meegedeelde financiële kengetallen vast dat CST in de periode 2008-2011 elk jaar verlies leed en een negatief eigen vermogen had en bovendien in 2009 faillissement moest aanvragen. Overeenkomstig punt 11 van de richtsnoeren is de Commissie derhalve van oordeel dat CST in moeilijkheden verkeerde toen zij (in de jaren 2008 tot en met 2011 — zie tabel 6) in het kader van maatregel 5 leningen ontving. Met de verstrekking van leningen aan een onderneming die in dusdanige moeilijkheden verkeerde dat zij ongeacht het rentepercentage geen enkele financiering van een particuliere investeerder zou hebben verkregen — vooral gezien het feit dat CST tot een moederonderneming (NG) behoorde die zelf in ernstige financiële moeilijkheden verkeerde — werd deze onderneming een voordeel verschafte ten belope van het volledige bedrag van de leningen. Het voordeel dat CST door NG werd verschafte in de vorm van de tussen 27 augustus 2008 en 18 april 2011 verstrekte leningen van in totaal 11 032 060 EUR, komt bijgevolg overeen met het totale bedrag van de leningen.
- (194) In de garantie die NG op 23 december 2009 ten gunste van CST afgaf, zegde NG toe financiering te zullen verlenen ter nakoming van financiële verplichtingen waaraan CST zelf niet kon voldoen. Ter financiering van deze financiële verplichtingen zou NG aan CST leningen verstrekken tegen een rente van 6 %. De toezegging ging gepaard met de achterstelling van vorderingen van NG met betrekking tot de door haar op basis van de patronaatsverklaring van 23 december 2009 gefinancierde leningen, waarin was bepaald dat de desbetreffende vorderingen van NG op CST zouden worden achtergesteld bij de vorderingen van alle andere schuldeisers op CST. In dit verband is de Commissie van oordeel dat een schuldeiser in een markteconomie niet zou hebben toegezegd de niet afgeloste leningen te financieren van een onderneming die in ernstige moeilijkheden verkeerde, en geen achterstelling van vorderingen op een in ernstige moeilijkheden verkerende onderneming zou hebben aanvaard, aangezien een dergelijke maatregel feitelijk zou neerkomen op een verlies van de betrokken bedragen. Daarom houdt de patronaatsverklaring, die gepaard ging met de bedoelde toezegging inzake de financiering van niet afgeloste leningen en een achterstelling van de daaruit voortvloeiende vorderingen, volgens de Commissie een voordeel in. De Commissie is voorts van opvatting dat de patronaatsverklaring een verdere maatregel is die bovenop de leningen van 2008 en 2011 (zie overweging 182) is genomen, aangezien: a) de maatregel niet op

<sup>(143)</sup> Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun (PB L 379 van 28.12.2006, blz. 5).

<sup>(144)</sup> Zie [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/reference\\_rates.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html).

<sup>(145)</sup> Zie de mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (PB C 14 van 19.1.2008, blz. 6).



hetzelfde tijdstip werd genomen waarop deze leningen werden verstrekt; b) de overeenkomsten over de onderliggende leningen niet in die maatregel voorzagen of deze voorschreven, en c) de maatregel door NG naar eigen goeddunken is genomen om insolventie van CST af te wenden. De omvang van de maatregel komt overeen met het totale bedrag van de door NG op basis van de patronaatsverklaring van 23 december 2009 gefinancierde leningen, dat de Commissie echter niet bekend is.

- (195) De achterstelling van de vorderingen werd op 13 december 2010 door NG en CST overeengekomen en had volgens de desbetreffende overeenkomst betrekking op de tot 30 november 2010 verstrekte leningen ten belope van in totaal 10,4 miljoen EUR (d.w.z. de eerste 13 van de in totaal 15 leningen uit het overzicht in tabel 6). De achterstelling had tot gevolg dat de vorderingen van NG op CST waren achtergesteld bij de vorderingen van alle andere schuldeisers op CST. In dit verband is de Commissie van oordeel dat een schuldeiser in een markteconomie een dergelijke achterstelling van vorderingen op een in ernstige moeilijkheden verkerende onderneming niet had aanvaard, aangezien een dergelijke maatregel feitelijk zou neerkomen op een verlies van de betrokken bedragen. Daarom houdt de achterstelling volgens de Commissie een voordeel in. De Commissie is voorts van mening dat de achterstellingsverklaring van 2010 een maatregel is die bovenop de onderliggende leningen is genomen, aangezien: a) de achterstellingsverklaring niet op hetzelfde tijdstip werd afgegeven waarop deze leningen werden verstrekt; b) de overeenkomsten over de onderliggende leningen niet in de achterstelling voorzagen of deze voorschreven, en c) de achterstelling door NG naar eigen goeddunken is afgegeven om insolventie van CST af te wenden. De omvang van de maatregel komt overeen met het totale bedrag van de achtergestelde leningen en belooft dus 10,4 miljoen EUR.
- (196) Met betrekking tot de betalingen van NG aan IPC (**maatregel 6**) neemt de Commissie nota van de vaststelling van de rekenkamer van de deelstaat Rijnland-Palts dat een zorgvuldig handelende koopman de betrokken ondernemingen niet zou hebben uitgekozen voor het verrichten van diensten, en dat NG de vroegere activiteiten van deze ondernemingen niet met de nodige zorgvuldigheid heeft onderzocht om te beoordelen of zij over de vereiste bekwaamheid beschikten en of de door hen geboden voorwaarden voor de financiering van het project „Nürburgring 2009” realistisch waren <sup>(146)</sup>. In dit verband is de Commissie van oordeel dat de ondernemingen een voordeel is verschaft doordat IPC de opdracht kreeg om die bijzondere diensten te verlenen. De maatregel houdt daarom staatssteun in met een waarde die overeenkomt met het aan deze ondernemingen betaalde bedrag van in totaal 640 000 EUR.
- (197) Tevens meent de Commissie dat de lening van NG aan PNG van 3 miljoen EUR en de lening van PNG aan MSR van 2 941 000 EUR tezamen een maatregel vormen waarbij PNG uitsluitend als intermediair optrad en daarvoor een vergoeding van [...] EUR ontving. De begunstigde van de maatregel was de onderneming MSR, die de lening uiteindelijk op een tijdstip ontving waarop zij in dusdanige financiële moeilijkheden verkeerde dat zij op de markt geen financiering had kunnen krijgen. Met de verstrekking van een lening aan een onderneming die in dusdanige moeilijkheden verkeerde dat ongeacht het rentepercentage geen enkele particuliere investeerder bereid was geweest haar een financiering aan te bieden, werd deze onderneming een voordeel verschaft dat overeenkomt met het volledige bedrag van de leningen. Het voordeel dat MSR met de door NG op 15 oktober 2008 verstrekte lening werd verschaft, bedraagt bijgevolg 2 941 000 EUR.
- (198) In het kader van **maatregel 7** cedeerde MIB haar vorderingen op leningnemer CST aan NG, die in ruil daarvoor een hoofdsom vermeerderd met rente betaalde. Aangezien CST in moeilijkheden verkeerde (zie overweging 184), stelt de Commissie vast dat het niet waarschijnlijk was dat MIB haar vorderingen op CST zou kunnen innen. Daarom kwam deze maatregel ten goede aan MIB, die daardoor haar vorderingen kon innen, terwijl NG voor MIB in de plaats kwam als schuldeiser van een onderneming in moeilijkheden. Bij ontstentenis van een plan voor herstel van de levensvatbaarheid van CST, waarmee aannemelijk had kunnen worden gemaakt dat de onderneming weer winstgevend zou kunnen worden en haar schulden zou kunnen aflossen, is deze maatregel niet verenigbaar met het beginsel van een investeerder in een markteconomie. Het cederen van vorderingen van MIB ten belope van 1 476 830,88 EUR aan NG houdt derhalve steun in ten belope van de koopprijs van 1 476 830,88 EUR.
- (199) Met betrekking tot **maatregel 8** (lening van ISB aan NG, MSR en CMHN ten belope van 325 265 000 EUR) valt te constateren dat de ondernemingen mogelijk een voordeel ten belope van het leningbedrag is verschaft door het feit dat leningen zonder overeenkomstige garantie (maatregel 9) zijn verstrekt hoewel de ondernemingen in dusdanige moeilijkheden verkeerden dat zij, ongeacht het rentetarief, van geen enkele particuliere investeerder financiering hadden kunnen krijgen. In dit bijzondere geval bestaat de steun evenwel niet uit de lening (maatregel 8), maar slechts uit de afgegeven garantie (maatregel 9), daar de Commissie niet kan uitsluiten dat een particuliere schuldeiser op grond van die garantie van de deelstaat (maatregel 9) leningen tegen vergelijkbare voorwaarden aan NG, MSR en CMHN had kunnen verstrekken.
- (200) **Maatregel 9**, de garantie voor de ISB-lening over 325 265 000 EUR (maatregel 8), was niet verenigbaar met het beginsel van een investeerder in een markteconomie. Het gaat hierbij namelijk om een maatregel genomen door

<sup>(146)</sup> Zie het jaarverslag van de rekenkamer Rijnland-Palts, blz. 3 e.v. Het jaarverslag is beschikbaar op: <http://www.landtag.rlp.de/landtag/drucksachen/4741-15.pdf>

overheidsinstanties in het kader van regionaal beleid. Een particuliere investeerder zou niet bereid zijn geweest om maatregelen ten gunste van ondernemingen in moeilijkheden te nemen die in aanzienlijke mate afbreuk zouden doen aan zijn eigen financiële belangen. Voorts constateert de Commissie dat het regionaal beleid niet ten doel heeft ondernemingen in moeilijkheden weer levensvatbaar te maken. Daarnaast is de Commissie van mening dat niet is voldaan aan de in de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties <sup>(147)</sup> (hierna de „garantiemededeling” genoemd) vermelde voorwaarden op grond waarvan kan worden uitgesloten dat er sprake is van staatssteun. De begunstigden waren namelijk ondernemingen in moeilijkheden, de garantie bood een dekking van 100 % van de lening en er werd geen garantiepremie betaald voor de overname door de deelstaat van het wanbetalingsrisico met betrekking tot de gegarandeerde lening. Gezien de ernstige financiële moeilijkheden van de begunstigden (NG, MSR en CMHN) ten tijde van de afgifte van de betrokken garantie (zie de tabellen 11 tot en met 13) gaat de Commissie ervan uit dat geen schuldeiser in een markteconomie bereid was geweest om de begunstigden onder deze voorwaarden een garantie te verlenen. De Commissie heeft geen aanwijzingen dat er een beroep op de garantie is gedaan. Daarom houdt maatregel 9 naar mening van de Commissie staatssteun in. De door de garantie van de deelstaat aan NG, MSR en CMHN verleende steun komt overeen met de bedragen van de betrokken leningen (maatregel 8), d.w.z. 96 574 200 EUR en 113 590 800 EUR in het geval van NG, 92 000 000 EUR in het geval van MSR en 23 100 000 EUR in het geval van CMHN.

- (201) Met betrekking tot **maatregel 10** (verpachting van het Nürburgring-complex aan NAG) stelt de Commissie vast dat door middel van een inschrijvingsprocedure doorgaans kan worden uitgesloten dat aan de pachter een voordeel wordt verschaft. In het onderhavige geval werd echter geen inschrijvingsprocedure uitgevoerd om de exploitant van het gemoderniseerde Nürburgring-complex te selecteren. Desondanks lag de in de pachtovereenkomst vastgelegde minimale pachtsom, afgezien van de eerste drie pachtjaren (d.w.z. van 1 mei 2010 tot 30 april 2013), binnen de marges van de minimale en maximale waarden voor marktconforme jaarlijkse pachtprizen die in het taxatierapport van 29 september 2011 werden vastgesteld. De EBITDA-pachtprijs was met uitzondering van het twee pachtjaar zelf hoger dan de in het taxatierapport aangegeven maximale marktconforme jaarlijkse pachtprijs. De Commissie stelt derhalve vast dat de vanaf 1 mei 2013 geldende minimale pachtsom van 15 miljoen EUR volgens het taxatierapport van 29 september 2011 geacht kon worden marktconform te zijn, aangezien zij binnen de marges van de marktconforme pachtprizen lag, zodat NG daarmee geen selectief voordeel zou zijn verschaft. De pachtovereenkomst was echter in werkelijkheid slechts van kracht van 1 mei 2010 tot 31 oktober 2012. Tabel 16 geeft een overzicht van de in het advies en in de pachtovereenkomst vastgelegde minimale pachtprizen voor de eerste drie jaar.

Tabel 16

#### Minimale pachtprijs voor het Nürburgring-complex

	1.5.2010-30.4.2011	1.5.2011-30.4.2012	1.5.2012-30.4.2013
Taxatierapport	1,6 miljoen EUR	12 miljoen EUR	12,3 miljoen EUR
Pachtovereenkomst	0 EUR	5 miljoen EUR	11,5 miljoen EUR

Daarom is de Commissie van oordeel dat NAG door de in de periode 1 mei 2010 tot 31 oktober 2012 geëiste pachtprijs een voordeel heeft verkregen dat overeenkomt met het verschil tussen a) de pachtprijs die volgens het taxatierapport had moeten worden geëist, en b) de in de pachtovereenkomst vastgelegde pachtsom. De Commissie concludeert dat er sprake is van steun ten bedrage van 9 miljoen EUR, d.w.z. het verschil tussen de hierboven onder a) en b) bedoelde bedragen (voor het derde jaar wordt slechts de helft van het verschil aangerekend, daar de pachtovereenkomst op 31 oktober 2012, d.w.z. in het midden van het derde jaar werd beëindigd) <sup>(148)</sup>.

- (202) Met betrekking tot **maatregel 11** (leningen van RIM aan MSR met tussenkomst van Mediinvest en, in één geval, PNG) verklaart Duitsland zelf dat voor de financiering van onderdeel II van het project „Nürburgring 2009” geen particuliere investeerders konden worden gevonden. Bovendien blijkt uit het advies van de rekenkamer van Rijnland-Palts dat de potentiële investeerders het project als niet tegen marktvoorwaarden levensvatbaar hadden aangemerkt. Meerdere particuliere exploitanten waren niet bereid deel te nemen aan het project. Mogelijk is aan ondernemingen een voordeel ten belope van het leningbedrag verschaft door het feit dat leningen zonder overeenkomstige garantie (maatregel 12) zijn verstrekt hoewel de ondernemingen in dusdanige moeilijkheden verkeerden dat zij, ongeacht het rentetarief, van geen enkele particuliere investeerder financiering hadden kunnen krijgen. In dit bijzondere geval bestaat de steun evenwel niet in de leningen (maatregel 11), maar slechts in de

<sup>(147)</sup> PB C 155 van 20.6.2008, blz. 10.

<sup>(148)</sup> De steun bedraagt (in miljoen EUR):  $1,6 + 12 + (12,3/2) - [0 + 5 + (11,5/2)] = 9$ .

afgegeven garantie (maatregel 12), daar de Commissie niet kan uitsluiten dat een particuliere schuldeiser op grond van die garantie van de deelstaat (maatregel 12) leningen tegen vergelijkbare voorwaarden aan MSR had kunnen verstrekken. De Commissie stelt vast dat Mediinvest en PNG niet de eigenlijke ontvangers van de steun waren, maar slechts als intermediairs optraden om de leningen aan RIM en MSR door te geven. Met het verlenen van deze dienst behaalde bovendien alleen Mediinvest winst, die overeenkwam met een renteververschil van maximaal 4,3 % (tussen de door RIM ontvangen lening en de aan MSR verstrekte lening), terwijl PNG niet van een renteververschil profiteerde (voor de van Mediinvest ontvangen lening gold hetzelfde rentetarief als voor de aan MSR verstrekte lening). Daarnaast kan volgens de Commissie uit de in de overwegingen 32 tot en met 34 en in tabel 14 vermelde gegevens niet worden opgemaakt dat Mediinvest en PNG voor de door hen verleende diensten geen marktconforme rentetarieven in rekening hebben gebracht of dat de renteververschillen (maximaal 4,3 % in het geval van Mediinvest, 0 % in het geval van PNG) boven het marktniveau lagen. De Commissie is derhalve van oordeel dat Mediinvest en PNG niet als begunstigden van maatregel 11 kunnen worden beschouwd.

- (203) Met betrekking tot **maatregel 12** (garantieverklaring van de deelstaat voor ISB ten aanzien van de derdenbelangen van RIM in Mediinvest (maatregel 11)) is de Commissie van mening dat deze constructie het mogelijk moest maken om aan MSR de leningen van maatregel 11 te verstrekken. MSR verkeerde ten tijde van het verstrekken van de leningen in een zeer slechte financiële toestand. Geen enkele particuliere investeerder zou een garantie hebben afgegeven aan een onderneming in een dergelijke slechte financiële toestand. De Commissie heeft geen aanwijzingen dat op de garantie een beroep is gedaan. Daarom houdt maatregel 12 naar mening van de Commissie staatssteun in. De hoogte van de door middel van de garantie van de deelstaat aan MSR verleende steun komt overeen met het totale bedrag van de betrokken leningen (maatregel 11) en bedraagt dus 85 484 000 EUR.
- (204) Met betrekking tot **maatregel 13** (terbeschikkingstelling door de deelstaat aan NG van inkomsten uit een casinoheffing met het oog op bevordering van het toerisme) is de Commissie van oordeel dat het hierbij om een maatregel gaat die door overheidsinstanties in het kader van toerismebeleid is genomen. Een particuliere investeerder zou niet bereid zijn geweest om maatregelen ten gunste van ondernemingen in moeilijkheden te nemen die in aanzienlijke mate afbreuk zouden doen aan zijn eigen financiële belangen. Voorts constateert de Commissie dat het toerismebeleid niet ten doel heeft ondernemingen in moeilijkheden weer levensvatbaar te maken. Gezien de slechte financiële toestand van NG is de Commissie de opvatting toegedaan dat NG een voordeel is verschaft dat overeenkomt met het volledige bedrag van de betrokken maatregelen. De door de deelstaat aan NG ter beschikking gestelde inkomsten uit de casinoheffing ten belope van 1,6 miljoen EUR in 2009 en van jaarlijks 3,2 miljoen EUR in 2010 en 2011 vormen als geheel steun ten gunste van NG.
- (205) De opmerkingen met betrekking tot maatregel 13 in verband met het toerismebeleid gelden ook voor **maatregel 14** (leningen van de deelstaat en achterstelling van vorderingen). Met de verstrekking van een lening aan een onderneming die in dusdanige moeilijkheden verkeerde dat ongeacht het rentepercentage geen enkele particuliere investeerder bereid was geweest haar een financiering aan te bieden, werd deze onderneming bovendien een voordeel verschaft dat overeenkomt met het totale bedrag van de leningen. De leningen ten bedrage van 20 miljoen EUR van 21 augustus 2007, 10 miljoen EUR van 22 december 2009, 4,65 miljoen EUR van 28 december 2010 en 3,2 miljoen EUR van 26 april 2011 alsook een verdere, door de deelstaat aan NG verstrekte lening van 4,95 miljoen EUR van 9 december 2011, vormen daarom steun ten belope van het totale bedrag van de leningen.
- (206) Ten gevolge van de achterstellingsverklaring die de deelstaat op 29 augustus 2007 met betrekking tot de genoemde lening van 20 miljoen EUR heeft afgegeven om insolventie van NG af te wenden, worden de vorderingen van de deelstaat op NG achtergesteld bij alle vorderingen van alle andere schuldeisers op NG. Tegen deze achtergrond vormt deze achterstellingsverklaring (onderdeel van maatregel 14) volgens de Commissie een bijkomend voordeel, bovenop de lening van 20 miljoen EUR in het kader van maatregel 14, daar de kans dat de deelstaat zijn vorderingen op NG zou kunnen innen door deze achterstelling aanzienlijk is beperkt. De omvang van de steunmaatregel komt overeen met het bedrag van de achtergestelde lening, aangezien de achterstelling NG de mogelijkheid gaf zich te onttrekken aan de terugbetaling van de lening van 20 miljoen EUR.
- (207) Met betrekking tot **maatregel 15** (overname van de aandelen in MSR door NG en RIM) zij opgemerkt dat MSR ten tijde van de maatregel in moeilijkheden verkeerde, d.w.z. verliesgevend was. Dit betekent dat de in het kader van haar bedrijfsactiviteiten ten gunste van haar aandeelhouders gegenereerde bedrag negatief was. Daardoor hadden de negatieve bedrijfsresultaten van MSR een negatieve waarde van de afzonderlijke deelnemingen tot gevolg. Anders gezegd: een potentiële investeerder had eigenlijk recht op een bedrag ten belope van de verliezen die MSR met haar bedrijfsactiviteiten genereerde en die hun weerslag vonden in de waarde van de deelnemingen. Met de overname van MSR hebben NG en RIM duidelijk beoogd de onderneming te steunen. De overgang van de eigendom van MSR als zodanig houdt echter geen steun aan MSR in. In plaats daarvan kan het zijn dat de maatregelen die in aansluiting op de overname zijn genomen (bijvoorbeeld de door NG aan MSR verstrekte lening) steun ten gunste van MSR vormen. Op grond van de vennootschapsvorm van MSR zijn de vennoten niet aansprakelijk voor de verplichtingen van de onderneming. Bij de verkoop van MSR door de vroegere eigenaars aan NG en RIM ontvingen de verkopers slechts een met de koopprijs overeenkomende symbolische som van 3 EUR. De Commissie is derhalve van oordeel dat de prijs van 1 EUR per deelneming die aan de verkopers van de aandelen in MSR, d.w.z. aan Mediinvest, Geisler & Trimmel en Weber is betaald, geen economisch voordeel inhoudt.

- (208) **Maatregel 16** omvat een aandeelhouderslening en een subsidie van de deelstaat aan NG voor formule 1-race-evenementen. De deelstaat heeft aan NG tussen 2003 en 2007 bedragen van 24 978 808 EUR en in 2009 een bedrag van 15 426 562 EUR ter beschikking gesteld (maatregel 3). Ter herfinanciering van deze bedragen verstrekte de deelstaat in 2011 een renteloze lening van 40 405 000 EUR aan NG. Voorts ontving NG in juli 2011 een subsidie van 13,5 miljoen EUR uit de begroting van de deelstaat. Het ligt voor de hand dat NG met deze overheidsmiddelen een voordeel is verschaft, aangezien NG van lasten werd bevrijd die zij anders zelf had moeten dragen. De lening is niet verenigbaar met het beginsel van de investeerder in een markteconomie. Met de verstreking van een lening aan een onderneming die in dusdanige moeilijkheden verkeerde dat ongeacht het rentepercentage geen enkele particuliere investeerder bereid was geweest haar een financiering aan te bieden, werd deze onderneming een voordeel verschaft dat overeenkomt met het volledige bedrag van de leningen. Het voordeel dat NG met de door de deelstaat op 11 januari 2011 verstrekte lening van 40 405 000 EUR werd verschaft, bedraagt bijgevolg 40 405 000 EUR. Het voordeel dat de deelstaat NG in juli 2011 heeft verschaft met zijn subsidie van 13,5 miljoen EUR, bedraagt 13,5 miljoen EUR.
- (209) Met betrekking tot de concessieovereenkomst voor formule 1 (**maatregel 17**) voerde Duitsland aan dat de organisatie van formule 1-evenementen overeenkomstig de regelgeving inzake diensten van algemeen economisch belang (DAEB's) een met de interne markt verenigbare steunmaatregel vormt. Duitsland betoogt echter niet dat de maatregel een compensatiemaatregel zonder steunelementen is die aan alle criteria van het Altmark-arrest voldoet. Ten slotte heeft Duitsland niet aan de hand van een taxatierapport of een marktstudie aangetoond dat de hoogte van de concessievergoeding marktconform was of dat de concessie op basis van een aanbestedingsprocedure is verleend. Bij gebrek aan bewijsstukken ter staving van het marktconforme karakter van de maatregel is de Commissie van mening dat NAG door de concessieovereenkomst een voordeel is verschaft. In het geval van deze maatregel is het steunbedrag in beginsel gelijk aan het verschil tussen de concessievergoeding en de marktwaarde van de concessie. Aangezien volgens Duitsland geen betalingen in het kader van de overeenkomst zijn gedaan, is de daarin besloten staatssteun niet ten uitvoer gelegd en kan geen steunbedrag worden vastgesteld.

#### Maatregelen die het voorwerp waren van het besluit van 7 augustus 2012

- (210) In tegenstelling tot Duitsland is de Commissie van oordeel dat de verlening van uitstel van betaling van verschuldigde rente (**maatregel 18**) niet in overeenstemming is met het beginsel van de investeerder in een markteconomie, zodat die maatregel met name in het licht van de financiële situatie van NG, MSR en CMHN een economisch voordeel inhoudt. Zoals hierboven uiteengezet, verkeerden NG, MSR en CMHN namelijk in een zeer slechte financiële situatie toen de maatregel werd genomen. Doordat uitstel van betaling van verschuldigde rente werd verleend aan een onderneming die in dusdanige moeilijkheden verkeerde dat ongeacht het rentepercentage geen enkele particuliere investeerder bereid was geweest haar een financiering aan te bieden, werd deze onderneming een voordeel verschaft dat overeenkomt met het nog af te lossen bedrag van de herschikte schuld. Het door ISB op 15 mei 2012 verleende uitstel van betaling voor een bedrag van 1,473 miljoen EUR in het geval van NG, van 1,205 miljoen EUR in het geval van MSR en van 303 000 EUR in het geval van CMHN houdt derhalve steun in ten belope van het nog af te lossen bedrag van de herschikte schuld.
- (211) Met betrekking tot de door de deelstaat afgegeven vrijstellings- en achterstellingverklaring (**maatregel 19**) constateert de Commissie het volgende: a) De overheidsgarantie met betrekking tot vorderingen tot een bedrag van maximaal 254 miljoen EUR (voor een lening van 325 265 000 EUR) werd in 2012 door de deelstaat afgegeven om insolventie van NG, MSR en CMHN, die op dat tijdstip in ernstige moeilijkheden verkeerden, af te wenden. Tegen deze achtergrond is de Commissie van oordeel dat de maatregel niet voldeed aan de voorwaarden van de garantiemededeling, zodat de begunstigten hiermee een voordeel is verschaft en er sprake is van staatssteun. b) De achterstellingsverklaring van de deelstaat van 2012 met betrekking tot zijn uit de genoemde vrijstellingsverklaring voortvloeiende vorderingen had tot gevolg dat de vorderingen van de deelstaat werden achtergesteld bij de vorderingen van alle schuldeisers op NG, MSR en CMHN. In dit verband is de Commissie van oordeel dat een schuldeiser in een markteconomie een dergelijke achterstelling van vorderingen op in ernstige moeilijkheden verkerende ondernemingen niet had aanvaard, aangezien een dergelijke maatregel feitelijk zou neerkomen op een verlies van de betrokken bedragen. Daarom houdt de achterstelling volgens de Commissie een voordeel in. De Commissie is voorts van mening dat de vrijstellings- en achterstellingsverklaring van 2012 een bijkomende maatregel vormt die bovenop de in 2010 afgegeven garantie is genomen. De vrijstelling en de achterstelling van 2012 waren namelijk bij de garantie van 2010 noch als optie noch als verplichting vastgelegd, maar waren een maatregel die door de instanties naar eigen goeddunken werd genomen om insolventie van NG, MSR en CMHN af te wenden. De omvang van de steunmaatregel komt overeen met het bedrag van de door de vrijstellings- en achterstellingsverklaring van 2012 gedekte schulden ten bedrage van 254 miljoen EUR.
- (212) De genoemde maatregelen hadden naar mening van de Commissie betrekking op de exploitatie van een complex dat geen deel uitmaakt van de algemene infrastructuur en werden genomen zonder dat daaraan de verwachting was verbonden dat de bijdrage van de deelstaat een marktconforme rente zou opleveren. Daarom is er sprake van staatssteun voor de aanleg en de exploitatie van de genoemde faciliteiten die ten goede komt aan de exploitanten, d.w.z. met name NG.

- (213) De Commissie is verder van opvatting dat de staatssteun bestaat uit het verschil tussen een passende marktprijs voor de lening respectievelijk de garantie en de daadwerkelijk voor de maatregel betaalde prijs; aangezien de begunstigden van de steun in dusdanig ernstige moeilijkheden verkeerden dat zij op de markt geen financiering hadden kunnen krijgen, komt het verschafte voordeel overeen met het totale bedrag dat met de maatregelen gemoeid was.

**f) Conclusie ten aanzien van de vraag of er sprake is van staatssteun**

- (214) Om bovenstaande redenen komt de Commissie tot de conclusie dat een deel van maatregel 2 (leningen van NG aan FSZ) en de maatregelen 8, 11 en 15 geen staatssteun vormen, terwijl maatregel 1, een deel van maatregel 2 (leningen van NG aan EWN, MAN, TTI, Camp4Fun, BWNI, BWNB en BWN2) evenals de maatregelen 3 tot en met 7, 9, 10, 12, 13, 14 en 16 tot en met 19 staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

5.3. ONRECHTMATIGE STEUN

- (215) Maatregel 1, een deel van maatregel 2 (leningen van NG aan EWN, MAN, TTI, Camp4Fun, BWN1, BWNB en BWN2) en de maatregelen 3 tot en met 7, 9, 10, 12, 13, 14 en 16 tot en met 19 zijn onder schending van de aanmeldingsplicht en in strijd met de stand-stillclausule van artikel 108, lid 3, VWEU genomen. De Commissie beschouwt deze maatregelen bijgevolg als onrechtmatige staatssteun.

5.4. VERENIGBAARHEID VAN DE STEUN MET DE INTERNE MARKT

- (216) Wanneer bepaalde maatregelen staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU moet aan de hand van de afwijkingen van de leden 2 en 3 van dat artikel worden onderzocht of die maatregelen verenigbaar zijn met de interne markt.
- (217) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is het aan de lidstaten om mogelijke redenen voor de verenigbaarheid van de steun met de interne markt aan te voeren en aan te tonen dat aan de desbetreffende voorwaarden is voldaan <sup>(149)</sup>.
- (218) Aangezien de bedoelde maatregelen staatssteun vormen en NG, MSR en CMHN sinds 2002, 2007 respectievelijk 2008 ondernemingen in moeilijkheden waren, stelt de Commissie vast dat de betrokken maatregelen alleen aan artikel 107, lid 3, onder c), VWEU en met name aan de richtsnoeren dienen te worden getoetst op hun verenigbaarheid met de interne markt. Overeenkomstig punt 20 van de richtsnoeren kan een onderneming in moeilijkheden „niet worden beschouwd als een passend instrument om aan de verwezenlijking van andere beleidsdoelstellingen van de overheid bij te dragen, zolang haar levensvatbaarheid niet is verzekerd. Daarom is de Commissie van mening dat, enkel wanneer aan de in de onderhavige richtsnoeren uiteengezette voorwaarden is voldaan, steun aan ondernemingen in moeilijkheden kan bijdragen tot de ontwikkeling van de economische bedrijvigheid zonder het handelsverkeer zodanig te veranderen dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.” Anders dan Duitsland stelt, is de afwijking van artikel 107, lid 2, VWEU in het onderhavige geval niet van toepassing, omdat de gesteunde diensten geen diensten van algemeen economisch belang zijn, maar economische activiteiten die worden verricht in aan mededinging onderhevige sectoren van de economie. Evenmin is de afwijking van artikel 107, lid 3, onder b), VWEU in de onderhavige steunzaak van toepassing, aangezien het door de onderzochte maatregelen gesteunde project en de gesteunde ondernemingen niet als belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang kunnen worden beschouwd en de economie van Duitsland niet ernstig was verstoord. De afwijking van artikel 107, lid 3, onder d), VWEU is evenmin van toepassing, daar de gesubsidieerde activiteiten kennelijk noch op de bevordering van de cultuur noch op de instandhouding van het culturele erfgoed zijn gericht.
- (219) In het onderhavige geval is niet voldaan aan de toepasselijke voorwaarden van de punten 3.1 en 3.2 van de richtsnoeren. De maatregelen zijn namelijk niet na zes maanden stopgezet en Duitsland heeft geen herstructureringsplan als bedoeld in de richtsnoeren ingediend. Bovendien is niet aangetoond dat de steun tot het strikt noodzakelijke minimum was beperkt, met name door een belangrijke eigen bijdrage van de begunstigde ondernemingen. Evenmin hebben de overheidsinstanties een liquiditeitsplan overgelegd.
- (220) De Commissie ziet geen andere mogelijke redenen op grond waarvan de steunmaatregelen verenigbaar zouden kunnen worden geacht met de interne markt <sup>(150)</sup>. In het onderhavige geval verkeerden de begunstigde ondernemingen in moeilijkheden toen de maatregelen werden genomen, zodat alleen de richtsnoeren van toepassing zijn als grondslag voor de beoordeling of die maatregelen verenigbaar zijn met de interne markt.

<sup>(149)</sup> Arrest van 28 april 1993, zaak C-364/90, Italië/Commissie, Jurispr. 1993, blz. I-2097, punt 20.

<sup>(150)</sup> In dit verband dient te worden opgemerkt dat de Landkreis Ahrweiler niet als steungebied op de regionale-steunkaart 2007-2013 is aangegeven.

- (221) Om deze redenen acht de Commissie maatregel 1, een deel van maatregel 2 (leningen van NG aan EWN, MAN, TTI, Camp4Fun, BWN1, BWNB en BWN2) alsook de maatregelen 3 tot en met 7, 9, 10, 12, 13, 14 en 16 tot en met 19 onverenigbaar met het bepaalde in het VWEU.

#### 5.5. TERUGVORDERING

- (222) Overeenkomstig het VWEU en de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is de Commissie, wanneer zij een met de interne markt onverenigbare steunmaatregel vaststelt, bevoegd te beslissen dat de betrokken lidstaat die maatregel moet intrekken of wijzigen <sup>(151)</sup>. Verder heeft het Hof steeds gesteld dat de verplichting voor een lidstaat om steun in te trekken die door de Europese Commissie als onverenigbaar met de interne markt wordt beschouwd, bedoeld is om de toestand die op de markt bestond voordat de steun werd verleend, te herstellen <sup>(152)</sup>. In dit verband heeft het Hof bepaald dat dit doel is bereikt zodra de begunstigde de door hem ontvangen onrechtmatige steunbedragen heeft terugbetaald. Door deze terugbetaling verliest de begunstigde immers het voordeel dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld <sup>(153)</sup>.
- (223) In overeenstemming met de rechtspraak is in artikel 14, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad <sup>(154)</sup> het volgende bepaald: „Indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen [...]”
- (224) Aangezien de betrokken maatregelen in strijd met artikel 108 VWEU niet bij de Commissie zijn aangemeld en daarom onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun vormen, moet de steun worden teruggevorderd om de toestand die op de markt bestond voordat de steun werd verleend, te herstellen. De terugvordering dient de periode te bestrijken vanaf de datum waarop de begunstigde het voordeel heeft verkregen, d.w.z. waarop de steun hem ter beschikking werd gesteld, tot de datum waarop de steun daadwerkelijk is terugbetaald; de teruggevorderde bedragen worden vermeerderd met de tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling verschuldigde rente.
- (225) De Commissie constateert dat aan bepaalde begunstigten (NG, MSR, CMHN, CST <sup>(155)</sup> en IPC) surseance van betaling is verleend <sup>(156)</sup>. Volgens de vaste rechtspraak doet de omstandigheid dat een begunstigde insolvent is of onderworpen is aan een faillissementsprocedure niet af aan zijn verplichting tot terugbetaling van onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun <sup>(157)</sup>. Tegelijkertijd is het in de meeste gevallen niet mogelijk om van insolvente begunstigten de onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun volledig (met inbegrip van rente) te innen, daar het vermogen van de begunstigde veelal niet volstaat om de schuldeisers te voldoen. Derhalve kan de toestand die bestond voordat de steun werd verleend, niet op de gebruikelijke wijze worden hersteld. Aangezien met de terugvordering van steun uiteindelijk wordt beoogd de door de verlening ervan ontstane concurrentievervalsing te beëindigen, heeft het Hof bepaald dat in dit soort gevallen de liquidatie van de begunstigde als een aanvaardbare optie voor terugvordering kan worden beschouwd <sup>(158)</sup>. Een besluit waarbij een lidstaat wordt opgedragen onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun van een insolvente begunstigde terug te vorderen, wordt daarom volgens de Commissie geacht naar behoren ten uitvoer te zijn gelegd wanneer het volledige steunbedrag is terugbetaald of wanneer, in het geval van een gedeeltelijke terugbetaling, de vordering inzake terugbetaling van de steun is ingeschreven op de lijst van schuldvorderingen, de onderneming wordt vereffend en haar activa tegen marktvoorwaarden worden verkocht, en haar bedrijfsactiviteiten dus definitief worden beëindigd. In het algemeen moet worden gewaarborgd dat geen marktdeelnemer na het verdwijnen van de begunstigde van onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun profiteert.
- (226) De terugvordering heeft ook betrekking op begunstigde ondernemingen die niet zijn onderworpen aan een insolventieprocedure: NAG, en BikeWorld GmbH voor BWN1, BWNB en BWN2 (na de overname van BWN1 door BWNB werd de gefuseerde entiteit omgedoopt tot BWNB2; de naam van deze vennootschap werd vervolgens gewijzigd in BikeWorld GmbH).
- (227) De Commissie stelt vast dat bepaalde begunstigten, namelijk EWN, MAN, TTI, Camp4Fun, MIB, ten tijde van de vaststelling van het onderhavige besluit niet meer bestaan.

<sup>(151)</sup> Arrest van 12 juli 1973, zaak 70/72, Commissie/Duitsland, Jurisprudentie 1973, blz. 813, rechtsoverweging 13.

<sup>(152)</sup> Arrest van 14 september 1994, gevoegde zaken C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Spanje/Commissie, Jurispr. 1994, I-4103, punt 75.

<sup>(153)</sup> Arrest van 17 juni 1999, zaak C-75/97, Matra SA/Commissie, Jurispr. 1999, blz. I-30671, punten 64-65.

<sup>(154)</sup> Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1).

<sup>(155)</sup> Volgens Duitsland werd de onderneming op 22 mei 2014 uitgeschreven uit het handelsregister.

<sup>(156)</sup> NG, MSR en CMHN zijn sinds 1 november 2012 voorwerp van een liquidatie- of insolventieprocedure. Volgens het Duitse recht verandert de bedrijfsdoelstelling van een onderneming wanneer een liquidatie- of insolventieprocedure wordt geopend. De onderneming is niet meer volledig operationeel, maar vormt dan zuiver een vereffeningmaatschappij, die volgens het Duitse recht wordt ontbonden. Tot aan de afsluiting van de insolventie- of liquidatieprocedure moet echter de onderneming in de vorm van een vereffeningmaatschappij het vermogen overeenkomstig het beginsel van goed financieel beheer gebruiken.

<sup>(157)</sup> Arrest van 14 september 1994, zaak C-42/93, Spanje/Commissie („Merco”), Jurispr. 1994, blz. I-4175.

<sup>(158)</sup> Arrest van 15 januari 1986, zaak 52/84, Commissie/België, Jurispr. 1986, blz. 89.

- (228) EWN, MAN en Camp4Fun werden respectievelijk op 6 september 2011, 29 augustus 2013 en 1 maart 2010 ontbonden. Er vond geen formele vereffening plaats. Er is sprake van economische continuïteit tussen deze drie begunstigden en hun resterende vennoot NG. Als resterende vennoot van deze begunstigden is NG aansprakelijk voor hun schulden, met inbegrip van schulden voortvloeiend uit staatssteun. Aangezien NG voorwerp is van een liquidatieprocedure moet ervoor worden gezorgd dat de vordering inzake terugbetaling van de steun naar behoren wordt ingeschreven op de lijst van schuldvorderingen en dat NG haar bedrijfsactiviteiten definitief beëindigt. Voorts moet worden gewaarborgd dat geen marktdeelnemer na de ontbinding van NG van onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun profiteert. Derhalve concludeert de Commissie dat de aan de begunstigde ondernemingen verleende steun door NG in haar hoedanigheid van economische opvolger van die ondernemingen moet worden teruggevorderd. Aangezien de steun is verleend door NG en NG tegelijkertijd de economische opvolger van de begunstigde ondernemingen is, moet de steun door de staat worden teruggevorderd.
- (229) MIB werd niet geliquideerd, maar is op 6 september 2013 gefuseerd met NAG, zodat zij niet meer als rechtspersoon bestaat. Dientengevolge is NAG in overeenstemming met de vermelding in het handelsregister de economische opvolger van MIB als bedoeld in artikel 2, lid 1, van de Duitse wet structuurwijzigingen vennootschappen (Umwandlungsgesetz (UmwG)).) Als economische opvolger van MIB moet NAG de steun terugbetalen.
- (230) TTI werd overeenkomstig de Duitse wet inzake besloten vennootschappen (GmbHG) op 4 december 2007 geliquideerd. TTI was een besloten vennootschap die bij besluit van de vennoten werd geliquideerd. Daarna waren de activiteiten van TTI alleen nog gericht op de vereffening van de vennootschap. Overeenkomstig artikel 70 van de wet op besloten vennootschappen had de vereffenaar tot taak „de lopende activiteiten te beëindigen, de verplichtingen van de ontbonden vennootschap te voldoen, haar vorderingen te innen en de activa van de vennootschap te gelde te maken”. Vervolgens werden de beschikbare kasmiddelen verdeeld over de vennoten. Op dat tijdstip was de vennootschap reeds ontbonden. Volgens Duitsland was er geen rechtsopvolger in de zin van economische continuïteit, omdat het grootste deel van de kasmiddelen aan de vennoten ter beschikking werd gesteld, er geen bedrijfsactiviteiten meer werden uitgeoefend, de onderneming niet werd overgedragen en geen verplichtingen werden overgenomen door de vennoten. Duitsland verklaarde voorts dat de activa van TTI niet bij opbod werden verkocht, omdat zij bij inleiding van de liquidatieprocedure op 12 maart 2004 slechts een saldo van 19 777,39 EUR, belastingtegoeden van 1 222,01 EUR en rente over een bankrekening ten belope van 30,69 EUR omvatten. Aangezien TTI aldus werd geliquideerd, had zij geen economische opvolger, temeer omdat na de liquidatie geen bedrijfsactiviteiten meer werden uitgeoefend en de vennoten slechts een klein bedrag aan kasmiddelen, maar geen activa of operationele bedrijfsonderdelen van TTI ontvingen. Tegen deze achtergrond en gezien het feit dat de bedrijfsactiviteiten van TTI niet werden overgedragen aan derden, is de Commissie van mening dat de in het kader van de betrokken maatregel verleende steun niet aan een derde is overgedragen. De onderneming werd reeds volledig vereffend en terugvordering is zinloos, omdat de begunstigde van de steun niet meer bestaat en geen economische opvolger heeft.

## 6. BEOORDELING VAN DE VRAAG OF ER SPRAKE IS VAN ECONOMISCHE CONTINUÏTEIT TUSSEN DE INSOLVENTE ONDERNEMINGEN EN DE KOPER VAN DE ACTIVA

### 6.1. BEOORDELING VAN DE VRAAG OF ER SPRAKE IS VAN STAATSSTEUN TEN GUNSTE VAN DE KOPER VAN DE ACTIVA

- (231) Wanneer de Commissie op grond van de artikelen 107 en 108 VWEU een negatief besluit vastdeelt waarbij de terugvordering van met de interne markt onverenigbare steun wordt gelast, moet de betrokken lidstaat de verleende steun terugvorderen. De verplichting tot terugvordering kan vervolgens worden uitgebreid tot een nieuwe onderneming waaraan de betrokken onderneming delen van haar activa heeft overgedragen of verkocht wanneer de overdracht- of verkoopconstructie erop duidt dat er sprake is van economische continuïteit tussen beide ondernemingen. Er kan ook sprake zijn van staatssteun ten gunste van de koper als gevolg van een verkoop van de activa onder de marktwaarde (zelfs indien er geen economische continuïteit bestaat).
- (232) Om te kunnen bepalen of de koper van de activa door staatssteun wordt begunstigd, moet de Commissie beoordelen of de activa tegen een marktprijs zijn verkocht en rekening houden met de hieronder beschreven criteria.
- (233) Volgens het arrest van het Gerecht in de zaak-SIM 2 <sup>(159)</sup>, waarop de Commissie haar besluiten in de steunzaken Olympic Airlines, Alitalia en SERNAM <sup>(160)</sup> heeft gebaseerd, wordt aan de hand van een reeks indicatoren onderzocht of er sprake is van economische continuïteit tussen de „oude” onderneming en de nieuwe structuren. Hierbij kunnen de volgende factoren in aanmerking worden genomen: het voorwerp van de verkoop (activa,

<sup>(159)</sup> Arrest van 8 mei 2003, gevoegde zaken C-328/99 en C-399/00, Italië en SIM 2 Multimedia SpA/Commissie, Jurispr. 2003, blz. I-4035.

<sup>(160)</sup> Besluit van de Commissie van 17 september 2008 betreffende staatssteunmaatregelen N 321/2008, N 322/2008 en N 323/2008 — Griekenland — Verkoop bepaalde activa Olympic Airlines/Olympic Airways Services; besluit van de Commissie van 12 november 2008 betreffende steunmaatregel N 510/2008 — Italië — Verkoop activa Alitalia; besluit van de Commissie van 4 april 2012 betreffende steunmaatregel SA.34547 — Frankrijk — Reprise des actifs du groupe SERNAM dans le cadre de son redressement judiciaire.

passiva, behoud van het personeelsbestand, „bundled” activa), de verkoopprijs, de identiteit van de aandeelhouder(s) of eigenaar(s) van de overnemende onderneming en van de oorspronkelijke onderneming, het tijdstip waarop de verkoop plaatsvond (na de inleiding van het voorlopige onderzoek of de formele procedure of na het eindbesluit) en de economische ratio van de transactie. Deze aanwijzingen werden door het Gerecht overgenomen in zijn arrest van 28 maart 2012 in de zaak-Ryanair/Commissie <sup>(161)</sup>, waarbij de Alitalia-beschikking dus werd bevestigd.

#### 6.1.1. Voorwerp van de verkoop

- (234) De Commissie stelt vast dat de door Capricorn overgenomen activa alle activa van de insolvente ondernemingen NG, MSR en CMHN omvatten en verband houden met de belangrijkste activiteiten van deze vennootschappen. De activa van NG, MSR en CMHN werden echter in het kader van de inschrijvingsprocedure opgesplitst in 11 kavels, en alle bidders konden een bod indienen voor afzonderlijke activa en voor afzonderlijke, meerdere of alle kavels (zie punt 2.5). Bij de indeling van de kavels werd rekening gehouden met de geschiktheid voor economische exploitatie, de belangstelling van de kant van investeerders en de kosten voor opsplitsing. De bewindvoerders hebben geen voorwaarden gesteld met betrekking tot de toekomstige bestemming van de activa. De Commissie merkt op dat het besluit om alle activa aan één onderneming te verkopen niet door de bewindvoerders is genomen, maar is ingegeven door de krachten van de markt (d.w.z. de marktdeelnemers die biedingen hebben uitgebracht voor de activa). Alle bidders hadden de mogelijkheid om een bod voor één van de 11 kavels, voor alle kavels of voor bepaalde activa in te dienen. Om marktredenen was de waarde van de biedingen voor afzonderlijke activa of kavels lager dan de waarde van het hoogste bod voor alle activa als geheel. Dit is waarschijnlijk het gevolg van de onderlinge afhankelijkheid van de kavels. Zonder het racecircuit zouden de hotels niet levensvatbaar zijn en zonder de hotels zou een rendabele exploitatie van het circuit met professionele races, rockconcerten en andere activiteiten met een grote reikwijdte moeilijker zijn.
- (235) Wat het personeel betreft bevatten noch de inschrijvingsstukken noch de koopovereenkomst verplichtingen inzake de overgang van arbeidscontracten op de nieuwe eigenaar die verder gaan dan de toepasselijke Duitse wetgeving (zoals bijvoorbeeld een werkgelegenheidsgarantie). Volgens het Duitse recht gaan de arbeidsovereenkomsten automatisch over op de koper van de activa. Overeenkomstig de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht <sup>(162)</sup> kan de koper de bewindvoerder verzoeken de arbeidsovereenkomsten te beëindigen. De koper kon derhalve in beginsel zelf bepalen welke medewerkers hij een nieuwe overeenkomst zou aanbieden. In het onderhavige geval heeft Capricorn na een evaluatie van haar personeelsbehoeften met het oog op een rendabele exploitatie van de verworven activa besloten om op 1 januari 2015 (de begindatum van de exploitatie van de verworven activa) niet alle, maar 85 % van de personeelsleden (253 van de in totaal 297) van de verkopers over te nemen. Aangezien Capricorn een onafhankelijk besluit kon nemen over de overname van personeel, houdt de bevestigde aanstelling van bestaand personeel geen voortzetting van de bedrijfsactiviteiten in. Bovendien was Capricorn voornemens het management en het personeel in 2014 volledig te herstructureren.
- (236) Voorts constateert de Commissie dat overeenkomsten voor evenementen die bepalend zijn voor de lopende activiteiten, na het seizoen 2014 voor het overgrote deel zullen zijn beëindigd. Door de exploitatiemaatschappij die door de koper van de activa is opgericht, worden met klanten en leveranciers onderhandelingen gevoerd over de sluiting van nieuwe overeenkomsten voor de periode vanaf 1 januari 2015. Daarbij wordt ook met nieuwe zakelijke partners gesproken. Capricorn is voornemens om zelf een aantal evenementen te organiseren in plaats van het circuit aan externe organisatoren te verhuren.
- (237) De Commissie stelt vast dat de toekomstige activiteiten van Capricorn duidelijk zullen verschillen van die van de Nürburgring-groep (zie hieronder, met name punt 6.1.5).

#### 6.1.2. De verkoopprijs

- (238) Om een economische continuïteit te kunnen uitsluiten, moeten de activa in het kader van een inschrijvingsprocedure tegen marktwaarde worden verkocht.
- (239) De marktwaarde is de prijs die een particuliere investeerder onder marktvoorwaarden zou bepalen <sup>(163)</sup>.

<sup>(161)</sup> Arrest 28 maart 2012, zaak T-123/09, Ryanair Ltd/Commissie, Jurispr. 2012, blz. 164.

<sup>(162)</sup> Arrest van het Bundesarbeitsgericht (BAG) van 19 december 2013 (6 AZR 790/12); arrest BAG van 20 maart 2003 (8 AZR 97/02).

<sup>(163)</sup> Arrest van 16 december 2010, zaak C-239/09, Seydaland, Jurispr. 2010, blz. I-13083, punt 34.



- (240) Duitsland heeft de activa door middel van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure aan eenieder verkocht die het hoogste bod met een gewaarborgde financiering heeft uitgebracht.
- (241) Ten eerste bevatte de oproep tot het indienen van blikken van belangstelling voor de activa van de Nürburgring geen beperkingen ten aanzien van de bidders, zodat allen een bod konden uitbrengen in de inschrijvingsprocedure.
- (242) Ten tweede valt met betrekking tot het transparantiebeginsel te constateren dat de verkopers alle bidders voldoende tijd voor een grondige beoordeling van de activa hebben gegeven en hun alle vereiste, gedetailleerde gegevens ter beschikking hebben gesteld. Na ontvangst van de procedurebrief getiteld „Project RING — procedures for the submission of a final offer”, die KPMG op 17 oktober 2013 aan de belangstellende investeerders had toegezonden, zouden de bidders die konden aantonen over een gewaarborgde financiering van de in hun indicatief bod opgenomen koopprijs te beschikken, volledige toegang krijgen tot een elektronische dataroom en zouden zij aan een bijeenkomst met het management van NBG en aan een gestructureerd Q&A-proces kunnen deelnemen. Bidders die niet in staat waren de genoemde waarborgen te bieden en geen bewijzen konden overleggen met betrekking tot de beschikbaarheid van de nodige financiering, kregen daarentegen slechts beperkte toegang tot de elektronische dataroom en het Financial Fact Book (FFB). Voor hen was een ontmoeting met de leden van het team dat het FFB had opgesteld, een bezichtiging van het complex en een voorbespreking over het ontwerp van de koopovereenkomst gepland.
- (243) Bovendien onderhielden de verkopers (KPMG) en alle bidders die zich voor de betrokken ronde van de inschrijvingsprocedure hadden gekwalificeerd, in de periode van juli 2013 tot april 2014 voortdurend contact per post en e-mail, zodat aan deze bidders alle relevante gegevens en toelichtingen konden worden verstrekt. In dit kader werden de vragen van de bidders beantwoord, werd op hun verklaringen gereageerd en werd hun alle informatie toegezonden over de volgende stappen in het inschrijvingsproces. Zo heeft KPMG bijvoorbeeld de volgende brieven en e-mails aan de bidders verstuurd: a) het schrijven van 19 juli 2013 waarin de bidders in kennis werden gesteld van de procedure voor het indienen van een indicatief bod; b) het schrijven van 12 september 2013 waarin de bidders werden geïnformeerd over de verlenging van de termijn voor het indienen van indicatieve biedingen; c) de e-mail van 19 september 2013 waarmee een van de bidders ([bieder 5]) nieuwere gegevens over de financiële draagkracht van de Nürburgring werden toegezonden; d) het schrijven van 17 oktober 2013 waarmee een bieder ([bieder 3]) werd geïnformeerd over de procedure voor het indienen van een definitief bod; e) de e-mail van 28 oktober 2013 waarin één van de bidders ([bieder 2]) voorlopige data voor bijeenkomsten met belangstellenden werden meegedeeld; f) het schrijven van 3 december 2013 waarmee een bieder ([bieder 6]) in kennis werd gesteld van het feit dat zijn indicatief bod niet meer in aanmerking werd genomen, aangezien zijn financieringspartners zich hadden teruggetrokken, zonder dat nieuwe waren genoemd, zodat de financiering van het bod werd geacht niet te zijn gewaarborgd en de transactie zekerheid als ontoereikend werd beoordeeld; g) het schrijven van 11 december 2013 met uitvoerige en heldere toelichtingen over de door een bieder ([bieder 3]) in een brief van 9 december 2013 geschetste problemen en gedane beweringen; h) het schrijven van 18 december 2013 met uitvoerige en heldere toelichtingen over de door een bieder ([bieder 3]) in een brief van 11 december 2013 geschetste problemen en gedane beweringen; i) de e-mail van 18 februari 2014 waarin een bieder ([bieder 3]) om bepaalde preciseringen en bevestigingen met betrekking tot zijn per e-mail van 17 februari 2014 meegedeelde definitieve bod werd verzocht en werd gevraagd onder meer zijn bindende financieringstoezegging, bijvoorbeeld in de vorm van een bindende bevestigingsverklaring, te staven en nader aan te geven wanneer hij de nog ontbrekende financieringstoezeggingen verwachtte te ontvangen en wanneer hij de zakelijke voorwaarden van zijn bod naar verwachting definitief zou vastleggen; j) de e-mail van 9 april 2014 waarmee een bieder ([bieder 3]) naar aanleiding van zijn e-mail van 2 april 2014 werd meegedeeld dat KPMG nog geen nadere gegevens over de door die bieder geplande financieringsconstructie en nog geen schriftelijke bevestiging van derden inzake de ondersteuning van zijn bod had ontvangen.
- (244) Ten derde blijkt uit de door Duitsland toegezonden documenten dat in geen enkele ronde van de inschrijvingsprocedure bidders werden gediscrimineerd. Zoals vermeld in overweging 235 ontvingen alle bidders informatie en preciseringen met betrekking tot de in de inschrijvingsprocedure toegepaste selectiecriteria, regels en procedures, de termijnen voor het indienen van indicatieve en definitieve biedingen, de verlenging van dergelijke termijnen, de financiële situatie van de Nürburgring, de in de indicatieve dan wel definitieve biedingen van de bidders ontbrekende gegevens en eventuele vragen van de bidders. Daarbij werden bidders die aan de selectiecriteria van de inschrijvingsprocedure voldeden (met name het overleggen van een bevestiging van financieringspartners inzake de financiering van de biedingen) niet uitgesloten van de onderhandelingen. De Commissie constateert tevens dat met geen enkele bieder exclusieve onderhandelingen werden gevoerd en dat ook met bidders wier definitieve bod niet was vergezeld van de bedoelde financieringsbevestiging, binnen een gepast tijds kader werd onderhandeld, aangezien de mogelijkheid bestond dat een dergelijke bevestiging nog bijtijds zou worden afgegeven.
- (245) Zoals vermeld in overweging 54 bevat de koopovereenkomst een clause volgens welke de partijen pas verplicht zijn de overeenkomst ten uitvoer te leggen wanneer: 1) bij een onherroepelijk besluit van de Commissie wordt

vastgesteld dat noch de koper noch zijn exploitatiemaatschappij als begunstigde van de onderzochte steunmaatregelen moet worden beschouwd en dat eventuele terugvorderingen noch tot de koper noch tot de exploitatiemaatschappij kunnen worden gericht, en 2 a) de termijn voor een rechterlijke toetsing van het besluit van de Commissie is verstreken zonder dat een beroep is ingesteld, of 2 b) in het geval van een beroepsprocedure het besluit van de Commissie in een definitieve uitspraak van de rechter is bevestigd. Duitsland heeft toegelicht dat deze clausule is opgenomen omdat de bidders niet het risico op zich wensten te nemen aansprakelijk te worden gesteld voor de terugvordering van staatssteun, dat de verkopers deze clausule hebben aanvaard om de activa te kunnen verkopen, en dat de verkopers, zoals ook in het eerste ontwerp van de koopovereenkomst werd vermeld, de bidders vanaf het begin van de inschrijvingsprocedure gewezen hebben op het feit dat zij bereid waren om met de bidders over de gevolgen van de staatssteunprocedure te spreken <sup>(164)</sup>. Duitsland heeft voorts verklaard dat een besluit van de Commissie over de aan de Nürburgring verleende staatssteun in de door Capricorn, [bieder 2] en [bieder 3] voorgestelde wijzigingen van de koopovereenkomst als voorwaarde voor de sluiting van een overeenkomst werd gesteld.

- (246) Ten vierde werden aan de bidders afgezien van wettelijke beperkingen geen voorwaarden gesteld, zoals duidelijk uit de oproep tot het indienen van blikken van belangstelling en uit het schrijven van KPMG aan de bidders blijkt.
- (247) Daaruit volgt dat deze inschrijvingsprocedure op zichzelf in voldoende mate waarborgt dat de prijs die voor de aan de bidders verkochte activa wordt behaald, overeenstemt met de marktwaarde. Bijgevolg komt de Commissie tot de conclusie dat de activa tegen een marktprijs zijn verkocht, aangezien de activa door middel van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure biederzijn verkocht aan de bieder die het hoogste bod met een gewaarborgde financiering heeft uitgebracht.

#### 6.1.3. Identiteit van de koper

- (248) De aansprakelijkheid van de nieuwe eigenaar in het geval van een eventuele terugvordering van met de interne markt onverenigbare staatssteun kan alleen worden uitgesloten wanneer de Commissie vaststelt dat er geen banden bestaan tussen de nieuwe eigenaar van de activa, enerzijds, en NG, MSR en CMHN, anderzijds.
- (249) Tussen Capricorn en NG, MSR, CMHN of hun aandeelhouders dan wel de vroegere pachters van de Nürburgring bestaan directe noch indirecte banden van vennootschapsrechtelijke of persoonlijke aard. Bijgevolg is er geen sprake van banden tussen de Nürburgring-groep en haar aandeelhouders, enerzijds, en de nieuwe eigenaar en zijn aandeelhouders, anderzijds.
- (250) Daarom concludeert de Commissie dat de koper een onderneming is die onafhankelijk is van NG, MSR en CMHN.

#### 6.1.4. Tijdstip van de verkoop

- (251) De Commissie moet nagaan of het tijdstip van de inschrijvingsprocedure tot een omzeiling van een besluit van de Commissie inzake de terugvordering van met de interne markt onverenigbare steun kan leiden.
- (252) In het onderhavige geval stelt de Commissie vast dat het bevoegde Amtsgericht in 2012 de surseanceprocedure heeft geopend en bewindvoerders heeft benoemd nadat de onderzoeksprocedure was uitgebreid tot de maatregelen die bij de Commissie als reddingssteun waren aangemeld. De bewindvoerders hebben de procedure voor de verkoop van de activa in mei 2013 ingeleid voordat de Commissie een besluit tot afsluiting van de formele onderzoeksprocedure had vastgesteld. Daar de koper erop staat dat de activa pas worden overgedragen wanneer een definitief besluit niet meer voor de rechter kan worden aangevochten, wordt de koopovereenkomst pas na vaststelling van dit terugvorderingsbesluit van kracht en wordt ook de insolventieprocedure pas daarna afgesloten. De betaling van de eerste tranche van de koopsom vond voorafgaand aan de vaststelling van dit besluit plaats. Volgens de koopovereenkomst treedt de overdracht van de activa in werking op de dag waarop dit besluit definitief is geworden.
- (253) In de onderhavige zaak wijst het feit dat de verkoopprocedure werd ingeleid door de bewindvoerders die door het bevoegde Amtsgericht zijn benoemd en dat de beslissing over de overdracht van de activa vóór de vaststelling

<sup>(164)</sup> De desbetreffende passage in het eerste ontwerp van de koopovereenkomst luidt: „De bieder heeft kennis genomen van het feit dat thans een onderzoeksprocedure aanhangig is bij de Europese Commissie, waarin de rechtmatigheid van de aan de Nürburgring verleende steun en de mogelijke terugvordering van die steun worden onderzocht. De verkopers hebben regelmatig contact met de bevoegde dienst van de Europese Commissie en streven ernaar een formeel besluit te verkrijgen, waarin wordt bepaald dat de Commissie geen terugvordering van de steun van de koper zal gelasten. De verkopers staan open voor constructieve gesprekken met de inschrijvers over de vraag hoe in het kader van de verkoop van afzonderlijke of alle activa van de Nürburgring met deze situatie en een eventuele overgangperiode tot de vaststelling van een besluit van de Commissie moet worden omgegaan.”

van dit besluit van de Commissie werd genomen, naar mening van de Commissie niet zo duidelijk op een economische continuïteit als wanneer de verkoopbeslissing door de begunstigden van de steun zelf zou zijn genomen of wanneer de verkoopprocedure pas na de vaststelling van dit besluit zou zijn ingeleid.

#### 6.1.5. *Economische ratio van de transactie*

- (254) Aan de hand van het criterium van de economische ratio wordt beoordeeld of de koper van de activa beoogt deze op dezelfde wijze te gebruiken als de vroegere eigenaar of deze voor een andere activiteit of strategie zal gebruiken.
- (255) Volgens de Commissie zal de nieuwe eigenaar de mogelijkheid hebben om zijn activiteiten onder andere voorwaarden uit te oefenen dan NG, MSR en CMHN en zijn eigen bedrijfsmodel te verwezenlijken.
- (256) Het bedrijfsconcept van de verkopers wordt niet door de koper overgenomen. De twee beschikbare circuits (Grand Prix-circuit en Nordschleife) worden in de toekomst voor [...] gebruikt, die een [...] mogelijk maken. Hiertoe plant Capricorn de aanleg van aanvullende faciliteiten en voorzieningen [...]. Een deel van de faciliteiten die in het kader van onderdeel II van het project „Nürburgring 2009” werden aangelegd, wordt buiten bedrijf gesteld (bijvoorbeeld [...]). De ring racer wordt verkocht en het betaalsysteem ring card wordt afgeschaft. Op de ring boulevard worden de [...].
- (257) Bovendien zal de Nürburgring volgens de plannen van de koper van een toeristische attractie worden veranderd in een technologiecluster en industriepool. Het zwaartepunt van de activiteiten op de Nürburgring moet op het gebruik van de circuits voor [...] en de [...] komen te liggen. Bovendien moeten door [...] worden verhoogd. De koper plant bovendien [...] op de Nürburgring, waarbij hij [...].
- (258) De koper zal de activa dus niet op dezelfde wijze gebruiken als de insolvente vennootschappen. In plaats daarvan wil Capricorn de verworven activa in haar eigen bedrijfsconcept integreren en synergie tot stand brengen, wat haar belangstelling voor de overname van de activa motiveert. Afwijkend van het huidige bedrijfsmodel heeft Capricorn een nieuw concept voor het gebruik van de activa ontwikkeld. Bovendien was de exploitatie van een aantal activa structureel verliesgevend, waardoor verdere herstructurerings- en verbeteringsmaatregelen noodzakelijk kunnen zijn.
- (259) Uit de genoemde aspecten blijkt dat de economische ratio van het bod van Capricorn niet in een voortzetting van de economische activiteiten van de Nürburgring-groep is gelegen, maar in de integratie van bepaalde activa en van een deel van het personeel van de Nürburgring-groep in een concern dat een andere economische opzet kent.
- (260) Daarom komt de Commissie tot de conclusie dat de economische ratio van de transactie is gelegen in een exploitatie door de nieuwe eigenaar die in een gebruik van de activa van NG, MSR en CMHN onder andere voorwaarden voorziet, en niet in de voortzetting van de strategie van die ondernemingen.

#### 6.1.6. *Conclusie met betrekking tot de economische continuïteit van NG, MSR en CMHN*

- (261) De activa werden door middel van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure tegen de in het kader daarvan vastgestelde marktwaarde biederverkocht aan deieder die het hoogste bod met een gewaarborgde financiering heeft uitgebracht. Duitsland heeft de Commissie meegedeeld dat de koper geen economische of vennootschapsrechtelijke banden met NG, MSR of CMHN heeft. De verkoopbeslissing werd vóór een eventueel in het kader van de formele onderzoeksprocedure vastgesteld negatief besluit van de Commissie genomen. De nieuwe eigenaar zal de activa onder andere voorwaarden en voor een ander bedrijfsmodel gebruiken dan NG, MSR en CMHN. Zijn activiteiten zullen aanzienlijk verschillen van die van de Nürburgring-groep.
- (262) In dit licht komt de Commissie tot de slotsom dat er geen sprake is van economische continuïteit tussen NG, MSR en CMHN, enerzijds, en de koper van de activa (Capricorn) of zijn exploitatiemaatschappij, anderzijds, zodat laatstgenoemden niet aansprakelijk zijn ingeval staatssteun moet worden teruggevorderd van de begunstigde ondernemingen.

#### 6.1.7. *Afhankelijkheid van de tenuitvoerlegging van de transactieovereenkomst van een door de Commissie vastgesteld besluit*

- (263) De tussen de verkopers en Capricorn gesloten koopovereenkomst bevat een clause volgens welke de verkoop van de activa van de Nürburgring pas tot stand komt wanneer bij een onherroepelijk besluit van de Commissie wordt vastgesteld dat de steun niet van de koper van de activa wordt teruggevorderd. Zoals reeds in

overweging 56 werd uiteengezet, worden de verkochte activa, indien er begin 2015 nog geen onherroepelijk besluit van de Commissie is, vóór 1 januari 2015 overgedragen aan NewCo, waarin de koper een aandeel van 95,1 %, en een onafhankelijke trustee een aandeel van 4,9 % zal hebben. De trustee handelt in het belang van de schuldeisers, en niet in het belang van de insolvente ontvangers van de steun, maar is niet gebonden door instructies van de schuldeisers. Voorts wordt tussen NewCo en OpCo een pachtovereenkomst gesloten, die met ingang van de dag van tenuitvoerlegging van de koopovereenkomst zal worden beëindigd. De bedrijfsactiviteiten van OpCo worden onder haar naam, op basis van haar ondernemingsplan en met werknemers van haar keuze verricht. De door OpCo aan NewCo te betalen pachtsom van in totaal [4,6-5,1] miljoen EUR per jaar vloeit in de boedel van de insolvente Nürburgring-ondernemingen (betalingen ten gunste van de insolvente vennootschappen worden uitsluitend overgemaakt op de depotrekeningen van de bewindvoerders met het oog op uitkering aan de schuldeisers). Zodra het besluit van de Commissie definitief is geworden, draagt de trustee al zijn aandelen in NewCo over aan de koper. Indien de koper echter niet kan voldoen aan zijn contractuele betalingsverplichtingen, kan de trustee de activa te gelde maken. Indien het besluit van de Commissie nietig wordt verklaard, worden de activa weer aan de bewindvoerders overgedragen, die deze vervolgens onmiddellijk te gelde dienen te maken, aangezien volgens het Duitse insolventierecht ook in dat geval een liquidatie van de activa verplicht is. De bedrijfsactiviteiten van de Nürburgring-ondernemingen kunnen niet door NewCo worden voortgezet.

(264) De Commissie stelt vast dat door deze benadering:

- a) de daadwerkelijke verkoop van de activa van de begunstigden binnen vier maanden na de vaststelling van het onderhavige besluit zal plaatsvinden;
- b) de koper zelfs in het geval dat de transactie op een later tijdstip wordt afgerond, tussentijds reeds zeggenschap over de vennootschap kan uitoefenen waarin hij het merendeel van de aandelen bezit en de resterende aandelen zijn toegewezen aan een trustee die onafhankelijk is van de leningnemers en niet gebonden is door instructies van hun schuldeisers;
- c) de terugvordering niet is geschorst, en
- d) de begunstigde ondernemingen zich definitief terugtrekken uit de markt en geen bedrijfsactiviteiten meer uitoefenen of geldstromen ontvangen. De begunstigde ondernemingen worden vereffend zodra hun vorderingen en verplichtingen geregeld en de nodige formaliteiten zijn vervuld (zie overweging 55 hierboven).

(265) De Commissie constateert verder dat de biedingen van andere bidders die de eindronde van de inschrijvingsprocedure hebben bereikt of bijna hebben bereikt, soortgelijke bedingen bevatten <sup>(165)</sup>. Daarom concludeert de Commissie dat in het onderhavige geval geen omzeiling van de terugvordering van de steun werd beoogd of dreigt en dat de bedoelde benadering alleen tot doel heeft een geordende liquidatie te bewerkstelligen.

## 6.2. KLACHTEN OVER DE VERKOOP VAN DE ACTIVA

### 6.2.1. Klachten van klagers nrs. 1 en 2

- (266) Uitgaande van de door de bewindvoerders en klagers nrs. 1 tot en met 4 verstrekte gegevens, acht de Commissie de door klager nr. 1 en klager nr. 2 aangevoerde bezwaren niet gerechtvaardigd. De activa van de Nürburgring werden onderverdeeld in 11 kavels. Op basis van de door de bewindvoerders en klagers nrs. 1 tot en met 5 overgelegde bewijsstukken is de Commissie tot de slotsom gekomen dat de bidders in het kader van een openbare, transparante en niet-discriminerende inschrijvingsprocedure een bod konden uitbrengen voor afzonderlijke, meerdere of alle activa. Ook al werden de activa uiteindelijk toegewezen aan Capricorn, die het hoogste bod met een gewaarborgde financiering had uitgebracht, bewijst dit feit op zichzelf niet dat er sprake is van economische continuïteit (zie ook punt 6.2.7). De Commissie heeft in dit verband het vermoeden dat klagers nrs. 1 en 2 eerder beoogden de overdracht van het circuit aan een particuliere investeerder te verhinderen.
- (267) Bidders die zoals klager nr. 2 slechts een bod voor afzonderlijke activa hebben uitgebracht, werden niet op de hoogte gesteld van de verlenging tot 17 februari 2014 van de termijn voor het indienen van bindende biedingen, omdat hun indicatieve biedingen wegens te lage biedingen niet in aanmerking kwamen voor de tweede ronde van de inschrijvingsprocedure. Volgens de Commissie houdt dit echter geen schending van het transparantiebeginsel in, aangezien deze bidders was meegedeeld dat zij hun indicatieve bod tot aan de beslissing over de toewijzing

<sup>(165)</sup> In het bod van [bidder 2] was inzonderheid bepaald dat de geboden koopprijs pas verschuldigd zou zijn wanneer er een onherroepelijk besluit van de Commissie zou zijn, waarmee de terugvordering van de steun van de koper van de activa werd uitgesloten. Het bod van [bidder 3] bevatte een clause volgens welke de koper de koopovereenkomst ook bij de vaststelling van een besluit van de Commissie eenzijdig kon herroepen.

van de activa te allen tijde konden verhogen, en het is aannemelijk dat de bewindvoerders de bidders in dit geval overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling over de verlenging van de termijn zouden hebben geïnformeerd.

- (268) De Commissie beschouwt de beslissing om alleen bidders met een voldoende hoog bod toegang te bieden tot gedetailleerde informatie over de activa (aan de hand waarvan zij onder meer de toekomstige investeringsbehoeften konden beoordelen) als redelijk en doelmatig. Gezien de in de verschillende procedurerondes verstrekte informatie is de Commissie daarnaast van mening dat de bidders voldoende gegevens hebben ontvangen om een bod op te stellen. Bovendien hebben klagers nrs. 1 en 2 geen concreet informatiegebrek genoemd dat in de weg zou hebben gestaan aan het uitbrengen van een bod.
- (269) Met betrekking tot de langdurige contractuele betrekkingen die beweerdelijk uit de inschrijvingsstukken blijken, stelt de Commissie vast dat in het betrokken geval van een overdracht van activa de arbeids- en huurovereenkomsten alleen worden overgedragen in de bij de wet voorziene gevallen, dat de overeenkomsten voor evenementen alleen kunnen doorlopen indien beide partijen bij de overeenkomst daarmee instemmen, en dat overeenkomsten voor evenementen niet noodzakelijkerwijs van groot economisch belang zijn voor de overdracht van activa. Met betrekking tot de vraag of door NBG nieuwe steun is verstrekt, constateert de Commissie dat NBG door de bewindvoerders alleen voor de tijd tot eind 2014 als vehikel voor de tijdelijke exploitatie van de activa tijdens de surseance- en inschrijvingsprocedure is opgericht. De waarneming van de operationele activiteiten door een tijdelijk bestaande dochtermaatschappij van een insolvente onderneming tijdens de insolventieprocedure is volgens het Duitse recht toegestaan en kan de bewindvoerders niet worden verboden. In het onderhavige geval hebben de bewindvoerders ook een economische rechtvaardiging gegeven voor het bestaan van NBG ten behoeve van NG, MSR en CMHN. Volgens hen heeft de oprichting van NBG de waarde van de activa van NG, MSR en CMHN — en daarmee van het voorwerp van liquidatie — doen stijgen. Evenwel neemt de Commissie nota van de omstandigheden van de oprichting van NBG, namelijk het feit dat NBG een dochteronderneming van de gesteunde ondernemingen NG, MSR en CMHN en, daar zij al hun activa en passiva heeft ontvangen, hun rechtsopvolger is, dat NBG deze activa en passiva kosteloos en niet op basis van een inschrijvingsprocedure of een taxatierapport heeft ontvangen, precies dezelfde werknemers in dienst heeft en de bedrijfsactiviteiten van die ondernemingen voortzet. Daaruit concludeert de Commissie dat er sprake is van economische continuïteit tussen NBG en de gesteunde ondernemingen NG, MSR en CMHN, zodat de met de interne markt onverenigbare staatssteun ten gunste van NG, MSR en CMHN ook van NBG moet worden teruggevorderd.
- (270) De Commissie stelt zich voorts op het standpunt dat de overeenkomst tussen NBG en de vakbond Ver.di werd gesloten om de operationele activiteiten van NBG tot de verkoop van de activa voort te zetten, maar niet om de economische continuïteit van de Nürburgring na de verkoop in stand te houden. De arbeidsovereenkomsten gaan krachtens het Duitse arbeidsrecht en niet op grond van de cao van NBG over op Capricorn. Aangezien er geen economische continuïteit bestaat tussen de verkopers en Capricorn, is naar mening van de Commissie alleen de omstandigheid relevant dat Capricorn zelf kan bepalen welke arbeidsovereenkomsten van NBG worden overgenomen en dat Capricorn voornemens is rond 20 % van die overeenkomsten niet over te nemen.
- (271) De Commissie wijst derhalve de klachten van klagers nr. 1 en nr. 2 als ongegrond af, aangezien de betrokken activa werden verkocht aan de bidder die in het kader van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure het hoogste bod met een gewaarborgde financiering heeft uitgebracht.

#### 6.2.2. Klacht van klager nr. 3

- (272) De Commissie stelt vast dat het indicatieve noch het definitieve bod van klager nr. 3 bewijzen met betrekking tot de financierbaarheid bevatte. Dit werd klager nr. 3 bij schrijven van 17 oktober 2013, van 11, 17 en 18 december 2013 en e-mails van 18 februari 2014 en 9 april 2014 meegedeeld door de verkopers. Klager nr. 3 had tot aan de beslissing over de toewijzing van de activa door de vergadering van schuldeisers op 11 maart 2014 en ook daarna geen bewijsstukken ingediend inzake de financiering van zijn bod op grond waarvan het gerechtvaardigd zou zijn geweest om de activa nog niet aan een van de bidders met een gewaarborgde financiering toe te wijzen, maar te wachten tot de overlegging van een bewijs van financiering door bidder 3. In dit verband zij het volgende vermeld: a) in zijn e-mail van 21 februari 2014 verklaarde klager nr. 3 dat hij verwachtte alle bindende financieringstoezeggingen in de komende twee tot vijf weken te zullen ontvangen; b) in zijn brief van 11 maart 2014 gaf klager nr. 3 aan dat hij alle bindende financieringstoezeggingen uiterlijk op 31 maart 2014 zou kunnen overleggen; c) in een niet ondertekende brief van 31 maart 2014 van [...] (een investeringsbank en adviesbedrijf) die klager nr. 3 op 2 april 2014 aan KPMG heeft overgelegd, wordt

verklaard dat een potentiële investeerder een bedrag van [...] miljoen EUR aan klager nr. 3 ter beschikking zou stellen ter financiering van de aankoop van de Nürburgring. Aan deze vermeende financiering was echter onder meer de voorwaarde verbonden dat het due diligence-onderzoek een voor alle partijen bevredigend resultaat zou opleveren en dat definitieve documenten zouden worden opgesteld en toegezonden. De potentiële koper werd niet met name genoemd. Daarom stelt de Commissie vast dat klager nr. 3 zelfs nadat de activa van de Nürburgring waren toegewezen aan Capricorn, aan de verkopers geen uit eerste hand verkregen financieringstoezegging van een specifieke financieringspartner voor de aankoop van de Nürburgring heeft overgelegd. In plaats daarvan heeft klager nr. 3 de verkopers slechts het volgende toegezonden: a) een definitief bod waarin werd verwezen naar een financieringstoezegging van 30 miljoen EUR, maar die geen bewijsstukken ter staving van deze toezegging (bijvoorbeeld in de vorm van een bindende bevestigingsbrief van de betrokken financieringspartners) en evenmin nadere informatie bevatte over de vraag wanneer klager nr. 3 de nog ontbrekende financieringstoezeggingen verwachtte te ontvangen en wanneer hij de zakelijke voorwaarden van zijn bod definitief beoogde vast te leggen; b) een niet ondertekende brief waarin wordt verwezen naar de financiering door een niet met name genoemde investeerder, die echter afhankelijk was van een bevredigend resultaat van het due diligence-onderzoek en de toezending van definitieve documenten (schrijven van [...] van 31 maart 2014). Volgens de Commissie staat niet vast dat de vermeende financieringstoezegging van Jupiter Financial Group van 26 maart 2014 ooit aan de verkopers is overgelegd. De Commissie constateert verder dat de verkopers de termijn voor het indienen van een bewijs van financiering voor klager nr. 3 niet hebben verlengd, omdat er aanwijzingen waren dat [bieder 2] zijn bod in het geval van een verlenging van de termijn zou terugtrekken. [Bieder 2] had bijvoorbeeld via een e-mail van de vertegenwoordiger van [bieder 2] aan KPMG van 13 januari 2014 verklaard dat uiterlijk op 3 april 2014 aan alle voorwaarden voor de verkoop moest zijn voldaan, omdat [bieder 2] zijn bod anders zou terugtrekken. Bovendien hielden de verkopers rekening met het feit dat de waarde van de activa op een later tijdstip ook zou kunnen dalen, aangezien de koper minder invloed op de bedrijfsactiviteiten in het seizoen 2014 zou hebben en een begin moest worden gemaakt met de sluiting van overeenkomsten voor 2015. De Commissie wijst erop dat het klager nr. 3 tijdens de eindronde van de verkoopprocedure te allen tijde vrijstond een bewijs van financiering voor zijn bod over te leggen, zolang er nog geen definitieve koopovereenkomst was ondertekend. Daarom was het gedrag van de verkopers volgens de Commissie in overeenstemming met dat van een verkoper in een markteconomie. De beoordeling van het bod van klager nr. 3 strookt daarom met marktconforme beginselen.

- (273) Tegelijkertijd stelt de Commissie vast dat de verkopers gesprekken met [bieder 2] en in de slotfase van de onderhandelingen over de verkoop met [bieder 2] en Capricorn voerden, aangezien [bieder 2] een bod van 35 miljoen EUR had uitgebracht (zie tabel 10 hieronder) en bevestigde dat onderhandelingen tussen Capricorn en [...] plaatsvonden, die in de financieringstoezegging van de bank van 10 maart 2014 resulteerden. Wat de beoordeling van het bod van Capricorn betreft, stelt de Commissie vast dat Capricorn een financieringstoezegging van haar financieringspartner [...] voor een lening van 45 miljoen EUR had overgelegd. Deze toezegging van 10 maart 2014 werd de verkopers op 11 maart 2014 voorgelegd, d.w.z. op de dag van de zitting van de vergadering van schuldeisers tijdens welke deze een beslissing wilde nemen over de toewijzing van de activa van de Nürburgring. Capricorn diende een financieringstoezegging in voor een hoger bedrag dan dat van de financieringstoezegging van [bieder 2], die voor een bedrag van [32-39] miljoen EUR was afgegeven. Voorts neemt de Commissie nota van het feit dat het allesomvattende bod van Capricorn ten belope van 77 miljoen EUR hoger was dan die van [bieder 2], die [47-52] miljoen EUR beliep. In het geval van het allesomvattende bod van [bieder 2] zou in 2014 een bedrag van [30-33] miljoen EUR worden betaald, waarvan echter [22-27] miljoen EUR tot maart 2015 op een geblokkeerde rekening moest worden aangehouden. Het resterende bedrag van [16,5-18] miljoen EUR zou in de jaren 2016, 2017 en 2018 worden betaald.
- (274) Met betrekking tot de voorwaarde voor de tenuitvoerlegging van de tussen de verkopers en Capricorn gesloten koopovereenkomst, volgens welke de verkoop van de activa van de Nürburgring pas tot stand komt wanneer er een onherroepelijk besluit van de Commissie is waarin wordt vastgesteld dat de steun niet van de koper van de activa zal worden teruggevorderd, constateert de Commissie dat, volgens de bepalingen in de relevante delen van de door de bewindvoerders en Duitsland overgelegde ontwerpversies met wijzigingsvoorstellen van klager nr. 3, de koper en de verkoper de overeenkomst konden herroepen wanneer de Commissie niet uiterlijk op 15 juli 2014 (na de ontwerpovereenkomst van 14 februari 2014) respectievelijk op 31 december 2014 (na de ontwerpovereenkomst van 14 februari 2014) een positief besluit had vastgesteld. Dit herroepingsrecht gold voor onbepaalde duur.
- (275) Met betrekking tot verdere beweringen van klager nr. 3 constateert de Commissie het volgende:
- a) De Commissie is niet van oordeel dat klager nr. 3 de bestaande overeenkomsten of verplichtingen van NBG had moeten overnemen (afgezien van overeenkomsten, zoals bepaalde arbeids- of huurcontracten, die volgens de wet moeten worden overgedragen). Dit hebben de verkopers klager nr. 3 bij schrijven van KPMG van 11 december 2013 ook duidelijk meegedeeld. Voorts is de Commissie van mening dat klager nr. 3 zelf had kunnen bepalen in hoeverre hij de overeenkomsten wilde overnemen en dat dit afhankelijk was van zijn bedrijfs- en exploitatieconcept voor de Nürburgring. Bovendien heeft de Commissie geen aanwijzingen gevonden dat het verkoopconcept in de loop van de inschrijvingsprocedure is gewijzigd of dat andere bidders

dan klager nr. 3 bezwaar hebben gemaakt tegen een vermeende wijziging van de transactiestructuur. Bij schrijven van KPMG van 11 december 2013 werd klager nr. 3 meegedeeld dat geen enkele andere bieder hiertegen bezwaar had gemaakt.

- b) De duur van de inschrijvingsprocedure was niet buitensporig lang.
- c) Bij schrijven van 17 december 2013 werd klager nr. 3 door de verkopers in kennis gesteld van de tot 17 februari 2014 lopende termijn voor de indiening van een bevestigend bod. Verder werd hem meegedeeld dat de verkopers de gekwalificeerde bidders mogelijk reeds kort na afloop van de verlengde termijn zouden selecteren. Het stond de gekwalificeerde bidders vrij om ook na afloop van deze termijn hun bevestigende bod te wijzigen of een bewijs van financiering over te leggen zolang er geen definitieve koopovereenkomst was ondertekend<sup>(166)</sup>. De tot 17 februari 2014 lopende termijn werd dus inderdaad verlengd om alle bidders de mogelijkheid te bieden hun bod te wijzigen, bewijzen van financiering over te leggen of een nieuw bod uit te brengen. Aangezien alle gekwalificeerde bidders op de hoogte waren van deze wijziging van de procedure, werd geen inbreuk gemaakt op de beginselen van transparantie en gelijke behandeling.
- d) Daar de verkopers alle bidders alle beschikbare informatie gelijktijdig en ten minste drie weken voor de definitieve beslissing van de vergadering van schuldeisers om de activa aan Capricorn toe te wijzen, deden toekomen, was er voldoende tijd voor de voorbereiding en afronding van de biedingen. Dienovereenkomstig werd het transparantiebeginsel in acht genomen. De Commissie stelt voorts vast dat klager nr. 3 bij schrijven van de verkopers van 19 juli 2013, 17 oktober 2013 en 17 december 2013 vooraf in toereikende mate is geïnformeerd over de regels van de inschrijvingsprocedure. Ook wat betreft de toegang tot relevante informatie werd het beginsel van gelijke behandeling van de bidders in acht genomen, aangezien alle bidders die zich voor de betrokken inschrijvingsronde hadden gekwalificeerd dezelfde hoeveelheid informatie hebben ontvangen.
- e) Er zijn geen bewijzen voor de bewering dat Capricorn vóór de sluiting van de koopovereenkomst met een bierleverancier of met „Rock am Ring” heeft onderhandeld. Volgens de bewindvoeders werden alle onderhandelingen op dit gebied door NBG gevoerd.
- f) Het feit dat voorafgaand aan de zitting van de vergadering van schuldeisers van 11 maart 2014 een notariële akte is opgemaakt van de koopovereenkomsten van de twee meest geschikte bidders (Capricorn en [bieder 2]), is geen aanwijzing voor een schending van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Er zijn geen bewijzen dat Capricorn voorafgaand aan de zitting van de vergadering van schuldeisers van 11 maart 2014 in kennis is gesteld van de uitkomst van de inschrijvingsprocedure.
- g) Geen van de bidders heeft een financieringsgarantie over de volledige koopprijs overgelegd. Bijgevolg hebben de verkopers geen inbreuk gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling doordat zij met betrekking tot de financieringszekerheid in de loop van de inschrijvingsprocedure minder strenge voorwaarden hebben toegepast.
- h) De indiening van een ontwerpversie van de koopovereenkomst met de wijzigingsvoorstellen van de bieder maakte deel uit van de zakelijke onderhandelingen en is in het licht van de staatssteunregels niet relevant.
- i) De verkopers hebben met betrekking tot de inschrijving van klager nr. 3 alleen met milieuoverwegingen rekening gehouden, aangezien hij zijn bieding niet had onderbouwd met een bewijs van financiering. Dergelijke overwegingen maakten geen deel uit van de criteria voor de selectie van de winnende bieder en waren derhalve niet van invloed op het resultaat van de inschrijvingsprocedure.
- j) Met betrekking tot de bewering van klager nr. 3 dat Capricorn en de verkopers zich in verband met de betrokken inschrijvingsprocedure door hetzelfde advocatenkantoor ([...]) en met name een bepaalde advocaat van dit kantoor van advies laten dienen over staatssteunrechtelijke kwesties, stelt de Commissie vast dat dit advocatenkantoor en zijn advocaten volgens Duitsland: a) de verkopers in de betrokken inschrijvingsprocedure niet van advies hebben gediend (evenmin als de bewindvoeders en de vergadering van schuldeisers); b) geen toegang hadden tot informatie uit de biedingen van andere belangstellende investeerders; c) alleen toegang hadden tot de in de dataroom en in de pers beschikbare informatie over de inschrijvingsprocedure, en d) de verkopers noch de vergadering van schuldeisers aanbevelingen hebben gedaan. Met betrekking tot de advocaat van dat advocatenkantoor die in de klacht van klager nr. 3 wordt genoemd, verklaart Duitsland dat: a) deze advocaat in de periode mei 2012 tot april 2013 voor de deelstaat Rijnland-Palts werkte, d.w.z. voorafgaand aan het begin van de inschrijvingsprocedure in juni 2013; b) deze advocaat tijdens de inschrijvingsprocedure noch met de deelstaat Rijnland-Palts noch met de Bondsrepubliek Duitsland contacten heeft onderhouden; c) deze advocaat de deelstaat Rijnland-Palts en de verkopers op geen enkel tijdstip van advies heeft gediend over de inschrijvingsprocedure; d) dezelfde advocaat slechts als onafhankelijke deskundige heeft deelgenomen aan de hoorzitting van het deelstaatsparlement van Rijnland-Palts van 20 juni 2013 over de wet inzake de toegang van de Nürburgring voor het publiek. Daarnaast wees Duitsland erop dat de staatssteunrechtelijke aspecten van de inschrijvingsprocedure — d.w.z. het feit dat de inschrijvingsprocedure openbaar, transparant, onvoorwaardelijk en niet-discriminerend moest zijn opdat de koper bij een eventuele terugvordering van met de interne markt onverenigbare staatssteun ten gunste van de verkopers aansprakelijk wordt gemaakt — op de

<sup>(166)</sup> De desbetreffende passage van het schrijven van 17 december 2013 luidt als volgt: „For the sake of clarity, offers handed in after that timeline will, in principle, also be considered provided that the terms of the offer qualify for the further process. Any disadvantage caused by the delay will not be compensated for and will have to be fully borne by the investor. Please note that the Vendors may choose the parties which will qualify for the further process shortly after the updated timeline ends.”

volgende wijze onder de aandacht zijn gebracht van alle bidders: a) door de besluiten van de Commissie van 21 maart 2012 (inleiding van de formele onderzoeksprocedure) en 7 augustus 2012 (uitbreiding van de onderzoeksprocedure); b) door de verkopers in alle relevante documenten die via de voor de inschrijvingsprocedure ingerichte dataroom ter beschikking werden gesteld, waaronder ook de correspondentie over die kwestie tussen de Commissie en Duitsland, en c) door de desbetreffende beschikkingspraktijk van de Commissie.

- (276) De Commissie wijst derhalve de klacht van klager nr. 3 als ongegrond af, aangezien de betrokken activa bidder werden verkocht aan de bidder die in het kader van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure het hoogste bod met een gewaarborgde financiering heeft uitgebracht.

#### 6.2.3. Klacht van klager nr. 4

- (277) Volgens de vergelijking in tabel 10 wordt bij de verkoop van de activa met het bod van Capricorn een hogere opbrengst behaald dan met die van [bidder 2].

- (278) Met betrekking tot verdere beweringen van klager nr. 4 constateert de Commissie het volgende:

- a) De Commissie neemt kennis van de verklaring van de bewindvoerdere dat de beide biedingen van [bidder 2] en Capricorn volgens de verkopers een toereikende financieringszekerheid boden, hoewel geen van beide biedingen aan het hoogste niveau van zekerheid voldeed. Met schrijven van 24 februari 2014 heeft [bidder 2] de verkopers in kennis gesteld van de financiële draagkracht van de [bidder 2]-groep, waarbij hij verklaarde voor de investering over rond [930-1030] miljoen EUR te beschikken. De Commissie neemt voorts nota van het feit dat [...] met haar financieringsbevestiging van 10 maart 2014 een leningfaciliteit heeft ingesteld waarbij Capricorn een externe financiering ten bedrage van maximaal [41-49] miljoen EUR ter beschikking werd gesteld.
  - b) Wat de upfront-betalingen betreft, zouden de verkopers in 2014 in het geval van [bidder 2] de beschikking krijgen over een bedrag van [30-33] miljoen EUR en in het geval van Capricorn over een bedrag van [58-63] miljoen EUR (plus circa 6 miljoen EUR uit de cashflow van NBG), mits er in 2014 een onherroepelijk besluit van de Commissie zou liggen.
  - c) Op basis van de uiteenzettingen van klager nr. 4 en de bewindvoerdere valt niet te constateren dat het transactierisico in het geval van het bod van Capricorn groter was dan in het geval van die van [bidder 2].
  - d) Volgens de in overweging 48 vermelde selectiecriteria was de draagkracht van de bidders geen selectie criterium.
  - e) Volgens de in overweging 48 vermelde selectiecriteria was de hoogte van de investeringen na de verkoop geen selectie criterium.
  - f) De communicatie tussen de verkopers en [bidder 2] gedurende de inschrijvingsprocedure was aanvaardbaar. Het stond [bidder 2] vrij om zijn bod vóór de zitting van de vergadering van schuldeisers op 11 maart 2014 te verbeteren of te wijzigen.
- (279) De Commissie heeft derhalve geen bewijzen voor een discriminering van [bidder 2] in de inschrijvingsprocedure kunnen vinden. De beschuldiging dat [bidder 2] slechter is behandeld dan andere bidders, waaronder Capricorn, is daarom niet gegrond. In dit verband zij erop gewezen dat [bidder 2] een bevestigend bod heeft uitgebracht, over de koopovereenkomst heeft onderhandeld en als de als tweede geplaatste bidder met een gewaarborgde financiering de eindversie van de ontwerpovereenkomst mocht ondertekenen. Met betrekking tot het criterium van een onherroepelijk besluit van de Commissie zij erop gewezen dat de door [bidder 2] ter beschikking gestelde middelen met uitzondering van een tranche van [7,1-7,6] miljoen EUR op een geblokkeerde rekening zouden worden gestort en aan de verkopers zouden worden overgemaakt zodra er een onherroepelijk besluit van de Commissie zou liggen of anders — indien de koper ook bij ontstentenis van een dergelijk besluit de overeenkomst niet zou herroepen (waarbij een verlenging van de herroepingstermijn niet was uitgesloten) — uiterlijk op 31 maart 2015.



- (280) De Commissie wijst derhalve de klacht van klager nr. 4 als ongegrond af, aangezien de betrokken activa aan de bieder werden verkocht die in het kader van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure het hoogste bod met een gewaarborgde financiering heeft uitgebracht.

#### 6.2.4. Conclusie

- (281) Om de hierboven vermelde redenen en op basis van de beschikbare informatie heeft de Commissie geen bewijzen gevonden dat in het kader van de verkoop van de activa van NG, MSR en CMHN inbreuk is gemaakt op het beginsel van een openbare, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure of dat er sprake was van een bod met een gewaarborgde financiering dat hoger was dan het bod van Capricorn.

### 7. CONCLUSIE

- (282) De Commissie stelt vast dat een deel van maatregel 2 (leningen aan FSZ) alsook de maatregelen 8, 11 en 15 geen staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1.
- (283) De Commissie stelt vast dat Duitsland maatregel 1, een deel van maatregel 2 (leningen van NG aan EWN, MAN, TTI, Camp4Fun, BWN1, BWNB en BWN2) en de maatregelen 3 tot en met 7, 9, 10, 12, 13, 14 en 16 tot en met 19 onrechtmatig ten uitvoer heeft gelegd en daarmee inbreuk heeft gemaakt op artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).
- (284) De Commissie komt tot de conclusie dat maatregel 1, een deel van maatregel 2 (leningen van NG aan EWN, MAN, TTI, Camp4Fun, BWN1, BWNB en BWN2) en de maatregelen 3 tot en met 7, 9, 10, 12, 13, 14 en 16 tot en met 19 ten gunste van respectievelijk Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH, Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH, Cash Settlement and Ticketing GmbH, Nürburgring Automotive GmbH, Erlebnispark Nürburgring GmbH & Co. KG, Motorsport Akademie Nürburgring GmbH & Co. KG, Test & Training International GmbH, Bike World Nürburgring GmbH, BikeWorld Nürburgring Besitz GmbH, BikeWorld Nürburgring GmbH, Camp 4 Fun GmbH & Co. KG, IPC Gesellschaft für internationale Projektcoordination mbH en MI-Beteiligungs- und Verwaltungs GmbH staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en niet verenigbaar zijn met de interne markt, aangezien niet is voldaan aan de toepasselijke voorwaarden van de richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden en geen andere gronden werden vastgesteld voor verenigbaarheid van die maatregelen met de interne markt.
- (285) De Commissie komt voorts tot de volgende conclusie:
- De verkoop van de activa van Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH vormt geen staatssteun.
  - De verkoop van de activa van Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH brengt geen economische continuïteit tot stand tussen Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH, enerzijds, en de nieuwe eigenaar van de activa, Capricorn NÜRBURGRING Besitzgesellschaft GmbH, of haar dochterondernemingen, anderzijds. Daarom zijn eventuele terugvorderingen van met de interne markt onverenigbare steun niet van toepassing op Capricorn NÜRBURGRING Besitzgesellschaft GmbH, die de in het kader van de inschrijvingsprocedure verkochte activa heeft verworven, of haar dochterondernemingen,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

#### Artikel 1

De volgende door Duitsland ten uitvoer gelegde maatregelen vormen geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU:

Deel van maatregel 2

- Leningen ten belope van in totaal 646 738,12 EUR, die door Nürburgring GmbH tussen 12 april 2002 en maart 2008 zijn verstrekt aan Fahrsicherheitszentrum am Nürburgring GmbH & Co. KG;

## Maatregel 8

- Leningen van Investitions- und Strukturbank Rheinland-Pfalz GmbH van 28 juli 2010 aan Nürburgring GmbH ten bedrage van 96 574 200 EUR en 113 590 800 EUR en leningen van Investitions- und Strukturbank Rheinland-Pfalz GmbH van 92 000 000 EUR aan Motorsport Resort Nürburgring GmbH en van 23 100 000 EUR aan Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH;

## Maatregel 11

- Leningen ten belope van in totaal 85 484 000 EUR, tussen 27 mei 2008 en 7 juli 2009 door Rheinland-Pfälzische Gesellschaft für Immobilien und Projektmanagement GmbH verstrekt aan Motorsport Resort Nürburgring GmbH;

## Maatregel 15

- Overdracht door Mediinvest GmbH van 49,5 % van de aandelen in Motorsport Resort Nürburgring GmbH aan Nürburgring GmbH op 25 maart 2010 tegen betaling van 1 EUR;
- Overdracht door Geisler & Trimmel General Contractor GmbH van 33,8 % van de aandelen in Motorsport Resort Nürburgring GmbH aan Nürburgring GmbH op 25 maart 2010 tegen betaling van 1 EUR;
- Overdracht door Weber Projektierungs- und Realisierungs GmbH van 6,7 % van de aandelen in Motorsport Resort Nürburgring GmbH aan Rheinland-Pfälzische Gesellschaft für Immobilien und Projektmanagement GmbH op 25 maart 2010 tegen betaling van 1 EUR;
- Verkoop van de activa van Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH.

*Artikel 2*

De staatssteun die door Duitsland in strijd met artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie onrechtmatig is verleend in de vorm van de hieronder vermelde maatregelen, is onverenigbaar met de interne markt:

## Maatregel 1

- Kapitaal in de vorm van inbreng in de kapitaalreserve dat door de deelstaat Rijnland-Palts aan Nürburgring GmbH werd verstrekt ten bedrage van 2 179 000 EUR, op 1 mei 2002 en ten bedrage van 22 839 241 EUR op 21 december 2004;
- Kapitaal in de vorm van een kapitaalverhoging dat aan Nürburgring GmbH werd verstrekt door de deelstaat Rijnland-Palts ten bedrage van 4 398 300 EUR op 31 augustus 2004 en ten bedrage van 9 000 000 EUR op 4 september 2007, en door de Landkreis Ahrweiler ten bedrage van 488 700 EUR op 31 augustus 2004 en ten bedrage van 1 000 000 EUR op 4 september 2007;

## Deel van maatregel 2

- Leningen ten bedrage van in totaal 6 195 170,02 EUR die tussen 1 januari 2006 en 29 april 2009 door Nürburgring GmbH werden verstrekt aan Erlebnispark Nürburgring GmbH & Co. KG;
- Lening ten bedrage van 100 000 EUR die op 10 december 2002 door Nürburgring GmbH werd verstrekt aan Motorsport Akademie Nürburgring GmbH & Co. KG;
- Lening ten bedrage van 25 000 EUR die op 15 augustus 2002 door Nürburgring GmbH werd verstrekt aan Test & Training International GmbH;
- Leningen ten bedrage van in totaal 450 000 EUR die tussen 26 mei 2009 en 18 december 2009 door Nürburgring GmbH werden verstrekt aan Camp 4 Fun GmbH & Co. KG;
- Leningen ten bedrage van in totaal 500 000 EUR die tussen 17 oktober 2003 en 27 oktober 2004 door Nürburgring GmbH werden verstrekt aan BikeWorld Nürburgring Besitz GmbH;

- Leningen ten bedrage van in totaal 1 660 000 EUR die tussen 4 februari 2004 en 22 juli 2005 door Nürburgring GmbH werden verstrekt aan BikeWorld Nürburgring Besitz GmbH;
- Leningen ten bedrage van in totaal 1 600 000 EUR die tussen 20 september 2005 en 4 april 2007 door Nürburgring GmbH werden verstrekt aan BikeWorld Nürburgring Besitz GmbH;

#### Maatregel 3

- Leningen ten bedrage van in totaal 399 805 370 EUR die tussen 30 juni 2003 en 11 mei 2010 door de deelstaat Rijnland-Palts werden verstrekt aan Nürburgring GmbH;

#### Maatregel 4

- Lening ten bedrage van 300 000 EUR die op 27 december 2007 door Nürburgring GmbH werd verstrekt aan Motorsport Resort Nürburgring GmbH;

#### Deel van maatregel 5

- Leningen ten bedrage van in totaal 11 032 060 EUR die tussen 27 august 2008 en 18 april 2011 door Nürburgring GmbH werden verstrekt aan Cash Settlement and Ticketing GmbH;
- Patronaatsverklaring van Nürburgring GmbH van 23 december 2009 ten gunste van Cash Settlement and Ticketing GmbH, waarin Nürburgring GmbH zich er tot en met 31 december 2011 toe verbindt de nodige maatregelen te treffen om insolventie van Cash Settlement and Ticketing GmbH af te wenden;
- Achterstellingsverklaring van Nürburgring GmbH van 13 december 2010 met betrekking tot haar vorderingen op Cash Settlement and Ticketing GmbH ten bedrage van 10,4 miljoen EUR;

#### Maatregel 6

- Vergoeding ten bedrage van in totaal 640 000 EUR die door Nürburgring GmbH werd betaald aan IPC Gesellschaft für internationale Projektcoordination mbH voor het verlenen van diensten om particuliere investeerders te vinden;
- Lening ten bedrage van 2 941 000 EUR die op 15 oktober 2008 door Nürburgring GmbH werd verstrekt aan Motorsport Resort Nürburgring GmbH;

#### Maatregel 7

- Financiële tegenprestatie ten bedrage van 1 476 830,88 EUR die door Nürburgring GmbH werd betaald aan MI-Beteiligungs- und Verwaltungs GmbH voor op 17 april aan Nürburgring GmbH gecedeerde vorderingen van MI-Beteiligungs- und Verwaltungs GmbH in verband met door Cash Settlement and Ticketing GmbH opgenomen leningen;

#### Maatregel 9

- Garantie die door de deelstaat Rijnland-Palts op 28 juli 2010 werd afgegeven ter dekking van de uit de in het kader van maatregel 8 verstrekte leningen voortvloeiende verplichtingen van Nürburgring GmbH (96 574 200 EUR en 113 590 800 EUR), Motorsport Resort Nürburgring GmbH (92 000 000 EUR) en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH (23 100 000 EUR);

#### Maatregel 10

- Vaststelling van een pacht prijs beneden de marktconforme pachtsom door Nürburgring GmbH, waardoor Nürburgring Automotive GmbH tussen 1 mei 2010 en 31 oktober 2012 een voordeel van 9 miljoen EUR verkreeg;

#### Maatregel 12

- Garantie die door de deelstaat Rijnland-Palts werd afgegeven aan Investitions- und Strukturbank Rheinland-Pfalz GmbH, waardoor Motorsport Resort Nürburgring GmbH leningen ten bedrage van 85 484 000 EUR kon opnemen;

#### Maatregel 13

- Subsidies die door de deelstaat Rijnland-Palts uit zijn inkomsten uit een casinoheffing aan Nürburgring GmbH werden verstrekt op 29 december 2009 (1,6 miljoen EUR), 29 oktober 2010 (3,2 miljoen EUR) en 29 maart 2011 (3,2 miljoen EUR);

## Maatregel 14

- Leningen die door de deelstaat Rijnland-Palts werden verstrekt aan Nürburgring GmbH op 21 augustus 2007 (20 miljoen EUR), 22 december 2009 (10 miljoen EUR), 28 december 2010 (4,65 miljoen EUR), 26 april 2011 (3,2 miljoen EUR) en 9 december 2011 (4,95 miljoen EUR);
- Achterstellingsverklaring die op 29 augustus 2007 aan Nürburgring GmbH werd afgegeven door de deelstaat Rijnland-Palts met betrekking tot zijn vorderingen ten bedrage van 20 miljoen EUR;

## Maatregel 16

- Lening ten bedrage van 40 405 000 EUR die op 11 januari 2011 door de deelstaat Rijnland-Palts werd verstrekt aan Nürburgring GmbH;
- Subsidie ten bedrage van 13,5 miljoen EUR die in juli 2011 door de deelstaat Rijnland-Palts werd verstrekt aan Nürburgring GmbH;

## Maatregel 17

- Vergoeding die tussen 13 december 2010 en 27 november 2012 door Nürburgring GmbH op grond van de formule 1— concessieovereenkomst werd verstrekt aan Nürburgring Automotive GmbH;

## Maatregel 18

- Uitstel van rentebetalingen ten bedrage van 1,473 miljoen EUR die op 15 mei 2012 door Investitions- und Strukturbank Rheinland-Pfalz GmbH werd verleend aan Nürburgring GmbH;
- Uitstel van rentebetalingen ten bedrage van 1,205 miljoen EUR die op 15 mei 2012 door Investitions- und Strukturbank Rheinland-Pfalz GmbH werd verleend aan Motorsport Resort Nürburgring GmbH;
- Uitstel van rentebetalingen ten bedrage van 303 000 EUR die op 15 mei 2010 door Investitions- und Strukturbank Rheinland-Pfalz GmbH werd verleend aan Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH;

## Maatregel 19

- Vrijstellingsverklaring over 254 miljoen EUR die op 15 mei 2012 door de deelstaat Rijnland-Palts werd afgegeven met betrekking tot de verplichtingen van Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH die voortvloeiden uit de in het kader van maatregel 8 verstrekte leningen;
- Achterstellingsverklaring die op 15 mei 2012 door de deelstaat Rijnland-Palts werd afgegeven aan Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH met betrekking tot zijn uit maatregel 8 voortvloeiende vorderingen voor het op het tijdstip van de achterstellingsverklaring uitstaande bedrag aan achtergestelde vorderingen van maximaal 254 miljoen EUR.

*Artikel 3*

1. Duitsland vordert de met de interne markt onverenigbare steun die in het kader van de in artikel 2 bedoelde maatregelen is verleend, terug van de begunstigde ondernemingen, met inbegrip van Nürburgring Betriebsgesellschaft mbH als economische opvolger van Nürburgring GmbH, Motorsport Resort Nürburgring GmbH en Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH.

2. De koper van de overeenkomstig de inschrijvingsprocedure verkochte activa, capricorn NÜRBURGRING Besitzgesellschaft GmbH, en haar dochterondernemingen zijn gevrijwaard van een eventuele terugvordering van met de interne markt onverenigbare steun.

3. Over het terug te vorderen bedrag is rente verschuldigd vanaf de datum waarop het ter beschikking stond van de begunstigten tot de daadwerkelijke terugbetaling ervan. Voor zover niet in dit besluit vermeld, deelt Duitsland de precieze tijdstippen mee waarop door de deelstaat steun is verleend.

4. De rente wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie <sup>(167)</sup> en met Verordening (EG) nr. 271/2008 van de Commissie <sup>(168)</sup> tot wijziging van Verordening (EG) nr. 794/2004.

5. Duitsland schorst alle uitstaande betalingen van de in artikel 2 bedoelde steun vanaf de datum van vaststelling van dit besluit.

#### Artikel 4

1. De terugvordering van de in artikel 2 bedoelde steun geschiedt onverwijld en daadwerkelijk.
2. Duitsland zorgt ervoor dat het onderhavige besluit binnen vier maanden na de datum van kennisgeving ervan ten uitvoer wordt gelegd.

#### Artikel 5

1. Binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit verstrekt Duitsland de Commissie de volgende informatie:

- a) het totale van elke begunstigde terug te vorderen bedrag (hoofdsom en terugvorderingsrente);
- b) een gedetailleerde beschrijving van de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen;
- c) documenten waaruit blijkt dat de begunstigten werd gelast de steun terug te betalen.

2. Duitsland houdt de Commissie op de hoogte van de vooruitgang die bij de nationale maatregelen ter uitvoering van dit besluit wordt gemaakt, totdat de in artikel 2 bedoelde steun volledig is terugbetaald. Het verstrekt, op eenvoudig verzoek van de Commissie, onverwijld alle inlichtingen over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen. Het verstrekt eveneens nadere inlichtingen over de reeds door de begunstigten terugbetaalde steunbedragen en rente.

#### Artikel 6

Dit besluit is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 1 oktober 2014.

Voor de Commissie  
Joaquín ALMUNIA  
Vicevoorzitter

---

<sup>(167)</sup> Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1).

<sup>(168)</sup> Verordening (EG) nr. 271/2008 van de Commissie van 30 januari 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 82 van 25.3.2008, blz. 1).

**BESLUIT (EU) 2016/152 VAN DE COMMISSIE****van 1 oktober 2014****betreffende steunmaatregel SA.27339 (12/C) (ex 11/NN) die Duitsland ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van de luchthaven van Zweibrücken en de luchtvaartmaatschappijen die van de luchthaven gebruikmaken***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2014) 5063)***(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea <sup>(1)</sup>,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig de genoemde artikelen te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken <sup>(2)</sup>, en gezien deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

**1. PROCEDURE**

- (1) In een parlementaire vraag van december 2008 heeft europarlementslid Hiltrud Breyer de overheidsfinanciering van de luchthaven van Zweibrücken aan de orde gesteld <sup>(3)</sup>. Volgens haar had de deelstaat Rijnland-Palts (hierna de „deelstaat” genoemd) in de periode 2005-2006 Flugplatz GmbH Aeroville Zweibrücken (hierna „FGAZ” genoemd) 2,4 miljoen EUR steun gegeven, die FGAZ had gebruikt voor de financiering van haar volledige dochteronderneming Flughafen Zweibrücken GmbH (hierna „FZG” genoemd). Zij voerde voorts aan dat in dezelfde periode de bouwactiviteiten op de luchthaven ten belope van 6,96 miljoen EUR volledig door de deelstaat werden betaald.
- (2) Op 6 januari 2009 heeft commissaris Tajani deze vraag beantwoord. Er werd ook een klacht geregistreerd onder zaaknummer CP 5/2009. Op 22 januari 2009, 24 september 2010 en 15 maart 2011 verzocht de Commissie Duitsland om nadere inlichtingen. Duitsland verstreekte deze bij brieven van 23 maart 2009, 27 januari 2011 en 19 mei 2011.
- (3) Op 8 april 2008 heeft de Commissie luchtvaartmaatschappij Ryanair ook om aanvullende informatie verzocht; die werd op 15 juli 2011 verstrekt. Een Duitse vertaling van de informatie van Ryanair werd op 18 augustus 2011 aan Duitsland doorgezonden en op 26 september 2011 heeft Duitsland verklaard dat het in dat stadium geen opmerkingen wilde maken op de verklaring van Ryanair.
- (4) Bij brief van 22 februari 2012 heeft de Commissie Duitsland in kennis gesteld van haar besluit om de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag in te leiden (hierna het „besluit tot inleiding van de procedure” genoemd) ten aanzien van de financiering door de overheid van de exploitant van de luchthaven van Zweibrücken en de stimulerende maatregelen voor luchtvaartmaatschappijen die van de luchthaven gebruikmaken.
- (5) Bij brief van 24 februari 2012 verzocht de Commissie naar aanleiding van het besluit tot inleiding van de procedure om nadere inlichtingen. Duitsland heeft zijn opmerkingen op het besluit tot inleiding van de procedure op 4 mei 2012 ingediend en heeft op 16 april 2012 gereageerd op het verzoek van de Commissie om aanvullende informatie.
- (6) Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure werd bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* <sup>(4)</sup>. De Commissie heeft de belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen over de vermoedelijke steun te maken.

<sup>(1)</sup> Vanaf 1 december 2009 zijn de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag respectievelijk de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna „het Verdrag” genoemd) van kracht geworden. De bepalingen in beide verdragen zijn inhoudelijk identiek. In het kader van dit besluit moeten verwijzingen naar de artikelen 107 en 108 van het Verdrag waar nodig worden begrepen als verwijzingen naar, respectievelijk, de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag. Bij het Verdrag zijn ook enkele wijzigingen in de terminologie aangebracht, zoals de vervanging van „Gemeenschap” door „Unie” en van „gemeenschappelijke markt” door „interne markt”. In dit besluit wordt de terminologie van het Verdrag gehanteerd.

<sup>(2)</sup> PB C 216 van 21.7.2012, blz. 56.

<sup>(3)</sup> Schriftelijke vraag E-6470/08 van 2 december 2008 van Hiltrud Breyer (Verts/ALE) aan de Commissie met betrekking tot de subsidiëring van de luchthaven van Zweibrücken door de deelstaat Rijnland-Palts.

<sup>(4)</sup> PB C 216 van 21.7.2012, blz. 56.

- (7) De Commissie heeft opmerkingen ontvangen van vier belanghebbenden, namelijk Ryanair, Airport Marketing Services (hierna „AMS” genoemd), Germanwings en TUIfly. Zij heeft deze doorgezonden aan Duitsland, dat de gelegenheid kreeg binnen een maand te reageren, en heeft bij schrijven van 26 oktober 2012 diens opmerkingen ontvangen.
- (8) Daarnaast ontving de Commissie op 20 december 2013, 17 januari 2014 en 31 januari 2014 verdere opmerkingen van Ryanair. Die opmerkingen zijn aan Duitsland doorgestuurd, dat er niet op wenste te reageren.
- (9) Bij brieven van 6 november 2013, 14 maart 2014 en 2 april 2014 verzocht de Commissie om aanvullende informatie. Duitsland heeft op 16 december 2013, 15 januari 2014, 5 april 2014, 15 april 2014, 24 april 2014, 11 juni 2014 en 27 juni 2014 op deze verzoeken om aanvullende informatie geantwoord.
- (10) Bij brief van 25 februari 2014 heeft de Commissie Duitsland in kennis gesteld van de goedkeuring van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 <sup>(5)</sup> op 20 februari 2014 en van het feit dat die richtsnoeren op deze zaak van toepassing zouden worden vanaf de datum van hun bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, en heeft zij Duitsland in de gelegenheid gesteld om binnen twintig werkdagen na de bekendmaking in het *Publicatieblad* opmerkingen te maken over die richtsnoeren en de toepassing ervan.
- (11) Bij brieven van 24 februari 2014 heeft de Commissie ook de derden in kennis gesteld van de goedkeuring van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 op 20 februari 2014 en van het feit dat die richtsnoeren op deze zaak van toepassing zouden worden vanaf de datum van hun bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, en heeft zij de derden in de gelegenheid gesteld om binnen twintig werkdagen na de bekendmaking in het *Publicatieblad* opmerkingen te maken over die richtsnoeren en de toepassing ervan.
- (12) De richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 zijn op 4 april 2014 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt. Zij vervingen de richtsnoeren luchtvaartsteun van 1994 <sup>(6)</sup> en de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 <sup>(7)</sup>.
- (13) Op 15 april 2014 werd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een bekendmaking gepubliceerd waarin lidstaten en belanghebbenden werden verzocht binnen een maand vanaf de datum van die bekendmaking hun opmerkingen te maken over de toepassing van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 in deze zaak <sup>(8)</sup>.
- (14) De Commissie ontving op 8 mei 2014 opmerkingen van Duitsland over de toepassing van de richtsnoeren van 2014. Duitsland stemde in met de toepassing van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 in deze zaak. De derden hebben geen opmerkingen gemaakt.
- (15) Bij brief van 17 juli 2014 stemde Duitsland er uitzonderlijk mee in om afstand te doen van zijn rechten uit hoofde van artikel 342 van het Verdrag in samenhang met artikel 3 van Verordening nr. 1 van 15 april 1958 <sup>(9)</sup>, en dit besluit in het Engels te laten vaststellen en bekendmaken op grond van artikel 297 van het Verdrag.

## 2. ACHTERGROND VAN HET ONDERZOEK EN CONTEXT VAN DE MAATREGELEN

### 2.1. GESCHIEDENIS EN ONTWIKKELING VAN DE LUCHTHAVEN VAN ZWEIBRÜCKEN

- (16) De luchthaven van Zweibrücken was een militair vliegveld tot 1991, toen het werd verlaten door het Amerikaanse leger. Van 1992 tot 1999 werd op de luchthaven een door de Unie medegefinancierd conversieproject uitgevoerd <sup>(10)</sup>. De financiering van de Unie werd gebruikt om het vliegveld bruikbaar te maken voor de burgerluchtvaart; tot de noodzakelijke maatregelen behoorden het wegnemen van hindernissen, de modernisering en de installatie van een toren en de drainage van de start- en landingsbaan. De particuliere investeerders in het project waren ook van plan om daarna een bedrijvenpark, een multimediapark en recreatievoorzieningen op te richten.

<sup>(5)</sup> Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen (PB C 99 van 4.4.2014, blz. 3).

<sup>(6)</sup> Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag en van artikel 61 van de EER-Overeenkomst op steunmaatregelen van de staten in de luchtvaartsector (PB C 350 van 10.12.1994, blz. 5).

<sup>(7)</sup> Communautaire richtsnoeren voor financiering van luchthavens en aanloopsteun van de overheid voor luchtvaartmaatschappijen met een regionale luchthaven als thuishaven (PB C 312 van 9.12.2005, blz. 1).

<sup>(8)</sup> PB C 113 van 15.4.2014, blz. 30.

<sup>(9)</sup> Verordening nr. 1 van 15 april 1958 tot regeling van het taalgebruik in de Europese Economische Gemeenschap (PB 17 van 6.10.1958, blz. 385/58).

<sup>(10)</sup> Besluit van de Commissie van 22 december 1993 — K (93) 3964/6 — Konver I en besluit van de Commissie van 21 december 1995 — K (95) 3208 — Konver II. Voor Rijnland-Palts was één van de conversieprojecten het project „militair vliegveld Zweibrücken”. De financiering van de Unie bedroeg 9 miljoen EUR.

- (17) Van 2000 tot 2006 werd de luchthaven niet algemeen gebruikt voor de commerciële luchtvaart. Hij werd gebruikt door militaire vliegtuigen, door privévluchtelingen, voor vrijetijdsvluchten en slechts sporadisch voor commerciële vluchten. De meeste passagiers van en naar de luchthaven van Zweibrücken werden met militaire vluchten vervoerd, terwijl de overigen zakenvliegtuigen of taxivluchten gebruikten. Pogingen om commerciële exploitanten aan te trekken, mislukten. Een van de redenen daarvoor was de zone voor luchtgevechtstraining van de NAVO (POLYGOON), waardoor civiele exploitanten Zweibrücken zeer beperkt konden bereiken of verlaten tijdens de uren waarop activiteiten in de trainingszone plaatsvonden.
- (18) Pas nadat een controlezone (CTR Zweibrücken) was ingesteld waarmee het gebruik van het luchtruim door civiele en militaire vliegtuigen werd geregeld, kon een commerciële exploitant worden aangetrokken. Het commerciële verkeer met lijn- en chartervluchten is op 15 september 2006 van start gegaan met de eerste vlucht van Germanwings naar Berlijn. Chartermaatschappij TUIfly begon haar activiteiten op 30 maart 2007. Ryanair exploiteerde haar enige route van Zweibrücken (naar Londen-Stansted) tussen 28 oktober 2008 en 22 september 2009; daarna beëindigde zij haar diensten op de luchthaven van Zweibrücken.
- (19) De jaarlijkse capaciteit van de luchthaven van Zweibrücken ligt momenteel op ongeveer 700 000 passagiers, maar kan op basis van de capaciteit van de start- en landingsbaan en de afhandelingszones tot 1 miljoen passagiers bedragen.
- (20) In tabel 1 wordt een beeld geschetst van de ontwikkeling van de luchthaven van Zweibrücken van 2006 tot en met 2012 in termen van passagiersaantallen en vliegtuigbewegingen.

Tabel 1

**Passagiersaantallen 2006-2012 <sup>(1)</sup>**

Jaar	Passagiers	Vliegtuigbewegingen
2006	78 000	23 160
2007	288 000	26 474
2008	327 000	27 000
2009	338 000	21 000
2010	265 000	16 000
2011	224 000	14 500
2012	242 880	13 230

**2.2. GEOGRAFISCHE LIGGING VAN DE LUCHTHAVEN VAN ZWEIBRÜCKEN**

- (21) De luchthaven van Zweibrücken ligt 4 km ten zuidoosten van de stad Zweibrücken in de Duitse deelstaat Rijnland-Palts. De dichtstbijzijnde <sup>(12)</sup> andere luchthavens zijn:
- luchthaven Saarbrücken* (ongeveer 39 km of ongeveer 29 minuten rijden);
  - luchthaven Frankfurt-Hahn* (ongeveer 128 km of ongeveer 84 minuten rijden);
  - luchthaven Frankfurt am Main* (ongeveer 163 km of ongeveer 91 minuten rijden);
  - luchthaven Luxemburg* (ongeveer 145 km of ongeveer 86 minuten rijden);

<sup>(1)</sup> <http://www.flughafen-zweibruecken.de/de/wir-ueber-uns-de/daten-und-fakten-de>

<sup>(2)</sup> Alle afstanden worden in wegekilometers uitgedrukt en zijn gebaseerd op de snelste route. Bron: maps.google.com, geraadpleegd op 25 juni 2014.



- e) *luchthaven Karlsruhe/Baden-Baden* (ongeveer 105 km of ongeveer 88 minuten rijden);
  - f) *luchthaven Metz-Nancy* (ongeveer 129 km of ongeveer 78 minuten rijden);
  - g) *luchthaven Straatsburg* (ongeveer 113 km of ongeveer 87 minuten rijden).
- (22) Volgens de studie van Desel Consulting en Airport Research GmbH van 2009 <sup>(13)</sup> was jaarlijks gemiddeld ongeveer 15 % van de passagiers afkomstig uit andere lidstaten (Luxemburg en Frankrijk). De overige passagiers zijn afkomstig uit Duitsland, voornamelijk uit de zuidwestelijke regio Saarpfalz, de stad Saarbrücken, de stad Saarlouis en de regio Saarpfalz-Kreis.

### 2.3. JURIDISCHE EN ECONOMISCHE STRUCTUUR VAN DE LUCHTHAVEN VAN ZWEIBRÜCKEN

- (23) De luchthaven van Zweibrücken is eigendom van en wordt geëxploiteerd door FZG. FZG is een volledige dochteronderneming van FGAZ, met wie zij een winstpoolingsovereenkomst heeft gesloten. De winstpoolingsovereenkomst garandeert dat alle verliezen van FZG zullen worden gedekt door en alle winsten zullen worden overgedragen naar FGAZ.
- (24) FGAZ op haar beurt is mede-eigenaar. De deelstaat Rijnland-Palts bezit 50 % van de aandelen; de resterende 50 % is in handen van het *Zweckverband Entwicklungsgebiet Flugplatz Zweibrücken* (hierna „ZEF” genoemd), een vereniging van de territoriale overheden in Rijnland-Palts. De openbare eigenaren van FGAZ dekken haar financieringsbehoeften door middel van jaarlijkse kapitaalinjecties. Volgens Duitsland oefent FGAZ zelf geen activiteiten uit die met luchtvaart verband houden. Wat luchtvaart betreft, stort FGAZ de overheidsfinanciering gewoon door aan FZG. FGAZ oefent echter wel een aantal activiteiten uit op het gebied van het vermarkten van gronden in de omgeving van de luchthaven.

### 3. BESCHRIJVING VAN DE MAATREGELEN EN REDENEN OM DE PROCEDURE IN TE LEIDEN

- (25) De Commissie heeft diverse maatregelen met betrekking tot de luchthaven van Zweibrücken onderzocht. Zij heeft beoordeeld of er bij deze maatregelen sprake was van staatssteun en of eventuele staatssteun als verenigbaar met de interne markt kon worden beschouwd.
- (26) Van de volgende maatregelen is onderzocht of er sprake was van staatssteun ten gunste van FGAZ en FZG:
- a) directe overheidsfinanciering door de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF van de luchthaven van Zweibrücken voor de kosten met betrekking tot:
    - infrastructuurinvesteringen (2000-2009);
    - exploitatiekosten (2000-2009);
  - b) een banklening en deelneming in de interne cashpool van de deelstaat Rijnland-Palts.
- (27) Van de volgende maatregelen is onderzocht of er sprake was van staatssteun ten gunste van de luchtvaartmaatschappijen die vanuit de luchthaven van Zweibrücken activiteiten uitoefenen:
- a) kortingen op de luchthavengelden voor een aantal luchtvaartmaatschappijen (Germanwings, TUIfly en Ryanair);
  - b) de marketingovereenkomsten met Ryanair.

#### 3.1. OVERHEIDSFINANCIERING DOOR DE DEELSTAAT RIJNLAND-PALTS EN ZEF VAN DE LUCHTHAVEN VAN ZWEIBRÜCKEN

##### 3.1.1. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGEL

- (28) De financiering door de overheid van de luchthaven van Zweibrücken nam twee verschillende vormen aan. Ten eerste hebben de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF specifieke infrastructuurinvesteringen van FZG ondersteund met rechtstreekse subsidies. Ten tweede hebben de eigenaars van FGAZ jaarlijks kapitaal in FGAZ geïnjecteerd. Het doel van deze kapitaalinjecties, die de eigen verliezen van FGAZ dekken, is FGAZ in staat te stellen te voldoen aan haar verplichtingen uit hoofde van de winstpoolingsovereenkomst, volgens welke FGAZ de verliezen van FZG moet dekken.

<sup>(13)</sup> Desel Consulting en Airport Research Center GmbH, „Fluggast- und Flugbewegungsprognose für den Flughafen Zweibrücken bis zum Jahr 2025”, Gutachten im Auftrag der Flughafen Zweibrücken GmbH, september 2009, blz. 56.

- (29) De rechtstreekse subsidies ter ondersteuning van specifieke infrastructuurinvesteringen tussen 2000 en 2005 en tussen 2006 en 2009 zijn opgenomen in tabel 2 en tabel 3.

Tabel 2

**Infrastructuurinvesteringen 2000-2005**

Zuwendungsbescheid vom	Maßnahmen	Gesamtkosten der Investitionsmaßnahmen	Landesmittel	Mittel des Trägers	Ausgezahlte Mittel insgesamt	Davon Landesmittel für Baumaßnahmen
2000						
5.6.2000	Wendehämmer, Boden- geräte, usw.	[...] (*)	[...]	[...]	[...]	[...]
30.11.2000	Flugzeughalle 25 × 25	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
30.11.2000	Flugzeughalle 56 × 18	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
24.11.2000	Renovierung Halle 360	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
1.12.2000	Renovierung Halle 370	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2000		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2001						
23.7.2001	TODA 1. Phase	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
22.11.2001	Umorg. Sicherheits- bereich	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2001		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2002						
16.7.2002	außerord. Rep. Start- u. Landebahn	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2002		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Zuwendungsbescheid vom	Maßnahmen	Gesamtkosten der Investitionsmaßnahmen	Landesmittel	Mittel des Trägers	Ausgezahlte Mittel insgesamt	Davon Landesmittel für Baumaßnahmen
2003						
14.4.2003	Überarb. Markierungen Flugbetr. fläche	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
15.9.2003	2. Phase TODA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2003		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2004						
26.1.2004	Gebäude 320	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
1.11.2004	Luftsicherheitsmaßn.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2004		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2005						
4.8.2005	Feuerlöschfahrzeug	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
13.12.2005	Feuerlöschfahrzeug	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2005		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(\*) valt onder de geheimhoudingsplicht.

Tabel 3

### Infrastructuurinvesteringen 2006-2009

Zuwendungsbescheid vom	Maßnahme	Gesamtkosten der Investitionsmaßnahme	Landesmittel	Mittel des ZEF	Mittel des Trägers	Ausgezahlte Mittel des Landes	Ausgezahlte Mittel des ZEF	Davon Landesmittel für Baumaßnahme
2006								
22.11.2006	Trinkwasseranlage	[...]	[...]		[...]	[...]		



Zuwendungsbescheid vom	Maßnahme	Gesamtkosten der Investitionsmaßnahme	Landemittel	Mittel des ZEF	Mittel des Trägers	Ausgezählte Mittel des Landes	Ausgezählte Mittel des ZEF	Davon Landemittel für Baumaßnahme
21.10.2008	Vorfeldbeleuchtung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
27.10.2008	Heizgerät	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
09.11.2008	Sanierung Landebahn	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
31.10.2008	Umbau Terminal	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
24.11.2008	Wetterbeobachtungssystem	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
24.11.2008	Geräte, Fahrzeuge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2008		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>2009</b>								
12.8.2009	Landebahnsanierung	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
02.9.2009	Erstellung DES	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
16.10.2009	Guard Lights	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
19.10.2009	Flugzeugschlepper, Förderband	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt 2009		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (30) De totale investeringen bedroegen tussen 2000 en 2009 27 987 281 EUR, terwijl het totale bedrag aan subsidies van de deelstaat 21 588 534 EUR bedroeg. De grootste individuele investeringen waren de uitbreiding van de start- en landingsbaan in 2001/2003 ([...] EUR), de modernisering van de terminal in 2006 ([...] EUR) en de modernisering van de start- en landingsbaan in 2008/2009 ([...] EUR).
- (31) In tabel 4 zijn de relevante gegevens over de kapitaalinjecties van de deelstaat Rijnland-Palts/ZEF in FGAZ en de dekking van de verliezen van FZG door FGAZ weergegeven.
- (32) Daarnaast moet worden opgemerkt dat de deelstaat en ZEF tussen 2000 en 2009 weliswaar beide 50 % van de aandelen van FGAZ bezaten en in principe ieder een even groot deel van de kapitaalinjecties deden, maar dat de deelstaat in werkelijkheid het aandeel van ZEF subsidieerde. Tot eind 2005 dekte de deelstaat, naast zijn eigen aandeel van 50 % van de vereiste kapitaalinjecties, ook 90 % van het aandeel van ZEF. Later verlaagde de deelstaat dat percentage, eerst tot 80 % in 2006 en vervolgens tot 60 % vanaf 2007. De deelstaat dekte dus tussen 95 % (tot 2005) en 80 % (vanaf 2007) van de jaarlijkse verliezen van FGAZ.

Tabel 4

**Kapitaalinjecties en resultaten van de bedrijfsactiviteiten**

Jaar	Kapitaalinjecties van deelstaat Rijnland-Palts/ZEF in FGZ	Jaarresultaat FGZ	Jaarresultaat FZG	EBITDA FZG
2000	[...]	[...]	[...]	[...]
2001	[...]	[...]	[...]	[...]
2002	[...]	[...]	[...]	[...]
2003	[...]	[...]	[...]	[...]
2004	[...]	[...]	[...]	[...]
2005	[...]	[...]	[...]	[...]
2006	[...]	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Totaal</b>	[...]	[...]	[...]	[...]

## 3.1.2. REDENEN OM DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE IN TE LEIDEN

- (33) In het besluit tot inleiding van de procedure wordt een onderscheid gemaakt tussen de financiering door de overheid van investeringen in de infrastructuur van de luchthaven van Zweibrücken en de financiering door de overheid van de exploitatiekosten.

3.1.2.1. *Infrastructuurinvesteringen***Aanwezigheid van steun**

- (34) In het besluit tot inleiding van de procedure werd allereerst vastgesteld dat FZG met betrekking tot investeringen in de luchthaveninfrastructuur een onderneming is in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Er werd aan herinnerd dat het Gerecht in het arrest in de zaak Leipzig-Halle<sup>(14)</sup> heeft bevestigd dat een entiteit die luchthaveninfrastructuur bouwt en exploiteert en de gebruikers daarvoor een heffing oplegt, een economische activiteit uitoefent. De enige uitzondering hierop zou worden gevormd door bepaalde activiteiten die als een uitoefening van het openbaar gezag kunnen worden aangemerkt; die activiteiten zouden worden aangemerkt als niet-economisch van aard, en daarom niet onder de staatssteunregels vallen. In het besluit tot inleiding van de procedure werd Duitsland ook verzocht om nadere informatie te verstrekken over welke activiteiten als niet-economisch van aard kunnen worden aangemerkt.
- (35) In het besluit tot inleiding van de procedure werd ook vastgesteld dat FGZ zelf geen luchthavenactiviteiten uitoefende, maar louter de ontvangen overheidsfinanciering aan FZG doorstortte. Er werd echter opgemerkt dat FGZ wel bepaalde economische activiteiten uitoefende met betrekking tot gronden in de omgeving van de luchthaven. Vanwege deze activiteiten werd in het besluit tot inleiding van de procedure geoordeeld dat FGZ ook een onderneming was in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag.
- (36) Aangezien de rechtstreekse subsidies voor investeringsprojecten uit de begroting van de deelstaat werden gefinancierd en de kapitaalinjecties ten gunste van FGZ (en uiteindelijk FZG) afkomstig waren uit de overheidsbegroting van de deelstaat en ZEF, werd in het besluit tot inleiding van de procedure geconcludeerd dat de maatregelen met overheidsmiddelen werden gefinancierd.

<sup>(14)</sup> Arrest van het Gerecht van 24 maart 2011, Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig Halle GmbH/Commissie (hierna het „arrest in de zaak Leipzig-Halle” genoemd), T-443/08 en T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, met name de punten 93 en 94, bevestigd door het arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2012, Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Commissie, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821.

- (37) Met betrekking tot de vraag of FGAZ en FZG een voordeel hebben ontvangen, wordt in het besluit tot inleiding van de procedure opgemerkt dat overheidsfinanciering geen voordeel vormt wanneer het overheidsorgaan dat de financiering verstrekt, heeft gehandeld als een marktdeelnemer in een markteconomie. In het besluit tot inleiding van de procedure werd vastgesteld dat Duitsland geen bewijsmateriaal heeft voorgelegd waaruit blijkt dat het bij de toekenning van de overheidsfinanciering als een marktdeelnemer in een markteconomie heeft gehandeld. In tegenstelling tot een marktdeelnemer in een markteconomie leken de overheidsinstanties bij de toekenning van de financiële middelen echter regionale en sociale overwegingen voor ogen te houden. Er kon dus niet worden geconcludeerd dat de overheid als een marktdeelnemer in een markteconomie heeft gehandeld en daarom luidde de voorlopige conclusie van het besluit tot inleiding van de procedure dat de overheidsfinanciering een voordeel vormde voor FGAZ/FZG.
- (38) Vervolgens werd in het besluit tot inleiding van de procedure opgemerkt dat de overheidsfinanciering alleen aan FGAZ/FZG werd verleend, wat betekent dat deze selectief van aard was.
- (39) Ten slotte is het besluit tot inleiding van de procedure uiteengezet dat elk voordeel voor de luchthaven van Zweibrücken de mededinging kon vervalsen, omdat er steeds meer concurrentie tussen regionale luchthavens was. Er werd met name naar de luchthaven van Saarbrücken verwezen, die maar op 39 km rijden van de luchthaven van Zweibrücken ligt. Rekening houdend met de prognoses inzake verkeersontwikkeling voor de luchthaven van Zweibrücken werd in het besluit tot inleiding van de procedure ook opgemerkt dat het voordeel het handelsverkeer tussen de lidstaten waarschijnlijk ongunstig zou beïnvloeden.
- (40) In het besluit tot inleiding van de procedure werd geconcludeerd dat de financiering door de overheid van infrastructuurinvesteringen op de luchthaven van Zweibrücken staatssteun vormde omdat aan alle voorwaarden was voldaan.

### **Verenigbaarheid**

- (41) In het besluit tot inleiding van de procedure werd opgemerkt dat de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 het kader vormen voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de financiering door de overheid van infrastructuurinvesteringen. Zij bevatten een aantal criteria die de Commissie in aanmerking moet nemen voor de beoordeling van de verenigbaarheid op grond van artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag. Op grond van punt 61 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 is dergelijke overheidsfinanciering verenigbaar indien:
- a) de bouw en de exploitatie van de infrastructuur beantwoorden aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang (regionale ontwikkeling, toegankelijkheid, ...);
  - b) de infrastructuur nodig is en in verhouding staat tot het gestelde doel;
  - c) de infrastructuur op middellange termijn voldoende gebruiksmogelijkheden biedt, het gebruik van de bestaande infrastructuur in aanmerking genomen;
  - d) de infrastructuur voor alle potentiële gebruikers gelijk en zonder discriminatie toegankelijk is, en
  - e) het handelsverkeer niet zozeer beïnvloed wordt dat dit in strijd is met het belang van de Unie.
- (42) Daarnaast moet staatssteun aan luchthavens — zoals alle andere staatssteunmaatregelen — om verenigbaar te zijn met de interne markt een stimulerend effect hebben, nodig zijn en in verhouding staan tot het gestelde doel.
- (43) Wat de vraag betreft of de bouw en de exploitatie van de infrastructuur beantwoorden aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang, werd in het besluit tot inleiding van de procedure opgemerkt dat de luchthaven van Zweibrücken de toegankelijkheid van dat deel van Rijnland-Palts waar de luchthaven gevestigd is, helpt te verbeteren. Voorts werd herinnerd aan de Duitse opmerking dat de luchthaven de economische ontwikkeling van de regio bevordert. In het besluit tot inleiding van de procedure werd echter ook gewezen op het feit dat de luchthaven pas in 2006 met zijn commerciële luchtvaartdiensten is begonnen, en dat er in de omgeving andere luchthavens zijn, met name de luchthaven van Saarbrücken, die de regio ontsluiten. Op basis van die laatste vaststelling werden in het besluit tot inleiding van de procedure twijfels geuit over de vraag of de financiering door de overheid van de infrastructuur van Zweibrücken een doelstelling van gemeenschappelijk belang diende of alleen maar de reeds beschikbare infrastructuur in de regio verdubbelde.
- (44) Met betrekking tot de noodzaak en de evenredigheid van de infrastructuur heeft Duitsland aangevoerd dat alleen die investeringen zijn gedaan die noodzakelijk waren om ervoor te zorgen dat de luchthaven aan alle geldende veiligheidsnormen voldeed. In het besluit tot inleiding van de procedure werd evenwel opgemerkt dat de luchthaven van Zweibrücken zo dicht bij de luchthaven Saarbrücken ligt, dat moet worden verondersteld dat zij ermee concurreert. Ook andere luchthavens kunnen rechtstreekse concurrenten zijn van de luchthaven van Zweibrücken, met name voor vracht of vakantiereizen. In deze omstandigheden uitte de Commissie in het besluit tot inleiding van de procedure twijfels over de vraag of de infrastructuur in Zweibrücken noodzakelijk was voor en evenredig was aan de genoemde doelstelling.

- (45) Wat de mogelijkheden van de infrastructuur betreft, werd in het besluit tot inleiding van de procedure verwezen naar de opmerking van Duitsland dat het aantal passagiers naar verwachting zou stijgen tot ongeveer 335 000 in 2015 en mogelijk tot meer dan 1 000 000 in 2025. Duitsland had ook verklaard dat het verwachtte dat Zweibrücken in 2015 winstgevend zou zijn. In het besluit tot inleiding van de procedure werd echter opgemerkt dat de luchthaven van Zweibrücken sinds de aanvang van de commerciële luchtvaartactiviteiten in 2006 steeds grotere verliezen had geleden, wat twijfel doet rijzen over het vermogen van de luchthaven om in de toekomst winsten te genereren. Deze twijfels worden bevestigd door de nabijheid van de luchthaven van Saarbrücken, die mogelijk met Zweibrücken concurreert om dezelfde passagiers. In het licht hiervan werden in het besluit tot inleiding van de procedure twijfels geuit over de vooruitzichten op middellange termijn voor het gebruik van de luchthaveninfrastructuur.
- (46) In het besluit tot inleiding van de procedure werd ten slotte betwijfeld of de infrastructuur voor alle potentiële gebruikers gelijk en zonder discriminatie toegankelijk is. De vraag werd ook gesteld of het handelsverkeer niet zozeer wordt beïnvloed dat dit in strijd is met het belang van de Unie, met name gelet op de nabijheid van de luchthaven van Saarbrücken.

### 3.1.2.2. Exploitatiesteun

#### Aanwezigheid van steun

- (47) In het besluit tot inleiding van de procedure werd allereerst herinnerd aan de eerdere conclusie dat zowel FGAZ als FZG ondernemingen zijn in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Er werd ook aan herinnerd dat de kapitaalinjecties een overdracht van staatsmiddelen zijn en aan de staat kunnen worden toegerekend, aangezien ze rechtstreeks afkomstig waren van de overheid. Rekening houdend met het feit dat exploitatiesteun de begunstigde van een deel van de kosten voor zijn activiteiten bevrijdt, werd door de kapitaalinjecties een economisch voordeel aan FGAZ en FZG verleend dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zouden hebben gekregen. Ten slotte werd eraan herinnerd dat exploitatiesteun op dezelfde manier als overheidsfinanciering voor infrastructuurinvesteringen de mededinging kan vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. De conclusie was dat de exploitatiesteun in de vorm van kapitaalinjecties ten gunste van FGAZ en FZG staatssteun vormde.

#### Verenigbaarheid — DAEB-besluit

- (48) Duitsland had betoogd dat de luchthaven van Zweibrücken was belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang (hierna „DAEB” genoemd) en dat exploitatiesteun was vrijgesteld van aanmelding en verenigbaar was met de interne markt op grond van de DAEB-beschikking van 2005<sup>(15)</sup>. Na de vaststelling dat de luchthaven van Zweibrücken minder dan 1 000 000 passagiers per jaar verwerkte en dus voldeed aan de voorwaarde van artikel 2, lid 1, onder d), van de DAEB-beschikking van 2005, werd in het besluit tot inleiding van de procedure betwijfeld of de exploitatie van de luchthaven een DAEB is.
- (49) Meer in het bijzonder werd in het besluit tot inleiding van de procedure het argument van Duitsland verworpen dat een bijdrage aan de regionale en economische ontwikkeling van de regio volstond om de volledige exploitatie van de luchthaven als DAEB aan te merken. In het besluit tot inleiding van de procedure werd benadrukt dat de regio al goed bediend werd door andere luchthavens en dat het dus niet duidelijk was waarom het nodig zou zijn de luchthaven van Zweibrücken met een DAEB voor het verlenen van luchthavendiensten te belasten.
- (50) In het besluit tot inleiding van de procedure werd ook uitgelegd dat het op basis van de beschikbare informatie niet duidelijk was of aan de voorwaarden van artikel 4 van de DAEB-beschikking van 2005 was voldaan. De algemene verplichting om de luchthaven te exploiteren, opgenomen in § 45 van de *Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung* (verordening inzake vergunningen voor luchtverkeer, hierna „LuftVZO” genoemd), voldeed niet aan de voorwaarden in artikel 4 van de DAEB-beschikking van 2005, en deze verplichting zou in elk geval vervallen indien werd besloten de luchthaven te sluiten. Voorts werd opgemerkt dat de Commissie vanwege ontbrekende gegevens niet had kunnen nagaan of artikel 5 van de DAEB-beschikking van 2005 werd nageleefd.
- (51) In het besluit tot inleiding van de procedure werd tot slot opgemerkt dat, aangezien in het DAEB-besluit van 2012<sup>(16)</sup> alleen luchthavens met minder dan 200 000 passagiers van aanmelding worden vrijgesteld, steun voor de luchthaven van Zweibrücken bij de Commissie moest worden aangemeld voor de periode vanaf 31 januari 2014, zelfs indien deze in overeenstemming met de DAEB-beschikking van 2005 kon worden geacht.

<sup>(15)</sup> Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend (PB L 312 van 29.11.2005, blz. 67).

<sup>(16)</sup> Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PB L 7 van 11.1.2012, blz. 3).



**Verenigbaarheid — richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005**

- (52) In het besluit tot inleiding van de procedure werd eraan herinnerd dat exploitatiesteun over het algemeen niet verenigbaar is met de interne markt en slechts bij wijze van uitzondering en onder strikte voorwaarden verenigbaar kan worden verklaard. Volgens punt 27 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 kan exploitatiesteun verenigbaar worden verklaard voor luchthavens in de meest achtergestelde regio's van de Unie, dat wil zeggen gebieden die vallen onder artikel 107, lid 3, onder a), van het Verdrag, alsook de ultraperifere gebieden en dunbevolkte gebieden. Er werd opgemerkt dat de luchthaven van Zweibrücken niet in een dergelijk gebied was gevestigd, zodat de steun niet als verenigbaar kon worden beschouwd op grond van punt 27 van de richtsnoeren.
- (53) Wat betreft de mogelijkheid om de exploitatiesteun verenigbaar te verklaren op grond van punt 4.2 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, werd in het besluit tot inleiding van de procedure aangegeven dat de verenigbaarheidscriteria in dat punt dezelfde zijn als die in de DAEB-beschikking van 2005. De Commissie was tot de voorlopige conclusie gekomen dat niet was voldaan aan de voorwaarden van de DAEB-beschikking van 2005 en kwam tot dezelfde conclusie met betrekking tot de voorwaarden van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005.
- (54) Tot slot werd in het besluit tot inleiding van de procedure ook opgemerkt dat de bepalingen van punt 4.2 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 sinds 31 januari 2012 worden aangevuld met de bepalingen van de DAEB-kaderregeling van 2012<sup>(17)</sup>. Dit betekent dat overheidsfinanciering die onder de DAEB-beschikking van 2005 valt, maar niet onder het DAEB-besluit van 2012, vanaf 31 januari 2014 zowel moet voldoen aan de eisen in punt 4.2 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 als aan de bepalingen van de DAEB-kaderregeling van 2012.

**Verenigbaarheid — richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun**

- (55) In het besluit tot inleiding van de procedure werd ten slotte ingegaan op de eventuele verenigbaarheid van de kapitaalinjecties op grond van de richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun<sup>(18)</sup>. Er werd vastgesteld dat de luchthaven als een „nieuw opgerichte onderneming” in de zin van de richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun kan worden beschouwd, omdat pas in 2006 met de commerciële exploitatie ervan is begonnen, waardoor die richtsnoeren niet van toepassing zijn. Er werd ook opgemerkt dat er geen herstructureringsplan was ingediend op basis waarvan de steun kon zijn toegekend.
- (56) Op basis van de beschikbare informatie werd daarom geconcludeerd dat de exploitatiesteun voor FZG/FGAZ niet verenigbaar kon worden verklaard met de interne markt.

**3.2. EVENTUELE STEUN IN VERBAND MET EEN BANKLENING EN DEELNEMING IN DE INTERNE CASHPOOL VAN DE DEELSTAAT RIJNLAND-PALTS****3.2.1. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGEL**

- (57) Op 20 oktober 2009 heeft FZG een lening van [...] miljoen EUR gekregen van Sparkasse Südwestpfalz. De rentevoet was vastgesteld op 2,05 % per jaar tot 15 oktober 2012, waarna de partijen opnieuw over de voorwaarden konden onderhandelen. De deelstaat Rijnland-Palts gaf FZG een garantie van 100 % voor de lening, zonder dat hier een vergoeding of zekerheden tegenover staan.
- (58) Sinds 26 februari 2003 had FGZ ook het recht om deel te nemen aan een „cashpool” (dat wil zeggen een financieringspool) die door het ministerie van Financiën van de deelstaat Rijnland-Palts was opgericht. De cashpool is een herfinancieringsmechanisme dat openstaat voor ondernemingen waarvan de deelstaat ten minste 50 % van de aandelen bezit.
- (59) Het maximale leenbedrag dat FGZ uit de cashpool kon opnemen, was vastgesteld op 3,5 miljoen EUR vanaf 16 januari 2009 en werd op 1 oktober 2009 tot 6 miljoen EUR verhoogd. FGZ hoeft geen zekerheden te verschaffen, de rente is vastgesteld op de daggeldrente en de leningen worden afgelost wanneer FGZ liquiditeit beschikbaar heeft.

<sup>(17)</sup> Mededeling van de Commissie — EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011) (PB C 8 van 11.1.2012, blz. 15).

<sup>(18)</sup> Mededeling van de Commissie — Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (2004) (PB C 244 van 1.10.2004, blz. 2).

- (60) Duitsland verklaarde dat de cashpool als volgt functioneert: FGAZ verzoekt om middelen uit de cashpool om haar liquiditeit te garanderen en de deelstaat verstrekt die middelen uit de cashpool. De in rekening gebrachte rentetarieven zijn marktconforme daggeldrenten. Indien het saldo van de cashpool zelf negatief is, vult de deelstaat dit aan door in eigen naam leningen op te nemen op de markt. Duitsland legde voorts uit dat de deelstaat in wezen de voorwaarden die hij op de kapitaalmarkt verkrijgt aan de deelnemers aan de cashpool doorgeeft, zodat die deelnemers — de ondernemingen waarin de deelstaat de meerderheid van de aandelen bezit — zichzelf op dezelfde voorwaarden als de deelstaat kunnen herfinancieren.
- (61) Duitsland verklaarde dat het saldo van FGAZ in de cashpool tot mei 2006 altijd positief was en pas daarna negatief begon te worden. Duitsland verstreekte de gegevens in tabel 5 over het saldo van FGAZ in de cashpool tussen 2006 en 2009.

Tabel 5

**Saldo van FGAZ in de cashpool tussen 2006 en 2009**

Jaar	Deposito's	Opgenomen bedragen	Saldo op 31.12
<b>2006</b>	[...]	[...]	[...]
<b>2007</b>	[...]	[...]	[...]
<b>2008</b>	[...]	[...]	[...]
<b>2009</b>	[...]	[...]	[...]

## 3.2.2. REDENEN OM DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE IN TE LEIDEN

3.2.2.1. *Aanwezigheid van steun*

- (62) In het besluit tot inleiding van de procedure werd allereerst verklaard dat FZG en FGAZ ondernemingen zijn in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Vervolgens werd opgemerkt dat het duidelijk was dat de garantie en de cashpool aan de staat toerekenbaar waren en met staatsmiddelen waren bekostigd. Wat de lening zelf betreft, werd Duitsland in het besluit tot inleiding van de procedure echter om aanvullende inlichtingen verzocht over de vraag of de toekenning van de lening door Sparkasse Südpfalz, een overheidsbank, aan de staat toerekenbaar was.
- (63) In het besluit tot inleiding van de procedure werd het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie toegepast om te bepalen of de lening, de garantie of de cashpool een voordeel vormde voor FZG/FGAZ. Er werd opgemerkt dat voor de lening en de cashpool moest worden onderzocht of beide voldeden aan de voorwaarden van de mededeling referentiepercentages van 2008 <sup>(19)</sup>. Omdat geen informatie over de relevante referentierentevoot was verstrekt, verzocht de Commissie Duitsland alle nodige informatie te verstrekken om na te gaan of de lening en de cashpool voldeden aan de voorwaarden van de mededeling referentiepercentages van 2008.
- (64) Met betrekking tot de garantie die de deelstaat Rijnland-Palts heeft verstrekt, wordt in het besluit tot inleiding van de procedure opgemerkt dat op basis van de garantiemededeling 20 moest worden beoordeeld of de garantie al dan niet staatssteun vormde <sup>(20)</sup>. Omdat niet voldoende informatie beschikbaar was, werd Duitsland in het besluit tot inleiding van de procedure verzocht alle informatie te verstrekken die nodig is om de garantie op basis van de garantiemededeling te beoordelen.
- (65) Rekening houdend met het feit dat de lening, de garantie en de cashpool alleen beschikbaar waren voor FGAZ/FZG, werd in het besluit tot inleiding van de procedure voorts vastgesteld dat deze selectief waren. Er werd ook vastgesteld dat — zoals het geval was met betrekking tot de overheidsfinanciering van infrastructuur en exploitatiesteun — niet kon worden uitgesloten dat de lening, de garantie en de cashpool de mededinging vervalsten.

<sup>(19)</sup> Mededeling van de Commissie van 12 december 2007 over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (PB C 14 van 19.1.2008, blz. 6).

<sup>(20)</sup> Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (PB C 155 van 20.6.2008, blz. 10).

- (66) Op basis van de beschikbare informatie werd in het besluit tot inleiding van de procedure dan ook geconcludeerd dat de lening, de overheidsgarantie en de cashpool staatssteun vormden in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. De eventuele verenigbaarheid van die maatregelen werd niet onderzocht.

### 3.3. KORTINGEN OP DE LUCHTHAVENGELDEN VOOR RYANAIR, GERMANWINGS EN TUIFLY

#### 3.3.1. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGEL

- (67) De door Duitsland ingediende lijst van luchthavengelden werd op 1 oktober 2005 van kracht. Volgens die lijst worden de landingsrechten bepaald op basis van de maximale startmassa van het vliegtuig (maximum take-off weight, hierna „MTOW” genoemd) en het aantal passagiers aan boord. Voor lijnvluchten met meer dan 50 passagiers is echter in een vast bedrag van 6 EUR per passagier voorzien. Dat vaste bedrag dekt alle luchthavengelden, met inbegrip van de veiligheidsheffing van 3,58 EUR.
- (68) Er zijn een aantal kortingen mogelijk wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan:
- nieuwe lijnvluchten: de luchthaven geeft een korting van 100 % op landingsgelden, afhandelingsheffingen en passagiersheffingen voor een periode van twaalf maanden voor alle luchtvaartmaatschappijen die een nieuwe verbinding vanaf Zweibrücken exploiteren, op voorwaarde dat de nieuwe bestemming in de zomerdienstregeling dagelijks wordt bediend en in de winterdienstregeling ten minste drie keer per week. Als de luchtvaartmaatschappij een vliegtuig op de luchthaven stationeert, kan de korting van 100 % met nog eens zes maanden worden verlengd;
  - nieuwe chartervluchten: de luchthaven geeft een korting van 100 % op landingsgelden, afhandelingsheffingen en passagiersheffingen voor alle luchtvaartmaatschappijen die vanaf Zweibrücken activiteiten beginnen uitoefenen tot een maximum van 100 000 passagiers is bereikt; dit betekent dat voor de eerste 100 000 passagiers geen landingsgelden, afhandelingsheffingen en passagiersheffingen moeten worden betaald. De luchtvaartmaatschappij moet de nieuwe bestemming in de zomerdienstregeling dagelijks bedienen en in de winterdienstregeling ten minste drie keer per week. Luchtvaartmaatschappijen die aan bepaalde andere voorwaarden voldoen — zoals in twee opeenvolgende zomerdienstregelingen de frequentie van de diensten met 50 %-100 % verhogen en een bepaald minimumaantal passagiers behalen — krijgen een extra korting van 100 % voor nog eens 50 000-100 000 passagiers.

#### 3.3.1.1. Door Germanwings betaalde heffingen

- (69) In augustus/september 2006 sloten Germanwings en FZG een overeenkomst over het opstarten van de verbinding Zweibrücken-Berlin-Schönefeld vanaf september 2006. In dat contract was sprake van een heffing van [...] EUR per passagier, waarin de landingsrechten, parkeergelden, passagiersheffingen en veiligheidsheffingen zijn inbegrepen. De heffingen werden het eerste jaar met [...] verlaagd. Vanaf 16 september 2007 betaalde Germanwings [...] EUR per passagier, en vanaf 1 januari 2008 werd dit bedrag tot [...] EUR per passagier verlaagd. Op 9 januari 2011 heeft Germanwings haar dienst van en naar Zweibrücken stopgezet.

#### 3.3.1.2. Door TUIfly betaalde heffingen

- (70) Duitsland verstreekte een overeenkomst tussen FZG en TUIfly, volgens welke TUIfly een vast bedrag van [...] EUR per passagier moest betalen, waarin alle relevante heffingen zijn inbegrepen. Het vermeldde verder echter dat TUIfly was vrijgesteld van alle heffingen voor de eerste [...] passagiers. Nadat dat aantal passagiers op 1 augustus 2010 was bereikt, betaalde TUIfly een vast bedrag van [...] per passagier.

#### 3.3.1.3. Door Ryanair betaalde heffingen

- (71) Ryanair exploiteerde de verbinding Zweibrücken-Londen-Stansted tussen 28 oktober 2008 en 22 september 2009. Voor het eerste exploitatiejaar waren FZG en Ryanair [...] overeengekomen. In ruil daarvoor heeft Ryanair zich ertoe verbonden ten minste [...] passagiers per jaar te vervoeren. Volgens Duitsland betaalde Ryanair [...].

#### 3.3.1.4. Door Germanwings, TUIfly en Ryanair afgenomen diensten

- (72) De contracten tussen FZG en de verschillende luchtvaartmaatschappijen bevatten allemaal een hoofdstuk over aanvullende diensten en heffingen. In tabel 6 worden de belangrijkste aanvullende diensten en de prijzen die hiervoor aan de luchtvaartmaatschappijen in rekening worden gebracht vergeleken.

Tabel 6

**Aanvullende diensten en heffingen**

Dienst	Prijs TUIfly	Prijs Germanwings	Prijs Ryanair
<b>Luchtstartinrichting (ASU)</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Grondgroep (GPU)</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Schoonmaken van het vliegtuig (standaard)</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Schoonmaken van het vliegtuig (nachtstop)</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Ijsvrij maken van het vliegtuig</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Ontijzingsvloeistof en water</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Advertentieruimte op wanden</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Loket voor autoverhuur</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Hangartoegang voor ad hoc technisch onderhoud</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Minstens vier persconferenties per jaar</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Twee reizen voor journalisten per jaar, georganiseerd door de luchthaven</b>	[...]	[...]	[...]
<b>Pc's, printers, telefoons, fax en SITA-uitrusting</b>	[...]	[...]	[...]

## 3.3.2. REDENEN OM DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE IN TE LEIDEN

3.3.2.1. *Aanwezigheid van steun*

- (73) Aangezien FZG, die de kortingen op de luchthavengelden aan de verschillende luchtvaartmaatschappijen heeft toegekend, volledig in handen was en onder de zeggenschap stond van de staat, wordt in het besluit tot inleiding van de procedure allereerst vastgesteld dat die kortingen moeten worden geacht te zijn verleend door afstand te doen van staatsinkomsten. Voorts werd in aanmerking genomen dat de staat zeer waarschijnlijk betrokken was geweest bij de feitelijke sluiting van de contracten met de verschillende luchtvaartmaatschappijen en dat de betrokken toezichhoudende overheidsinstantie de lijst van luchthavengelden had moeten goedkeuren, waardoor de toekenning van kortingen op de luchthavengelden aan verschillende luchtvaartmaatschappijen aan de staat toe te rekenen is.
- (74) Om de vraag te beantwoorden of de kortingen een voordeel vormden voor de respectievelijke luchtvaartmaatschappijen, werd in het besluit tot inleiding van de procedure herhaald dat moest worden gekeken of FZG bij de toekenning van de kortingen als een marktdeelnemer in een markteconomie had gehandeld. Om te voldoen aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie moest worden aangetoond dat het besluit om de kortingen toe te kennen op een gezonde economische logica was gebaseerd en de winstgevendheid van de luchthaven verbeterde. Bovendien konden de in het kader van een contract met een bepaalde luchtvaartmaatschappij door de luchthaven gegenereerde inkomsten niet lager zijn dan de kosten voor het verlenen van luchthavendiensten aan die luchtvaartmaatschappij.

- (75) In het besluit tot inleiding van de procedure werd opgemerkt dat er geen enkele aanwijzing was dat Duitsland de verwachte kosten en inkomsten tijdens de looptijd van de respectievelijke contracten met de luchtvaartmaatschappijen had vergeleken. Duitsland had alleen een businessplan op de middellange termijn voor de periode 2011-2015 verstrekt. In het licht hiervan werd in het besluit tot inleiding van de procedure betwijfeld of de inkomsten uit de overeenkomsten met de luchtvaartmaatschappijen voldoende waren om de kosten voor de hun verleende luchthavendiensten te dekken. Er werd opgemerkt dat FZG sinds de start van haar commerciële activiteiten steeds grotere verliezen had geleden en dat de overeenkomsten geen clausule bevatten op basis waarvan FZG de kortingen terug kon vorderen wanneer de luchtvaartmaatschappijen besloten hun activiteiten vanaf Zweibrücken stop te zetten, wat gebruikelijk is in andere overeenkomsten.
- (76) In het besluit tot inleiding van de procedure werd eveneens geoordeeld dat de luchthaven van Zweibrücken, als deze had gehandeld als een marktdeelnemer in een markteconomie, had moeten nagaan of het minder duur was om de luchthaven te sluiten dan om haar activiteiten voort te zetten. Duitsland werd verzocht informatie te verstrekken over de kosten voor de sluiting van de luchthaven in vergelijking met de kosten voor de voortzetting van de activiteiten. Ten slotte werd in het besluit tot inleiding van de procedure opgemerkt dat de kortingen de veiligheidsheffingen leken te omvatten die FZG aan de veiligheidsdienst moest betalen. Er werd vastgesteld dat elke prijs die aan de luchtvaartmaatschappijen in rekening werd gebracht en waarmee FZG die kosten niet kon dekken een voordeel zou opleveren voor de luchtvaartmaatschappijen. Als conclusie werden in het besluit tot inleiding van de procedure ernstige twijfels geuit over de verenigbaarheid van de aan de verschillende luchtvaartmaatschappijen toegekende kortingen met het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie.
- (77) Rekening houdend met het feit dat de luchtvaartmaatschappijen op een concurrerende markt actief waren en dat zij door ieder voordeel dat hun werd verstrekt hun positie op die markt zouden kunnen versterken, werd in het besluit tot inleiding van de procedure ten slotte geconcludeerd dat de korting op de heffingen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig zou beïnvloeden en de mededinging zou vervalsen of dreigen te vervalsen.
- (78) In het besluit tot inleiding van de procedure werd tot de voorlopige conclusie gekomen dat de verlaagde heffingen staatssteun vormden voor de respectievelijke luchtvaartmaatschappijen (Germanwings, TUIfly en Ryanair).

### 3.3.2.2. *Verenigbaarheid*

- (79) In het besluit tot inleiding van de procedure is beoordeeld of de verlaagde heffingen op grond van deel 5 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 als verenigbare aanloopsteun konden worden aangemerkt. In haar beoordeling heeft de Commissie betwijfeld of was voldaan aan de verschillende voorwaarden voor de verenigbaarheid van aanloopsteun.
- (80) De Commissie had met name twijfels over het volgende:
- a) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder c), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien het niet duidelijk was of en hoe de kortingen verband hielden met een toename van het aantal passagiers;
  - b) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder d), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien het niet duidelijk was of de kortingen degressief en van beperkte duur waren;
  - c) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder e), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien het niet duidelijk was welke kosten deze verlaagde heffingen dekten;
  - d) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder f), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien de maatregel geen verband leek te houden met de subsidiabele kosten;
  - e) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder h), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien er geen aanwijzingen waren dat FZG haar voornemen om kortingen te geven kenbaar had gemaakt en deze kortingen ook aan andere luchtvaartmaatschappijen aanbood;
  - f) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder i), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien er geen businessplan met betrekking tot de winstgevendheid van de routes was voorgelegd en het niet duidelijk was of er gevolgen waren voor concurrerende routes;

- g) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder j), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien het niet duidelijk was of de vereiste lijst was opgesteld;
  - h) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 79, onder k) en l), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, en
  - i) of de verlaagde heffingen voldeden aan de voorwaarden van punt 80 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, aangezien het niet duidelijk was of de verlaagde heffingen met andere soorten steun zijn gecumuleerd.
- (81) De Commissie kwam daarom tot de voorlopige conclusie dat de verlaagde heffingen niet als verenigbare aanloopsteun konden worden aangemerkt, omdat zij niet voldeden aan alle voorwaarden in deel 5 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005.

#### 3.4. MARKETINGOVEREENKOMSTEN MET RYANAIR EN AMS

##### 3.4.1. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGEL

- (82) Er werden twee overeenkomsten inzake marketingdiensten gesloten met Ryanair en haar dochteronderneming AMS. In het kader van een eerste contract tussen Ryanair en FZG betaalde FZG [...] EUR aan Ryanair voor verscheidene door Ryanair uitgevoerde marketingactiviteiten.
- (83) Een tweede contract werd op 6 oktober 2008 gesloten tussen de deelstaat Rijnland-Palts, vertegenwoordigd door het ministerie van Economische Zaken, Verkeer en Land- en Wijnbouw, en AMS. Noch FGAZ, noch FZG zijn partijen bij dat contract. In het kader van het contract heeft AMS verschillende marketingactiviteiten uitgeoefend, zoals het plaatsen van links op de website van Ryanair naar door de deelstaat gekozen websites en het opnemen van korte teksten over de deelstaat Rijnland-Palts op de website van Ryanair. Het eerste jaar heeft de deelstaat AMS in totaal [...] EUR betaald. Het tweede jaar zouden de diensten worden beperkt en zou de deelstaat [...] EUR moeten betalen.
- (84) Aangezien Ryanair haar dienst van en naar Zweibrücken na minder dan één jaar heeft stopgezet, werd de overeenkomst inzake marketingdiensten voor het tweede jaar uiteindelijk opgezegd en werd de prijs voor het eerste jaar verlaagd tot [...] van de overeengekomen prijs. In de praktijk betaalde de deelstaat Rijnland-Palts in totaal 320 833 EUR aan AMS voor marketingdiensten. AMS lijkt alle overeengekomen activiteiten te hebben uitgevoerd.

##### 3.4.2. REDENEN OM DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE IN TE LEIDEN

###### 3.4.2.1. *Aanwezigheid van steun*

- (85) In het besluit tot inleiding van de procedure werd allereerst vastgesteld dat de betalingen van de deelstaat Rijnland-Palts aan AMS/Ryanair met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend. Voor zover de door de deelstaat Rijnland-Palts betaalde prijs hoger was dan de economische waarde van de door Ryanair/AMS verleende diensten, vormt dit een verlies van staatsmiddelen.
- (86) Om te beoordelen of door de overeenkomsten voor marketingdiensten van AMS/Ryanair een voordeel werd verleend, moest de Commissie opnieuw het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie toepassen. Zij stelde vast dat op de luchthaven van Zweibrücken alleen Ryanair in die mate marketingsteun had gekregen dat de betalingen blijkbaar niet gekoppeld waren aan de voorwaarde dat de marketingmaatregelen een meetbaar effect moeten hebben (zoals een stijging van het aantal passagiers) en dat het niet bekend was of de deelstaat Rijnland-Palts zeggenschap had over de door AMS/Ryanair verleende marketingdiensten. In het besluit tot inleiding van de procedure werd voorts opgemerkt dat de overeenkomst voor marketingdiensten duidelijk gelinkt was aan de route Zweibrücken-Londen-Stansted, zodat ze kan worden beschouwd als een stimulans voor deze nieuwe verbinding die Ryanair in oktober 2008 had opgestart. Rekening houdend met het feit dat Ryanair rechtstreeks van de marketingactiviteiten heeft geprofiteerd, werd geconcludeerd dat Ryanair ten minste een deel van de daaraan verbonden kosten had moeten betalen. Als conclusie betwijfelde de Commissie of de deelstaat Rijnland-Palts zich had gedragen als een marktdeelnemer in een markteconomie; deze heeft dus mogelijk een voordeel aan AMS/Ryanair toegekend.
- (87) Aangezien de marketingsteun alleen aan AMS/Ryanair werd verleend, was het duidelijk dat de maatregel selectief was. Om dezelfde redenen als uiteengezet met betrekking tot de verlaagde luchthavengelden, werd in het besluit tot inleiding van de procedure tevens vastgesteld dat de maatregel het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedde en de mededinging vervalste of dreigde te vervalsen. Daarom werd geconcludeerd dat de marketingsteun staatssteun vormde in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag.

### 3.4.2.2. *Verenigbaarheid*

- (88) In het besluit tot inleiding van de procedure is beoordeeld of de aan AMS/Ryanair toegekende marketingsteun op grond van deel 5 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 als verenigbare aanloopsteun konden worden aangemerkt. In haar beoordeling heeft de Commissie betwijfeld of was voldaan aan de verschillende voorwaarden voor de verenigbaarheid van aanloopsteun. De redenen waren in wezen dezelfde als die vermeld in overweging 80 van dit besluit over de verenigbaarheid van de verlaagde heffingen. Daarom is zij tot de conclusie gekomen dat de marketingsteun geen verenigbare aanloopsteun is.

## 4. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND

### 4.1. OVERHEIDSFINANCIERING DOOR DE DEELSTAAT RIJNLAND-PALTS/ZEF VAN DE LUCHTHAVEN VAN ZWEIBRÜCKEN

#### 4.1.1. INFRASTRUCTUUR

##### 4.1.1.1. *Aanwezigheid van steun*

#### **Economische activiteit en voordeel**

- (89) De Duitse autoriteiten hebben er in eerste instantie aan herinnerd dat zij het niet eens waren met het standpunt van de Commissie dat de aanleg van luchthaveninfrastructuur een economische activiteit is. Duitsland wees erop dat de Commissie hoofdzakelijk verwees naar het arrest van het Gerecht in de zaak Leipzig-Halle en merkte op dat tegen dat arrest nog een hogere voorziening aanhangig was voor het Hof van Justitie en het zijn standpunt in beraad houdt tot het Hof van Justitie een uitspraak heeft gedaan.
- (90) Ten tweede hebben de Duitse autoriteiten verklaard dat geen van de infrastructuurinvesteringen vóór 2006, toen de commerciële activiteiten op de luchthaven van Zweibrücken zijn opgestart, onder de staatssteunregels vielen. Tot 2006 werd de luchthaven alleen gebruikt voor de algemene en de militaire luchtvaart, en de Duitse autoriteiten voerden aan dat het verlenen van luchthavendiensten voor deze doeleinden geen economische activiteit vormde. In ieder geval werd aangevoerd dat, gezien de geringe omvang van de activiteiten op de luchthaven van Zweibrücken tot 2006 (er waren nooit meer dan 30 000 passagiers per jaar tot 2006), overheidsfinanciering de mededinging niet vervalste of dreigde te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedde.
- (91) Ten derde hebben de Duitse autoriteiten aangevoerd dat het merendeel van de met overheidssubsidies ondersteunde investeringen tot de overheidstaken behoort. Er werd benadrukt dat de meeste investeringen noodzakelijk waren om een veilige luchthavenexploitatie te garanderen (met name na een bevel van de autoriteit voor toezicht op de veiligheid en klachten van de pilotenvereniging Cockpit). Alle maatregelen om een veilige luchthavenexploitatie te garanderen werden daarom geacht tot de overheidstaken te behoren.
- (92) Duitsland had grote bezwaren tegen de veronderstelling dat alle maatregelen die tot de overheidstaken behoren voor de betrokken luchthaven een voordeel kunnen vormen (ook als is dit slechts gedeeltelijk) indien die financiering niet op niet-discriminerende basis aan alle andere luchthavens in de lidstaat was verstrekt. Duitsland stelde dat de financiering van maatregelen die tot de overheidstaken behoren geen staatssteun vormde, ongeacht of maar één of alle luchthavens de kosten voor dergelijke maatregelen moeten dragen. In dit verband moet het begrip „overheidstaak” uniform worden uitgelegd, zeker in het licht van de verschillende manieren waarop de lidstaten het begrip definiëren.
- (93) Duitsland heeft een lijst ingediend met de investeringen die tussen 2006 en 2009 zijn gedaan met betrekking tot de overheidstaak (ter vergelijking: de totale investering in die periode bedroeg 22 476 812 EUR).

Tabel 7

#### **Overzicht van de kosten die tot de overheidstaken behoren, ingediend door Duitsland <sup>(21)</sup>**

	Maatregelen	Kosten	Totale kosten
<b>2006</b>	[...]	[...]	[...]

<sup>(21)</sup> Ingediend als bijlage 8 bij het antwoord van Duitsland van 27 januari 2011.

	Maatregelen	Kosten	Totale kosten
<b>2007</b>	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	
	[...]	[...]	
	[...]	[...]	
<b>2008</b>	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	
	[...]	[...]	
	[...]	[...]	
	[...]	[...]	
<b>2009</b>	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	
<b>Algemeen totaal</b>	<b>19 707 315 EUR</b>		

- (94) Duitsland gaf aan dat het van mening was dat maatregelen ter beveiliging van de luchthaven overeenkomstig § 8 *Luftsicherheitsgesetz* (wet inzake luchtruimbeveiliging), maatregelen voor operationele veiligheid, luchtverkeersleiding en luchtverkeersveiligheid overeenkomstig § 27, onder c), punt 2, *Luftverkehrsgesetz* (wet inzake luchtverkeer) en meteorologische diensten en de brandweer tot de overheidstaken behoren, zowel wat investeringen als exploitatiekosten betreft.
- (95) Duitsland voerde aan dat de financiering van maatregelen voor de luchtverkeersleiding en luchtverkeersveiligheid moet worden gezien in het licht van § 27, onder c), punt 2, *Luftverkehrsgesetz*. Die bepaling maakt een onderscheid tussen sommige luchthavens waar de financiering van die beveiligingsmaatregelen op federaal niveau essentieel wordt geacht om redenen van veiligheid en vervoersbeleid, en andere regionale luchthavens waar dergelijke maatregelen uit federaal oogpunt niet strikt noodzakelijk worden geacht. Daarom is het gerechtvaardigd dat de deelstaat de maatregelen voor de luchtverkeersleiding en de veiligheid op regionale luchthavens zoals de luchthaven van Zweibrücken met overheidsmiddelen financiert, want anders zou de luchthaven deze kosten zelf moeten dragen. De financiering van maatregelen voor de luchtverkeersleiding en luchtvaartveiligheid behoort daarom, ongeacht of deze maatregelen rechtstreeks door de staat op federaal niveau of door de deelstaten worden gefinancierd, volgens Duitsland altijd tot de overheidstaken.
- (96) Bovendien zijn de kosten voor de brandweer volgens Duitsland niet op federaal niveau geregeld, maar vallen ze onder de bevoegdheid van de deelstaten. Daarom wordt de brandweer niet op alle luchthavens door de staat gefinancierd. Duitsland voerde aan dat het verschil in behandeling zowel historische als objectieve redenen heeft. Het is hoofdzakelijk aan de aard van de luchthavensector te wijten dat kleinere regionale luchthavens de hoge vaste kosten voor de brandweer niet kunnen dragen en dat deze daarom door de respectieve deelstaat worden betaald.
- (97) Met betrekking tot de renovatie van de start- en landingsbaan heeft Duitsland verklaard dat de betrokken maatregelen tot de overheidstaken behoren, omdat ze dringend nodig waren om een veilig gebruik van de luchthaven van Zweibrücken te garanderen. Duitsland voerde in dit verband aan dat zelfs het gebruik voor militaire doeleinden niet mogelijk was geweest zonder die maatregelen. De renovatie was dus noodzakelijk om ervoor te zorgen dat militair gebruik en algemene luchtvaart überhaupt mogelijk zouden zijn. Duitsland voert daarom aan dat de kosten voor de renovatie niet uitsluitend betrekking hebben op de commerciële luchtvaart.
- (98) In dit verband verklaarde Duitsland dat de aard van de renovatie en de daaraan verbonden kosten te verklaren waren door de militaire geschiedenis van de luchthaven. Volgens Duitsland hielden de werken bepaalde risico's in, aangezien niet kon worden uitgesloten dat er nog niet-ontpofte bommen van de oorlog lagen. Tijdens de renovatie werden daadwerkelijk twee niet-ontpofte bommen verwijderd.



- (99) Daarnaast omvatten de renovatiewerkzaamheden onder meer de aanpassing van de start- en landingsbaan aan moderne normen inzake breedte, de vernieuwing van de afwatering, navigatie- en geleidelichten, borden, een noodstroomvoorziening met een parallel netwerk en een uitbreiding van de omheining en de taxibaan. De renovaties die de lichten, de borden en de taxibaan betroffen, waren gevraagd in klachten van de pilotenvereniging Cockpit. Een ander belangrijk onderdeel van de renovatie was de reorganisatie van de beveiliging van de luchthaven, met inbegrip van nieuwe omheiningen, deuren, camerabewaking en intercoms, de installatie van schuifdeuren, kabelgoten enz.
- (100) Duitsland betoogde ten slotte dat de sluiting van de luchthaven van Zweibrücken nooit als een realistische optie is beschouwd, aangezien de luchthaven continu geëxploiteerd moest worden vanwege haar rol voor de militaire en de algemene luchtvaart. In dit verband argumenteerde Duitsland voorts dat een sluiting en ontmanteling van de luchthaven ongerechtvaardigde kosten met zich mee zou brengen die de geïnvesteerde bedragen ruimschoots overstijgen. Duitsland heeft evenwel geen raming gegeven van de kosten voor een sluiting, noch een vergelijking van deze kosten met een situatie waarin de activiteiten worden voortgezet.
- (101) In dit licht heeft Duitsland meegedeeld dat het verlenen van luchthavendiensten aan de commerciële luchtvaart economisch verantwoord is. Duitsland voerde aan dat het leeuwendeel van de kosten toch moest worden gemaakt om luchthavendiensten aan te bieden aan militaire en algemene gebruikers (infrastructuur enz.), waardoor de extra kosten voor het bedienen van de commerciële luchtvaart maar beperkt zijn, terwijl er wel extra inkomsten worden gegenereerd.

#### **Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer**

- (102) Duitsland beweerde dat de overheidsfinanciering van de infrastructuur op de luchthaven van Zweibrücken de mededinging niet vervalste en het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedde. Duitsland gaf voorts aan dat louter uit het feit dat andere luchthavens in de omgeving van Zweibrücken liggen niet kan worden afgeleid dat de mededinging wordt vervalst, noch dat het handelsverkeer ongunstig wordt beïnvloed. Duitsland voerde aan dat de luchthaven van Zweibrücken niet concurreert met de luchthavens die zijn genoemd in het besluit tot inleiding van de procedure, vooral niet met de luchthaven van Saarbrücken.
- (103) Met betrekking tot de verhouding tussen de luchthavens van Zweibrücken en Saarbrücken heeft Duitsland verklaard dat de twee luchthavens elkaar aanvullen en niet met elkaar concurreren. Duitsland legde uit dat de twee luchthavens vanwege hun verschillende infrastructuur verschillende profielen hebben: de luchthaven van Saarbrücken heeft een betere infrastructuur voor passagiers (zoals een moderne terminal) en is vooral gericht op lijnvluchten en zakenreizigers; de luchthaven van Zweibrücken heeft daarentegen een langere start- en landingsbaan met een hogere gewichtscapaciteit, waardoor ze beter geschikt is voor grotere vliegtuigen die op de lange afstand vliegen of vracht vervoeren. Volgens Duitsland is de luchthaven van Zweibrücken daarom vooral gericht op chartervluchten en vrachtvervoer.
- (104) Voortbouwend op de vastgestelde complementariteit tussen de luchthavens van Zweibrücken en Saarbrücken verklaarde Duitsland dat een nauwere samenwerking tussen beide luchthavens wordt bekeken. Voorts verklaarde Duitsland dat de respectieve regionale regeringen al hebben besloten om in de toekomst nauwer samen te werken en daarbij overwegen een gezamenlijke luchthaven („Saar-Pfalz-Airport”) met twee vestigingen (Saarbrücken en Zweibrücken) te creëren. Volgens Duitsland zou de samenwerking tot synergieën leiden en besparingen opleveren. Wijzend op de vraag naar luchtvervoersdiensten in de regio (beide luchthavens samen hebben al 750 000 passagiers per jaar) benadrukte Duitsland ten slotte dat alleen Saarbrücken en Zweibrücken samen naar behoren aan deze vraag kunnen voldoen, in het bijzonder omdat de andere luchthavens in de buurt niet ter vervanging kunnen fungeren. Volgens Duitsland zou de nieuwe luchthaven Saar-Pfalz-Airport derhalve niet concurreren met de naburige luchthavens, zoals Luxemburg, Metz-Nancy-Lorraine en Frankfurt-Hahn.

#### **4.1.1.2. Verenigbaarheid**

- (105) Duitsland heeft uitgelegd dat zelfs als de overheidsfinanciering van de infrastructuurmaatregelen staatssteun zou vormen, deze met de interne markt verenigbaar zou zijn, omdat deze voldoet aan de voorwaarden van punt 61 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005. Alvorens in te gaan op elk vereist element benadrukte Duitsland dat de infrastructuurinvesteringen in Zweibrücken relatief klein waren in vergelijking met die welke niet verenigbaar waren met de interne markt op andere door de overheid gefinancierde regionale luchthavens en dat deze alleen dienden om de bestaande militaire infrastructuur voor civiel gebruik aan te passen.

**De bouw en de exploitatie van de infrastructuur beantwoorden aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang**

- (106) In de eerste plaats stelde Duitsland dat de overheidssteun voor infrastructuurinvesteringen beantwoordt aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang: de infrastructuurinvesteringen zijn verricht in een steungebied onder c) met als doelstelling de regionale economische structuur te verbeteren. Duitsland wees erop dat financiering van de Unie (die vanaf 1991 via de programma's Konver I, Konver II en PERIFRA werd verstrekt) was gebruikt om de militaire infrastructuur voor civiel gebruik aan te passen, waarbij bijvoorbeeld de modernisering en de installatie van een toren en de drainage van de start- en landingsbaan werden gefinancierd. Duitsland voerde aan dat het niet begrijpt waarom de Commissie twijfelt aan de doelstelling van gemeenschappelijk belang na te hebben deelgenomen aan de financiering van de conversie van het voormalige militaire vliegveld.
- (107) Duitsland verstreekte informatie over de historische context en verklaarde dat het vertrek van de Amerikaanse strijdkrachten van de luchthaven van Zweibrücken in 1991 aanzienlijke structurele problemen veroorzaakte in de regio, zoals een werkloosheidsgraad van 20 % in de stad Zweibrücken. Duitsland verklaarde dat de conversie van het vliegveld in een burgerluchthaven dus tot doel had banen te scheppen en de regionale economische infrastructuur te verbeteren. Duitsland gaf voorts aan dat de door de luchthaven verleende diensten onmisbaar zijn voor de regio en dat de regionale economie in grote mate afhankelijk is van gemakkelijk toegankelijke luchtvaartinfrastructuur.
- (108) Volgens Duitsland leek de enige reden waarom de Commissie twijfelde aan de naleving van dat criterium opnieuw de nabijheid van en de vastgestelde concurrentie met de luchthaven van Saarbrücken te zijn. In reactie daarop heeft Duitsland opnieuw verwezen naar de complementariteit van de twee luchthavens en uitgesloten dat er concurrentie tussen beide bestaat. Bovendien stelde het dat de nabijheid van andere regionale luchthavens niet van belang is voor de vraag of de gesubsidieerde infrastructuur voldoet aan een doelstelling van gemeenschappelijk belang. Duitsland voerde verder aan dat de enige relevante factor het belang van de deelstaat Rijnland-Palts was, aangezien die de opdracht had het gemeenschappelijk belang op zijn eigen grondgebied te dienen zonder gebruik te maken van infrastructuur in andere regio's.

**De infrastructuur is nodig en staat in verhouding tot het gestelde doel**

- (109) Duitsland verklaarde dat de infrastructuur nodig is en in verhouding staat tot het gestelde doel. Volgens Duitsland waren de infrastructuurinvesteringen altijd beperkt tot het aanvullen en uitbreiden van bestaande infrastructuur, zonder nodeloos gecompliceerde of dure aanvullende voorzieningen tot stand te brengen. Het benadrukte dat er geen nieuwe luchthaven was gebouwd in Zweibrücken, maar dat een voormalig militair vliegveld gewoon was omgevormd voor civiel gebruik. Duitsland benadrukte ook dat de infrastructuur nodig is om banen te scheppen. Volgens Duitsland zijn in de gehele deelstaat Rijnland-Palts ongeveer 5 000 banen rechtstreeks of onrechtstreeks gecreëerd door de aanwezigheid van de luchthaven van Zweibrücken. Van deze 5 000 banen werden er tot 2011 2 708 rechtstreeks en onrechtstreeks op de luchthaven of in het omringende conversiegebied gecreëerd. Dankzij deze arbeidsplaatsen werd ook bespaard op sociale kosten (25 miljoen EUR per jaar) en werden belastinginkomsten gegenereerd. Duitsland voerde verder aan dat banen van bijzonder belang zijn in deze regio, met een werkloosheidsgraad die momenteel 2 % boven het gemiddelde van de deelstaat ligt. Duitsland verklaarde dat het belang van de luchthaven voor de regionale economie in twee deskundigenadviezen wordt benadrukt <sup>(22)</sup>.
- (110) Duitsland benadrukte opnieuw dat de nabijheid van de luchthaven van Saarbrücken niet afdoet aan de noodzaak en de evenredigheid van de infrastructuur in Zweibrücken. Volgens Duitsland is de infrastructuur in Zweibrücken nodig voor grote en zware vliegtuigen omdat zij alleen in Zweibrücken kunnen landen, aangezien de start- en landingsbaan in Saarbrücken niet lang genoeg is. Duitsland verklaart verder dat Zweibrücken tevens de mogelijkheid van nachtvluchten biedt, wat belangrijk is voor vrachtluchten.

**De infrastructuur biedt voldoende gebruiksvooruitzichten op middellange termijn**

- (111) Duitsland verklaarde dat de infrastructuur voldoende gebruiksvooruitzichten biedt op middellange termijn. Duitsland benadrukte dat de passagiersaantallen voor de luchthaven van Zweibrücken gestegen zijn van slechts 17 732 passagiers in 2005 tot 223 165 passagiers in 2011. Het legde uit dat op grond van dit criterium alleen de geschatte passagiersaantallen relevant zijn en dat de desbetreffende prognoses aantonen dat de vraag in de regio toeneemt. Duitsland verwees naar de studie van Desel Consulting en Airport Research GmbH van 2009 en voerde aan dat tegen 2025 het aantal passagiers op de luchthaven van Zweibrücken naar verwachting tot ten minste 1 350 000 zou stijgen.

<sup>(22)</sup> Prof. Dr. Heuer en Prof. Dr. Klophaus, met medewerking van Dr. Berster en Wilken, Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt, januari 2006, „Regionalökonomische Bedeutung und Perspektiven des Flugplatzes Zweibrücken”, blz. 146; Desel Consulting en Airport Research Center GmbH, „Fluggast- und Flugbewegungsprognose für den Flughafen Zweibrücken bis zum Jahr 2025”, Gutachten im Auftrag der Flughafen Zweibrücken GmbH, september 2009, blz. 85.

- (112) Duitsland verzekerde eens te meer dat de nabijheid van de luchthaven van Saarbrücken de gebruiksvooruitzichten op middellange termijn voor Zweibrücken niet verminderde. Het diende prognoses in waaruit bleek dat de luchthaven van Saarbrücken ook een stijgend aantal passagiers mocht verwachten en dat de geplande samenwerking tussen de twee luchthavens ervoor zou zorgen dat zij in de toekomst niet met elkaar zouden concurreren om dezelfde passagiers.

#### **Gelijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur**

- (113) Duitsland beweerde dat de infrastructuur voor alle potentiële gebruikers gelijk en zonder discriminatie toegankelijk is. De lijst van luchthavengelden van 2005 is in beginsel op dezelfde voorwaarden gelijkelijk van toepassing op alle gebruikers van de luchthaven. Hoewel Duitsland verklaarde dat in de praktijk een aantal afwijkingen van de officiële lijst werd overeengekomen voor lijn- en chartervluchten, stelde het dat voor het eerste jaar zonder discriminatie en in vergelijkbare mate aan alle luchtvaartmaatschappijen verlaagde heffingen en kortingen werden aangeboden.

#### **Het handelsverkeer wordt niet zozeer beïnvloed dat dit in strijd is met het belang van de Unie; de algemene beginselen van noodzakelijkheid en evenredigheid**

- (114) Duitsland verklaarde op grond van de reeds aangevoerde argumenten dat het handelsverkeer niet zozeer wordt beïnvloed dat dit in strijd is met het gemeenschappelijk belang. Volgens Duitsland waren de maatregelen nodig omdat de luchthaven van Zweibrücken niet vervangen kan worden door de luchthaven van Saarbrücken. Duitsland voerde verder aan dat de infrastructuurinvesteringen beperkt waren tot de maatregelen die nodig zijn voor de operationele veiligheid van de luchthaven. Het benadrukte in dit verband dat de modernisering van de start- en landingsbaan ook noodzakelijk was geweest als de luchthaven niet voor de commerciële luchtvaart was opgesteld.

#### 4.1.2. EXPLOITATIESTEUN

##### 4.1.2.1. *Aanwezigheid van steun*

- (115) Met betrekking tot de vraag of de exploitatie van een luchthaven een economische activiteit is, heeft Duitsland herhaald dat de luchthaven louter doeleinden op het gebied van algemene en militaire luchtvaart nastreefde voordat zij in 2006 diensten voor de commerciële luchtvaart begon aan te bieden. In dit verband stelde Duitsland dat de financiering van de exploitatie van de luchthaven met betrekking tot deze activiteiten geen economische activiteit was.
- (116) Duitsland voerde verder aan dat de meeste verliezen van FZG die via de winstpoolingsovereenkomst door FGAZ worden gedekt, voortvloeien uit de overheidstaken die FZG vervult. Volgens Duitsland kan het dekken van kosten die verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag geen staatssteun vormen.
- (117) Wat betreft de overige elementen van de definitie van staatssteun in artikel 107, lid 1, van het Verdrag, verwees Duitsland naar de argumenten die het in dit verband met betrekking tot de maatregelen om te investeren in infrastructuur had aangehaald en stelde het dat deze ook hier van toepassing zijn.

##### 4.1.2.2. *Verenigbaarheid*

#### **DAEB-beschikking van 2005**

- (118) Duitsland voerde aan dat de jaarlijkse betalingen ter dekking van de verliezen van FZG voldoen aan de beginselen van de DAEB-beschikking van 2005. Duitsland beweerde dat de exploitatievergunning van de luchthaven, waarin een exploitatieverplichting is opgenomen, het toewijzingsbesluit vormt. Bovendien verklaarde Duitsland dat de luchthaven ten minste de facto was belast met het beheer van een DAEB. Zelfs al zou de Commissie concluderen dat er geen toewijzingsbesluit bestond, zou de exploitatiesteun voor de luchthaven volgens Duitsland echter toch voldoen aan de beginselen van de DAEB-regels en daarom als verenigbaar met de interne markt moeten worden beschouwd.
- (119) Duitsland verwierp voorts de suggestie van de Commissie dat de exploitatieverplichting overeenkomstig de exploitatievergunning van de luchthaven automatisch zou vervallen als de luchthaven haar activiteiten moest stopzetten. Het verzekerde dat de aan de luchthaven verleende financiële steun dient om de luchthaven in staat te stellen haar activiteiten te blijven uitoefenen en aldus te voldoen aan haar exploitatieverplichting, dat wil zeggen de DAEB te verrichten waarmee zij is belast. Voorts betoogde Duitsland dat de exploitatieverplichting in essentie inhoudt dat moet worden voorkomen dat de basis wordt gesloten.

- (120) Onder verwijzing naar de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten om te bepalen wat als een DAEB kan worden aangemerkt, wees Duitsland erop dat het over een beoordelingsmarge beschikte voor het bepalen van de noodzaak en de mate waarin de luchthaven met een DAEB wordt belast. Voor zover de Commissie naar de nabijheid van de luchthaven van Saarbrücken had verwezen, benadrukte Duitsland nogmaals dat er zonder de twee luchthavens in de regio een ernstig onderaanbod aan luchthavendiensten zou zijn, waardoor het nodig was beide luchthavens met een DAEB te belasten.

#### **Punten 4.2 en 4.3 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005**

- (121) Duitsland beweerde dat, zelfs indien de exploitatiesteun zou worden geacht niet te zijn vrijgesteld van aanmelding op grond van de DAEB-beschikking van 2005, deze verenigbaar zou zijn op grond van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005.
- (122) Om te beginnen benadrukte Duitsland dat een groot deel van de gedekte verliezen voortvloeit uit de door de luchthaven uitgeoefende activiteiten die tot de overheidstaken behoren. Bovendien wees het erop dat de winstpoolingsovereenkomst geen betrekking heeft op de „normale” kosten van een luchthavenexploitant. Het betoogde in dit verband dat een groot deel van de kosten die geen verband houden met de uitoefening van activiteiten die tot de overheidstaken behoren het gevolg zijn van de specifieke geschiedenis van de luchthaven van Zweibrücken en in dat opzicht geen „normale kosten” zijn. Duitsland voerde aan dat de luchthaven de verplichting heeft de algemene luchtvaart te bedienen en bepaalde kosten moest maken voor de conversie van de bestaande militaire infrastructuur.
- (123) In elk geval verzekerde Duitsland dat „de facto” aan de voorwaarden van de punten 4.2 en 4.3 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 was voldaan. Duitsland heeft in het bijzonder verklaard dat, aangezien alleen reële verliezen worden gedekt, overcompensatie kan worden uitgesloten.

#### **4.2. EVENTUELE STEUN IN VERBAND MET EEN BANKLENING EN DEELNEMING IN DE INTERNE CASHPOOL VAN DE DEELSTAAT RIJNLAND-PALTS**

- (124) Met betrekking tot de banklening stelde Duitsland dat *Sparkasse Südwestpfalz*, die de lening toekende, als een gewone commerciële bank fungeert en als zodanig heeft gehandeld bij het verstrekken van de lening, zodat het besluit tot toekenning van de lening niet aan de staat kan worden toegerekend. Duitsland voerde verder aan dat FZG, wanneer zij de lening aanging, offertes van verschillende banken had vergeleken en de lening van *Sparkasse* marktconform was.
- (125) Wat betreft de garantie van 100 % voor de lening van de deelstaat, stelde Duitsland dat het de normale handelspraktijk is dat een aandeelhouder de leningen garandeert die zijn dochterondernemingen aangaan. Duitsland haalde aan dat de lening uitsluitend gebruikt was voor de modernisering van de start- en landingsbaan, die nodig was om veiligheidsredenen en dus tot de overheidstaken behoort. Aangezien de met de lening gefinancierde maatregel dus niet onder de staatssteunregels viel, voerde het aan dat de garantie van de deelstaat ook geen steun vormde. Ten slotte stelde Duitsland dat, zelfs indien de garantie zou worden geacht onder de staatssteunregels te vallen, geen voordeel aan FZG was verleend, omdat de rente op de gegarandeerde lening nog steeds hoger was dan op vergelijkbare leningen die aan FGAZ waren toegekend en niet door een garantie waren gedekt.
- (126) Duitsland betoogde dat de interne cashpool van de deelstaat een normaal financieringsmechanisme is dat wordt gebruikt in de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen. Duitsland verklaarde dat de cashpool een financieel instrument is dat de deelstaat in 2002 had ingesteld. De instellingen en stichtingen van de deelstaat en alle privaatrechtelijke ondernemingen die voor meer dan 50 % in handen van de deelstaat zijn, kunnen aan de cashpoolingfaciliteit deelnemen. Duitsland legde uit dat het saldo van de cashpool wordt beheerd door de „Landeshauptkasse” van de deelstaat.
- (127) Volgens Duitsland wordt de cashpool niet rechtstreeks uit de begroting van de deelstaat gefinancierd, maar met de extra kasmiddelen van de deelnemers. Duitsland licht verder toe dat een eventueel overschot van liquide middelen in de cashpool op de kapitaalmarkten wordt geïnvesteerd; op dezelfde manier wordt een tekort gecompenseerd met leningen die op de kapitaalmarkt zijn verkregen. Daarom was Duitsland van mening dat de financiële steun uit de cashpoolingfaciliteit niet met staatsmiddelen is bekostigd en ook niet aan de staat kan worden toegerekend.
- (128) Duitsland wees erop dat, hoewel geen zekerheid vereist is van de ondernemingen die gebruikmaken van de cashpool, zij onder toezicht van de deelstaat staan en de deelstaat als meerderheidsaandeelhouder van FGAZ altijd om zekerheden kan verzoeken.

- (129) Volgens Duitsland is het economisch verantwoord dat de moedermaatschappij haar dochterondernemingen in staat stelt om zichzelf te financieren tegen tarieven die vergelijkbaar zijn met die waarover de moedermaatschappij — in dit geval de deelstaat Rijnland-Palts — zelf beschikt. Volgens Duitsland kan de financiering uit de cashpool daarom niet worden vergeleken met een klassieke lening. Duitsland verklaarde tot slot dat de deelstaat nooit middelen uit haar reguliere begroting in de cashpool heeft ingebracht, maar waar nodig kapitaal op de markt heeft opgenomen.
- (130) Duitsland ging ervan uit dat de lening, de garantie en de cashpool geen staatssteun vormen en heeft daarom geen argumenten aangevoerd met betrekking tot de verenigbaarheid ervan.

#### 4.3. KORTINGEN OP DE LUCHTHAVENGELDEN VOOR RYANAIR, GERMANWINGS EN TUIFLY

- (131) Duitsland gaf aan dat de contracten tussen de luchthaven van Zweibrücken en de verschillende luchtvaartmaatschappijen geen staatssteun vormden, omdat ze om te beginnen niet aan de staat toe te rekenen waren. Het verklaarde dat de onderhandelingen over en de sluiting van die overeenkomsten de verantwoordelijkheid van FZG was en tot haar louter commerciële taken behoorde. Volgens Duitsland werden de contracten besproken met de raad van commissarissen van FZG, maar was de deelstaat Rijnland-Palts slechts indirect betrokken via haar vertegenwoordigers in de raad van commissarissen van FGAZ. Duitsland voerde verder aan dat de deelstaat niet rechtstreeks deelnam aan de onderhandelingen met de luchtvaartmaatschappijen over kortingen. Duitsland verklaarde ten slotte dat toerekenbaarheid niet kon voortkomen uit het feit dat de lijst van luchthavengelden overeenkomstig § 43a, LuftVZO door een toezichhoudende overheidsinstantie moest worden goedgekeurd. Dit is een algemeen wettelijk voorschrift dat van toepassing is op zowel openbare als particuliere luchthavens.
- (132) Verder was Duitsland van mening dat de kortingen die aan verschillende luchtvaartmaatschappijen werden toegekend geen selectief voordeel voor hen vormden, omdat de kortingen voor alle geïnteresseerde luchtvaartmaatschappijen in gelijke mate beschikbaar waren. Het betoogde dat de kortingen alleen een selectief voordeel zouden hebben gevormd als ze niet zonder discriminatie beschikbaar waren geweest en de ene luchtvaartmaatschappij hogere of lagere heffingen had betaald dan de andere, zonder dat er een objectieve reden voor dit onderscheid was.
- (133) Volgens Duitsland was het verlenen van de kortingen tegelijkertijd economisch verantwoord voor FZG omdat de luchtvaartmaatschappijen zich daardoor konden vestigen op een luchthaven die nieuw was voor de commerciële luchtvaart. Duitsland voerde aan dat de luchthaven door de toekenning van de kortingen het risico van een nieuwe route spreidde over zichzelf en de luchtvaartmaatschappijen en er tegelijk ook voor zorgde dat beide partijen van de stijgende passagiersaantallen konden profiteren. Duitsland beweerde dat de luchtvaartmaatschappijen zich zonder de kortingen niet in Zweibrücken hadden willen vestigen.
- (134) Duitsland verklaarde dat de kortingen voor de luchtvaartmaatschappijen moeten worden beschouwd als een mogelijkheid voor FZG om extra inkomsten te genereren, aangezien de vaste kosten voor de exploitatie van de luchthaven in elk geval moesten worden gemaakt (voor de algemene en militaire luchtvaart), terwijl de vestiging van nieuwe luchtvaartmaatschappijen slechts zeer beperkte extra variabele kosten met zich meebrengt. Omdat het bedienen van nieuwe luchtvaartmaatschappijen niet tot aanzienlijke bijkomende kosten leidde, was het volgens Duitsland niet nodig om vooraf een businessplan op te stellen om te bepalen of een contract met een luchtvaartmaatschappij in toenemende mate winstgevend zou zijn.
- (135) Volgens Duitsland zijn de verlaagde luchthavengelden niet selectief omdat ze op niet-discriminerende basis zijn verleend. Daarom was Duitsland van mening dat er geen sprake was van vervalsing van de mededinging. Duitsland beweerde dat de luchtvaartmaatschappijen geen sterkere positie op de markt konden creëren op basis van deze vergoedingen.
- (136) Duitsland ging ervan uit dat de kortingen voor meerdere luchtvaartmaatschappijen geen staatssteun vormen en heeft daarom geen argumenten aangevoerd met betrekking tot de verenigbaarheid ervan.

#### 4.4. MARKETINGOVEREENKOMSTEN MET RYANAIR EN AMS

- (137) Duitsland benadrukte dat de marketingovereenkomsten tussen de deelstaat en AMS losstaan van FZG. Duitsland verklaarde dat de doelstelling van de marketingcontracten was om tegen de marktprijs marketingdiensten aan te kopen waarmee in de eerste plaats de deelstaat Rijnland-Palts zou worden gepromoot als bestemming voor toerisme en economische activiteiten. Omdat de overeenkomst voor marketingdiensten niet specifiek gericht was op het promoten van de luchthaven, bestond er volgens Duitsland geen verband tussen de marketingmaatregelen en de passagiersaantallen. Duitsland verklaarde dat de marketingmaatregelen bijkomstig ook dienden om de luchthaven van Zweibrücken te promoten.

- (138) Duitsland benadrukte dat de deelstaat door het sluiten van de overeenkomst voor marketingdiensten gewoon marketingdiensten had gekocht tegen de marktprijs en stelde dat de marketingovereenkomst geen staatssteun inhield en niet moest worden beoordeeld als een steunmaatregel ten gunste van een luchtvaartmaatschappij op grond van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005.

## 5. OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

### 5.1. RYANAIR

#### 5.1.1. VERLAAGDE LUCHTHAVENGELDEN

- (139) Ryanair beweerde dat de kortingen die door FZG aan de verschillende luchtvaartmaatschappijen werden toegekend geen staatssteun inhielden omdat ze in overeenstemming waren met het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie. Ten eerste voerde Ryanair aan dat bij de toepassing van het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie op de verhouding tussen luchthavens en luchtvaartmaatschappijen, alleen de vraag moet worden gesteld of het contract in toenemende mate winstgevend was voor de luchthaven. Volgens Ryanair moesten alle infrastructuurkosten en vaste exploitatiekosten als verzonken kosten worden behandeld. Ryanair was van mening dat de Commissie bij haar toetsing van de overeenkomst aan het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie alleen rekening mocht houden met de extra kosten van de luchthaven, die rechtstreeks verband houden met het verlenen van luchthavendiensten aan de luchtvaartmaatschappij in kwestie, en moest onderzoeken of de totale inkomsten die uit de overeenkomst voortvloeien hoger zijn dan deze extra kosten. Ryanair benadrukte in dit verband dat geen van de infrastructuurkosten werden gemaakt naar aanleiding van de overeenkomst tussen Ryanair en FZG en deze dus niet kunnen worden beschouwd als extra kosten door die overeenkomst.
- (140) Bij de beoordeling van de inkomsten daarentegen verklaarde Ryanair dat de Commissie ook rekening moet houden met de netwerkexternaliteiten die werden verwacht toen FZG en Ryanair in 2008 de overeenkomst sloten. Ryanair stelde dat het feit dat deze netwerkexternaliteiten zich uiteindelijk niet voordeden, niet kon worden voorzien en daarom niet relevant is.
- (141) Ryanair heeft voorts uitgelegd dat de korting Ryanair niet selectief begunstigde. Ryanair betoogde dat de korting die voor het eerste werkingsjaar beschikbaar was, werd aangeboden om tegemoet te komen aan het grote commerciële risico dat zij nam door voor het hele jaar geregelde lijndiensten op te zetten op een luchthaven die op dat moment niet bekend was. Volgens Ryanair zou het voor haar in het geval van Zweibrücken niet logisch zijn geweest om zonder stimuleringsregeling een dergelijk commercieel risico te nemen.
- (142) Ryanair verklaarde voorts dat een soortgelijke regeling bestond voor elke andere luchtvaartmaatschappij, dat wil zeggen dat de korting op de luchthavengelden voor het eerste werkingsjaar beschikbaar was voor alle luchtvaartmaatschappijen die nieuwe verbindingen vanaf Zweibrücken opstartten. Ryanair benadrukte met name dat de overeenkomst met FZG een clausule bevatte die bepaalt dat „[d]eze overeenkomst wordt gesloten op niet-exclusieve basis. De partijen komen overeen dat de voorwaarden die volgens deze overeenkomst voor Ryanair gelden op een transparante en niet-discriminerende wijze ook beschikbaar zijn voor alle andere luchtvaartmaatschappijen die zich ertoe verbinden een gelijkwaardig volume aan luchtvaartactiviteiten op de luchthaven uit te oefenen”<sup>(23)</sup>.
- (143) In elk geval voerde Ryanair aan dat de overeenkomsten tussen haar en FZG geen staatssteun kunnen omvatten omdat ze niet toerekenbaar zijn aan de staat. Ryanair stelde dat het door de Commissie gebruikte bewijsmateriaal om de toerekenbaarheid aan de staat aan te tonen niet voldoende is, omdat dit weliswaar het belang kon weerspiegelen dat de openbare autoriteiten hadden bij de commerciële betrekkingen en de toekomst van de luchthaven, maar niet wijst op een werkelijke betrokkenheid van een overheidsinstantie bij de onderhandelingen en overeenkomsten van FZG met Ryanair.
- (144) Daarnaast heeft Ryanair een reeks nota's van Oxera en een analyse van professor Damien P. McLoughlin ingediend.

**Nota 1 van Oxera — Vaststelling van de referentiemarktwaarde in de vergelijkende analyse met het oog op de toets van de marktdeelnemer in een markteconomie. Staatssteunzaken betreffende Ryanair, nota van Oxera aan Ryanair van 9 april 2013**

- (145) Oxera vond de methode van de Commissie waarbij alleen rekening wordt gehouden met referentieluchthavens in hetzelfde verzorgingsgebied als de luchthaven waarop het onderzoek betrekking heeft, niet correct.

<sup>(23)</sup> Overeenkomst voor luchthavendiensten tussen Ryanair en FZG van 22 september 2008, punt 3.

- (146) Oxera voerde aan dat de referentieprijzen op de markt die bij de referentieluchthavens werden verkregen, niet negatief zijn beïnvloed door de staatssteun die aan de naburige luchthavens is toegekend. Bij de toets van de marktdeelnemer in een markteconomie kan dus een betrouwbare referentiemarktwaarde worden geschat.
- (147) De redenen hiervoor zijn de volgende:
- bij de toets van de marktdeelnemer in een markteconomie op andere gebieden dan staatssteun wordt veelvuldig gebruikgemaakt van referentieanalyses;
  - ondernemingen oefenen slechts een wederzijdse invloed uit op hun prijsbesluiten voor zover hun producten substitueerbaar of complementair zijn;
  - luchthavens in hetzelfde verzorgingsgebied concurreren niet noodzakelijk met elkaar en de referentieluchthavens in de verstrekte verslagen ondervinden slechts beperkte concurrentie van luchthavens in overheids handen in hun respectieve verzorgingsgebied (minder dan een derde van de commerciële luchthavens in het verzorgingsgebied van de referentieluchthavens is volledig in handen van de overheid en naar geen van deze wordt een staatssteunonderzoek gevoerd (vanaf april 2013));
  - zelfs wanneer de referentieluchthavens concurrentie ondervinden van luchthavens in overheidshanden in hetzelfde verzorgingsgebied, kan hun gedrag worden geacht in overeenstemming te zijn met het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie (bijvoorbeeld wanneer de particuliere sector een aanzienlijk aandeel heeft of de luchthaven onder particulier beheer staat);
  - luchthavens die voldoen aan het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie zullen geen prijzen vaststellen die lager zijn dan de extra kosten.

**Nota 2 van Oxera — Beginselen die de kosten-batenanalyse met het oog op de toets van de marktdeelnemer in een markteconomie ondersteunen. Staatssteunzaken betreffende Ryanair, nota van Oxera aan Ryanair van 9 april 2013**

- (148) Oxera stelde dat de kosten-batensanalyse die Oxera in haar aan de Commissie overgelegde verslagen heeft uitgevoerd, gebaseerd is op de beginselen die ook zouden worden gehanteerd door een rationele marktdeelnemer uit de particuliere sector en de aanpak weerspiegelt die uit de Commissieprecedenten blijkt.
- (149) De beginselen die de kosten-batenanalyse ondersteunen zijn:
- de waardering is tragsgewijs verricht;
  - een vooraf opgesteld businessplan is niet noodzakelijk vereist;
  - in het geval van een niet-verzadigde luchthaven is de „single till”-aanpak de geschikte tarifieringsmethode;
  - alleen de inkomsten uit de economische activiteiten van de luchthaven moeten in aanmerking worden genomen;
  - er moet rekening worden gehouden met de totale duur van de overeenkomst, inclusief eventuele verlengingen;
  - de toekomstige geldstromen moeten worden omgerekend naar de huidige waarde om de winstgevendheid van de overeenkomsten te beoordelen;
  - de uit de overeenkomsten van Ryanair met de luchthavens voortvloeiende hogere winstgevendheid moet worden geëvalueerd op basis van ramingen van de interne opbrengstvoet of op basis van op de netto contante waarde gebaseerde gegevens.

**Analyse van professor Damien P. McLoughlin — Consolidatie van een merk: waarom en hoe kleine merken moeten investeren in marketing, opgesteld ten behoeve van Ryanair, 10 april 2013**

- (150) Het doel van dit document was het beschrijven van de commerciële logica die schuilgaat achter de beslissingen van regionale luchthavens om via AMS advertentieruimte op Ryanair.com te kopen.
- (151) In het document wordt beargumenteerd dat er heel wat zeer sterke, zeer bekende, populaire luchthavens zijn. De zwakkere concurrenten moeten actie ondernemen tegen het statische aankoopgedrag van de consument, willen ze groeien. Kleinere regionale luchthavens moeten een middel vinden om de boodschap in verband met hun merk voortdurend over te brengen naar een zo groot mogelijk publiek. De traditionele vormen van marketingcommunicatie zijn voor hen gewoon te duur.

**Nota 3 en 4 van Oxera — Hoe moeten de AMS-overeenkomsten in de winstgevendheidsanalyse worden behandeld als onderdeel van de toetsing aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie?, 17 en 31 januari 2014**

- (152) Ryanair diende nog andere verslagen in die waren opgesteld door haar consultant Oxera. In deze verslagen behandelde Oxera de beginselen die, volgens de luchtvaartmaatschappij, in het kader van de toetsing aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie in acht moeten worden genomen in de winstgevendheidsanalyse van enerzijds de overeenkomsten voor luchthavendiensten tussen Ryanair en de luchthavens en anderzijds de overeenkomsten voor marketingdiensten tussen AMS en diezelfde luchthavens<sup>(24)</sup>. Ryanair benadrukte dat deze verslagen geen invloed hebben op haar eerder bekendgemaakte standpunt dat de overeenkomsten voor luchthavendiensten en de overeenkomsten voor marketingdiensten moeten worden geanalyseerd in het kader van afzonderlijke toetsingen aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie.
- (153) In de verslagen werd aangegeven dat, in een gezamenlijke analyse van de winstgevendheid, de winst van AMS moet worden opgenomen als inkomsten en de uitgaven als kosten. Hiervoor wordt in de verslagen voorgesteld om een op de kasstromen gebaseerde methode toe te passen op de gezamenlijke winstgevendheidsanalyse. Dit hield in dat de uitgaven van luchthavens voor AMS zouden kunnen worden behandeld als extra exploitatiekosten.
- (154) In de verslagen werd benadrukt dat marketingactiviteiten bijdragen tot de totstandbrenging en ondersteuning van de waarde van een merk. De mogelijke effecten en voordelen ervan zijn bovendien niet alleen voelbaar tijdens de looptijd van de overeenkomst, maar ook erna. Dit zou in het bijzonder het geval zijn als andere luchtvaartmaatschappijen zich op de luchthaven komen vestigen als gevolg van de overeenkomst met Ryanair. Hierdoor zullen ook meer winkels zich op de luchthaven willen vestigen en zullen de niet-luchtvaartgerelateerde inkomsten van de luchthaven bijgevolg toenemen. Volgens Ryanair moet de Commissie, als zij een gezamenlijke winstgevendheidsanalyse uitvoert, deze voordelen in aanmerking nemen door de kosten van AMS als extra exploitatiekosten te beschouwen, na aftrek van de betalingen van AMS.
- (155) Ryanair meent bovendien dat een eindwaarde zou moeten worden opgenomen in de voorspelde extra winst aan het einde van de looptijd van de overeenkomst voor luchthavendiensten om rekening te houden met de waarde die na de beëindiging van de overeenkomst wordt gegenereerd. De eindwaarde zou kunnen worden bepaald op basis van de waarschijnlijkheid van „hernieuwing”, waarbij de verwachting wordt gemeten dat er ook winst zal worden gemaakt na de beëindiging van de overeenkomst met Ryanair of wanneer gelijksoortige voorwaarden met andere luchtvaartmaatschappijen worden afgesproken. Ryanair was van mening dat het dan mogelijk zou zijn om de ondergrens te berekenen van de gezamenlijke voordelen van de overeenkomst met AMS en de overeenkomst voor luchthavendiensten, die de onzekerheid over de extra winsten na de beëindiging van de overeenkomst voor luchthavendiensten zou weergeven.
- (156) Ter aanvulling van deze benadering werd in de verslagen een samenvatting van de resultaten opgenomen van de studies over de effecten van marketing op de merkwaarde. Deze studies erkennen dat marketing de waarde van een merk kan ondersteunen en een klantenbestand kan helpen uitbouwen. Volgens de verslagen geldt voor luchthavens die adverteren op Ryanair.com dat met name de zichtbaarheid van hun merk toeneemt. Bovendien vermelden de verslagen dat kleinere regionale luchthavens die hun luchtverkeer willen zien toenemen, met dit doel in het bijzonder de waarde van hun merk kunnen vergroten door overeenkomsten voor marketingdiensten te sluiten met AMS.
- (157) Tot slot gaven de verslagen aan dat een op de kasstromen gebaseerde benadering, waarbij de kosten voor de door AMS verleende marketingdiensten zouden worden beschouwd als kapitaaluitgaven voor een immaterieel actief (d.w.z. de waarde van het merk), de voorkeur verdient boven de kapitalisatiebenadering<sup>(25)</sup>. Bij de kapitalisatiebenadering zou alleen rekening worden gehouden met het deel van de marketinguitgaven dat kan worden toegeschreven aan de immateriële activa van een luchthaven. De marketingkosten zouden worden beschouwd als kapitaaluitgaven voor een immaterieel actief en vervolgens worden afgeschreven gedurende de looptijd van de overeenkomst, met inachtneming van een restwaarde op de geplande vervaldatum van de overeenkomst voor luchthavendiensten. Bij deze benadering zou geen rekening worden gehouden met de extra winst die voortvloeit uit een overeenkomst voor luchthavendiensten met Ryanair. Het is ook moeilijk om de waarde van het immateriële actief te berekenen vanwege de uitgaven voor het merk en de periode waarin het actief wordt gebruikt. De kasstroommethode is geschikter dan de kapitalisatiebenadering, aangezien de kapitalisatiebenadering geen rekening zou houden met de verwachte positieve effecten voor de luchthaven van een overeenkomst voor luchthavendiensten met Ryanair.

<sup>(24)</sup> Oxera, „Hoe moeten de AMS-overeenkomsten in de winstgevendheidsanalyse worden behandeld als onderdeel van de toetsing aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie?”, opgesteld ten behoeve van Ryanair, 17 januari 2014.

<sup>(25)</sup> Oxera, „Hoe moeten de AMS-overeenkomsten in de winstgevendheidsanalyse worden behandeld als onderdeel van de toetsing aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie? — Praktische toepassing”, opgesteld ten behoeve van Ryanair, 31 januari 2014.



## 5.1.2. OVEREENKOMSTEN VOOR MARKETINGDIENSTEN

- (158) Ryanair benadrukte dat de overeenkomsten van AMS losstaan van die van Ryanair met de luchthavens en dat ze afzonderlijk moeten worden beoordeeld, aangezien zij niet kunnen worden beschouwd als één enkele begunstigde. De overeenkomsten werden onafhankelijk van elkaar onderhandeld, betroffen verschillende diensten en hadden geen onderling verband waardoor ze als één enkele vermeende staatssteunmaatregel zouden kunnen worden beschouwd. Het sluiten van een overeenkomst voor marketingdiensten met AMS is geen voorwaarde voor Ryanair om vliegroutes van en naar een luchthaven te exploiteren. Ryanair benadrukte dat de overeenkomst voor marketingdiensten van AMS werd gesloten met het ministerie, dat mede-eigenaar is van de luchthaven en de luchthaven ten goede kwam, maar niet bedoeld was om de laadfactor of het rendement van de verbindingen van Ryanair te verbeteren.
- (159) Wat betreft de marketingwaarde, beweerde Ryanair dat de ruimte voor marketing op haar website beperkt is en dat de vraag naar deze ruimte groot is, ook van andere ondernemingen dan luchthavens. Volgens Ryanair zijn ook traditionele luchtvaartmaatschappijen zich nu bewust van de waarde van hun website voor marketing en reclame. Ryanair voerde aan dat luchthavens ervoor kiezen om hun merk op te bouwen door op Ryanair.com of op andere websites van luchtvaartmaatschappijen te adverteren. Ryanair verklaarde voorts dat een grotere merkbekendheid op meerdere, elkaar versterkende en complementaire manieren gunstig kan zijn voor de luchthavens. De luchthaven van Zweibrücken is veel minder bekend dan Aéroport de Paris of Heathrow Airport en moet daarom investeren in reclame om haar naamsbekendheid te verhogen en zo veel mogelijk aankomende passagiers aan te trekken. Ryanair concludeerde dat de deelstaat een dubbele motivatie had om de overeenkomst voor marketingdiensten met AMS te sluiten: ten eerste een zuiver economische, omdat hij voor 50 % mede-eigenaar was van de exploitant van de luchthaven van Zweibrücken, en ten tweede als onderdeel van zijn verplichting om het toerisme en de zakelijke mogelijkheden in de deelstaat te promoten. Ryanair is daarom van mening dat de deelstaat tegen de marktprijs waardevolle marketingdiensten heeft aangekocht.

## 5.2. AIRPORT MARKETING SERVICES (AMS)

- (160) AMS stelde dat de Commissie, in tegenstelling tot wat in het besluit tot inleiding van de procedure was vermeld, de overeenkomst van FZG met Ryanair en de overeenkomst voor marketingdiensten van de deelstaat met AMS niet als met elkaar verbonden zou mogen behandelen, maar deze als twee aparte zakelijke transacties zou moeten beschouwen. AMS is naar eigen zeggen een dochteronderneming van Ryanair met een eigen werkelijk commercieel doel, die is opgericht om een activiteit te ontwikkelen die niet tot de kernactiviteiten van Ryanair behoorde. AMS verduidelijkte dat zij door Ryanair wordt gebruikt als tussenpersoon om advertentieruimte op haar website te verkopen. AMS gaf ook aan dat haar overeenkomsten voor marketingdiensten met luchthavens in beginsel los van de overeenkomsten van Ryanair met diezelfde luchthavens worden onderhandeld en gesloten. AMS stelde dat de overeenkomst tussen AMS en de deelstaat geen enkel voordeel verleent aan Ryanair; Ryanair oefent geen druk uit op haar partners om overeenkomsten voor marketingdiensten te sluiten met AMS en de dienstverlening van Ryanair is over het algemeen dezelfde op vliegroutes naar luchthavens met een overeenkomst inzake marketingdiensten met AMS als op vliegroutes naar luchthavens zonder een dergelijke overeenkomst.
- (161) AMS stelde verder dat FZG bij het aankopen van marketingdiensten in overeenstemming met het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie had gehandeld, omdat reclame op Ryanair.com naar verluidt een hoge werkelijke waarde heeft voor de deelstaat en de door AMS in rekening gebrachte prijs de marktprijs voor dergelijke diensten was. AMS argumenteerde dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen openbare en particuliere adverteerders wat betreft de prijs waartegen AMS advertentieruimte ter beschikking stelt en hoeveel ruimte wordt aangekocht. AMS stelde voorts dat openbare en particuliere instanties naar het schijnt concurreren om de beperkte ruimte om te adverteren op Ryanair.com. Dit betekent volgens AMS dat haar overeenkomsten met openbare luchthavens geen staatssteun kunnen omvatten omdat zij de ruimte op de website evengoed tegen een vergelijkbare prijs aan een particuliere onderneming zou kunnen verkopen.
- (162) AMS benadrukte ook dat het voor een kleine regionale luchthaven logisch is om marketingdiensten van AMS aan te kopen. AMS verzekerde dat het voor zulke luchthavens over het algemeen nodig is om hun merkbekendheid te verhogen en dat advertenties op de website van een luchtvaartmaatschappij het aantal meer winstgevende buitenlandse passagiers kunnen doen toenemen (buitenlandse reizigers genereren meer niet-luchtvaartgerelateerde inkomsten dan vertrekkende reizigers uit de regio van de luchthaven). AMS benadrukte dat de deelstaat niet alleen de mede-eigenaar van de exploitant van de luchthaven is en rechtstreeks belang bij heeft bij een sterker merkimage en meer inkomsten, maar ook de autoriteit is die de toeristische en zakelijke mogelijkheden in de deelstaat Rijnland-Palts op verschillende manieren, en in het bijzonder door middel van reclame, moet promoten.

## 5.3. GERMANWINGS

- (163) Ter informatie heeft Germanwings kort toegelicht waarom zij eerst had besloten om vanaf Zweibrücken activiteiten uit te oefenen. De maatschappij gaf aan dat zij Zweibrücken boven Saarbrücken had verkozen vanwege de betere start- en landingsbaan in Zweibrücken en wees op de moeilijke topografie van de start- en landingsbaan in Saarbrücken. Zij verklaart ook dat Zweibrücken in 2006, toen Germanwings besloot om vanaf Zweibrücken te vliegen, beter uitgerust was voor instrumentlanding (CAT-systeem) en dat de vliegtijd naar Berlijn iets korter was. Germanwings verzekerde dat zij haar diensten vanaf Zweibrücken in 2011 heeft stopgezet omdat de verbinding naar Berlijn niet winstgevend was.
- (164) Germanwings verklaarde eerst dat haar overeenkomsten met FZG geen staatssteun omvatten, omdat ze niet aan de staat toerekenbaar zijn. Zij stelde dat verschillende persberichten van politici niet kunnen aantonen dat de staat betrokken was bij de onderhandelingen over of het sluiten van die overeenkomsten, en dat de verplichting om te beschikken over een door de toezichthoudende autoriteit goedgekeurde lijst van luchthavengelden overeenkomstig § 43a, LuftVZO niet gold voor individuele overeenkomsten.
- (165) Ten tweede beweerde Germanwings dat FZG bij het sluiten van de verschillende overeenkomsten als een marktdeelnemer in een markteconomie had gehandeld. Zij benadrukte dat het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie niet vereist dat een investeerder geen verliezen op korte termijn mag maken, maar dat dit een normale zakelijke strategie kan zijn om op middellange tot lange termijn winstgevend te worden. Het idee dat een luchthaven geen heffingen mag opleggen die niet kostendekkend zijn, wat volgens Germanwings in het besluit tot inleiding van de procedure wordt weerspiegeld, zou voortvloeien uit artikel 102 van het Verdrag en enkel van toepassing zijn in antitrustverband, en zou dus niet in staatssteunzaken mogen worden toegepast.

## 5.4. TUIfly

- (166) Ter informatie heeft TUIfly toegelicht waarom zij eerst haar activiteiten heeft verplaatst van de luchthaven van Saarbrücken naar de luchthaven van Zweibrücken. TUIfly verklaarde dat zij naar de luchthaven van Zweibrücken is verhuisd vanwege veiligheidsrisico's op de luchthaven van Saarbrücken. TUIfly beweerde dat vanwege de infrastructuur en topografische kenmerken van de luchthaven van Saarbrücken een volledig beladen vliegtuig van TUIfly van het type B737-800 bij slecht weer niet goed kon landen op de luchthaven, waardoor die vliegtuigen naar de luchthaven van Zweibrücken moesten uitwijken, al voordat daar met de commerciële activiteiten was gestart. Behalve met vertragingen en ongemakken voor de reizigers gingen deze omleidingen volgens TUIfly gepaard met extra kosten en organisatorische problemen voor de luchtvaartmaatschappij. TUIfly stelde dat haar activiteiten op de luchthaven van Saarbrücken door de ernstige veiligheidsrisico's onhoudbaar waren en een verhuizing naar de luchthaven van Zweibrücken onvermijdelijk was. Zij merkte bovendien op dat sommige volledig beladen vliegtuigen door de korte start- en landingsbaan in Saarbrücken niet konden opstijgen, zodat middellangeafstandsvluchten (zoals naar de Canarische eilanden) met een halflege tank moesten vertrekken en een tussenstop maken in Spanje of Portugal om bij te tanken.
- (167) TUIfly voerde aan dat haar overeenkomst met FZG geen staatssteun inhield en dat de heffingen die TUIfly betaalde, in overeenstemming waren met de marktprijzen. Zij betoogde dat de omstandigheden op de luchthaven van Zweibrücken en in de omgeving van dien aard zijn dat lage luchthavengelden noodzakelijk zijn wil een luchtvaartmaatschappij op Zweibrücken winstgevend kunnen opereren. TUIfly verwees met name naar de toestand van de passagiersinfrastructuur op de luchthaven van Zweibrücken, het gebrek aan geschikt openbaar vervoer (per trein) van en naar de luchthaven, de ligging van de luchthaven in een regio met weinig koopkracht, de oorspronkelijk slechte staat van de start- en landingsbaan, het ontbreken van verblijven voor de bemanning enz. TUIfly stelde ook dat, in tegenstelling tot de luchthaven van Saarbrücken (of andere luchthavens waar TUIfly actief is), de luchthaven van Zweibrücken niet de status van „douaneluchthaven” heeft, waardoor TUIfly verplicht is een „douanerecht” van tussen de [...] EUR en [...] EUR per vlucht te betalen. Volgens TUIfly komt dit neer op een extra kost van ongeveer [...] EUR per passagier en stijgen de totale exploitatiekosten van TUIfly met meer dan [...] EUR per jaar.

## 6. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND TEN AANZIEN VAN DE OPMERKINGEN VAN DERDEN

## 6.1. OPMERKINGEN OVER DE OPMERKINGEN VAN RYANAIR

- (168) Duitsland was verheugd dat de verklaringen van Ryanair het standpunt van Duitsland bevestigden dat noch de luchthaven van Zweibrücken, noch de luchtvaartmaatschappijen die vanaf Zweibrücken activiteiten uitoefenen, staatssteun hebben ontvangen. Duitsland was het er ook mee eens dat de overeenkomst tussen de deelstaat Rijnland-Palts en AMS los van de overeenkomst tussen FZG en Ryanair moet worden beoordeeld, dat de eerstgenoemde overeenkomst een werkelijke waarde had voor de deelstaat en dat deze tegen de marktprijs was afgesloten. Duitsland benadrukte met name het belang van het toerisme voor de regio en stelde dat de overeenkomst met AMS diende om het toerisme te bevorderen.

## 6.2. OPMERKINGEN OVER DE OPMERKINGEN VAN AMS

- (169) Omdat AMS het standpunt van Duitsland had bevestigd dat de overeenkomst tussen AMS en de deelstaat Rijnland-Palts geen staatssteun inhield, wilde Duitsland niet nader ingaan op afzonderlijke verklaringen.

## 6.3. OPMERKINGEN OVER DE OPMERKINGEN VAN GERMANWINGS

- (170) Duitsland beperkte zijn antwoord op de verklaring van Germanwings tot opmerkingen over een aantal feitelijke suggesties van de luchtvaartmaatschappij. Het beklemtoonde in het bijzonder dat er, in tegenstelling tot wat Germanwings lijkt te suggereren, geen concurrentie was tussen Zweibrücken en Saarbrücken, maar dat de twee luchthavens altijd meenden dat zij elkaar aanvullen. Duitsland gaf aan dat de keuze van een luchtvaartmaatschappij om een bepaalde luchthaven te bedienen een strategische beslissing van die luchtvaartmaatschappij is, waarop Duitsland geen commentaar kon geven.

## 7. BEOORDELING

- (171) Krachtens artikel 107, lid 1, van het Verdrag „zijn 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 interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”.
- (172) De criteria van artikel 107, lid 1, van het Verdrag zijn cumulatief. Daarom moet, om te bepalen of de betrokken maatregel een steunmaatregel is in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, aan alle onderstaande voorwaarden zijn voldaan. De financiële steun moet met name:
- a) door de staat of met staatsmiddelen worden bekostigd;
  - b) bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen begunstigen;
  - c) de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen, en
  - d) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.

## 7.1. OVERHEIDSFINANCIERING DOOR DE DEELSTAAT RIJNLAND-PALTS/ZEF VAN DE LUCHTHAVEN VAN ZWEIBRÜCKEN

## 7.1.1. AANWEZIGHEID VAN STEUN

7.1.1.1. *Economische activiteit en het begrip „onderneming”*

- (173) Volgens vaste rechtspraak moet de Commissie eerst nagaan of FGZ en FZG ondernemingen zijn in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Het begrip onderneming omvat elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van de entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd <sup>(26)</sup>. Iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt is een economische activiteit <sup>(27)</sup>.
- (174) In zijn arrest in de zaak Flughafen Leipzig-Halle heeft het Hof van Justitie bevestigd dat de exploitatie van een luchthaven voor commerciële doeleinden en de bouw van luchthaveninfrastructuur een economische activiteit is <sup>(28)</sup>. Zodra een luchthavenexploitant economische activiteiten uitoefent door tegen betaling luchthavendiensten aan te bieden, is hij, ongeacht zijn rechtsvorm of de manier waarop hij wordt gefinancierd, een onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Bijgevolg kunnen de regels van het Verdrag met betrekking tot staatssteun van toepassing zijn op voordelen aan die luchthavenexploitant die door de staat worden toegekend of met staatsmiddelen worden bekostigd <sup>(29)</sup>.

<sup>(26)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1998, Commissie/Italiaanse Republiek, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303; arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991, Klaus Höfner en Fritz Elser/Macrotron, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161; arrest van het Hof van Justitie van 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie en Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392; arrest van het Hof van Justitie van 11 december 1997, Job Centre, C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603.

<sup>(27)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 1987, Commissie/Italiaanse Republiek, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283; arrest Commissie/Italiaanse Republiek, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1998:303.

<sup>(28)</sup> Arrest in de zaak Flughafen Leipzig-Halle, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2011:117, met name de punten 93 en 94, bevestigd door het arrest Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:821; zie ook arrest van het Gerecht van 12 december 2000, Aéroports de Paris/Commissie, bevestigd door het arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie, C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617, en arrest van het Gerecht van 17 december 2008, Ryanair Ltd/Commissie, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585 (hierna „het arrest Charleroi” genoemd).

<sup>(29)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 17 februari 1993, Christian Poucet/Assurances générales de France en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63.

- (175) Wat betreft het tijdstip vanaf wanneer de aanleg en de exploitatie van een luchthaven een economische activiteit wordt, herinnert de Commissie eraan dat het door de geleidelijke ontwikkeling van de marktkrachten in de luchthavensector niet mogelijk is om een exacte datum vast te stellen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft echter erkend dat de aard van de luchthavenactiviteiten evolueert en in de zaak Flughafen Leipzig-Halle heeft het Gerecht geoordeeld dat het vanaf 2000 niet langer mogelijk was om de toepassing van de staatssteunvoorschriften op de financiering van luchthaveninfrastructuur uit te sluiten. Bijgevolg moet, vanaf de datum waarop het arrest *Aéroports de Paris* is gewezen (12 december 2000)<sup>(30)</sup>, de exploitatie en de aanleg van luchthaveninfrastructuur worden beschouwd als een economische activiteit die binnen het staatssteuntoezicht valt.

### Eén economische eenheid

- (176) Alvorens in te gaan op de aard van de activiteiten van FGAZ en FZG, herinnert de Commissie er echter aan dat twee afzonderlijke rechtspersonen voor de toepassing van de staatssteunregels als één economische entiteit kunnen worden beschouwd. Die economische entiteit wordt dan als de betrokken onderneming beschouwd.
- (177) Het Hof van Justitie heeft als volgt geoordeeld: „In het kader van het mededingingsrecht moet onder het begrip onderneming worden verstaan een [...] economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen.”<sup>(31)</sup> In dat verband heeft het Hof van Justitie verklaard dat, onder specifieke omstandigheden, verschillende entiteiten geacht kunnen worden tezamen een economische activiteit te verrichten en zodoende een economische eenheid te vormen<sup>(32)</sup>.
- (178) Om te bepalen of verscheidene entiteiten een economische eenheid vormen, gaat het Hof van Justitie na of er sprake is van een zeggenschapsdeelneming of van functionele, economische of organieke banden<sup>(33)</sup>.
- (179) In dit geval is de Commissie van mening dat FGAZ en FZG zo nauw verbonden zijn dat zij voor de toepassing van de staatssteunregels als één economische eenheid moeten worden beschouwd. In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat FZG een volledige dochteronderneming van FGAZ is, waardoor FGAZ de bevoegdheid heeft om FZG via de aandeelhoudersvergadering te controleren. Bovendien zijn FGAZ en FZG via een winstpoolingsovereenkomst verbonden, wat volgens Duitsland inhoudt dat de twee entiteiten volgens het Duitse belastingrecht als één economische eenheid worden behandeld. De leden van de raad van commissarissen van FZG moeten volgens de statuten altijd dezelfde zijn als die van de raad van commissarissen van FGAZ. In beide ondernemingen, zowel FGAZ als FZG, wordt het management benoemd door de respectieve raad van commissarissen (die, zoals gezegd, identiek is voor beide entiteiten). In de praktijk was [...] op alle materiële tijdstippen de directeur van zowel FGAZ als FZG (daarnaast was alleen voor FZG, en niet voor FGAZ, een tweede directeur benoemd). Als enige directeur van FGAZ vertegenwoordigde [...] FGAZ derhalve in de aandeelhoudersvergadering van FZG, met FGAZ als enige aandeelhouder.
- (180) Uit de beschikbare informatie blijkt dat belangrijke besluiten met betrekking tot de luchthaven van Zweibrücken in de praktijk regelmatig op het niveau van FGAZ worden genomen, waarbij vervolgens instructies worden doorgegeven aan FZG. De door Duitsland verstrekte informatie over het besluitvormingsproces met betrekking tot de modernisering van de start- en landingsbaan in 2008-2009 maakt in dit verband veel duidelijk. De raad van commissarissen van FGAZ nam eerst de beslissing om de start- en landingsbaan te moderniseren. De aandeelhoudersvergadering van FGAZ verzocht het management van FGAZ vervolgens om een aandeelhoudersvergadering van FZG bijeen te roepen. Het management van FGAZ vertegenwoordigde FGAZ dan als enige aandeelhouder in de aandeelhoudersvergadering van FZG en verzocht het management van FZG om de beslissing van FGAZ om de start- en landingsbaan te moderniseren, ten uitvoer te leggen.
- (181) Concluderend is de Commissie van mening dat de banden tussen FGAZ en FZG voldoende nauw zijn om de twee entiteiten als één economische eenheid te behandelen. FZG is economisch en juridisch met name volledig afhankelijk van FGAZ en heeft geen eigen commerciële wil. Voor de toepassing van de staatssteunregels van de Unie vormen FGAZ en FZG dus één onderneming.

<sup>(30)</sup> Arrest in de zaak Flughafen Leipzig-Halle, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2011:117, punten 42 en 43.

<sup>(31)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, 170/83, ECLI:EU:C:1984:271, punt 11. Zie ook arrest van het Gerecht van 14 oktober 2004, *Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG/Commissie*, T-137/02, ECLI:EU:T:2004:304, punt 50.

<sup>(32)</sup> Of een economische activiteit gezamenlijk wordt uitgeoefend, wordt in de regel beoordeeld door na te gaan of er sprake is van functionele, economische of organieke banden tussen de entiteiten. Zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2010, *AceaElectrabel Produzione SpA/Europese Commissie*, C-480/09 P, ECLI:EU:C:2010:787, punten 47-55; arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato en Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punt 112.

<sup>(33)</sup> Arrest *AceaElectrabel Produzione SpA/Europese Commissie*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2010:787, punten 47-55; arrest *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato en Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:8, punt 112.

**Economische activiteit**

- (182) FGAZ/FZG is actief betrokken bij de bouw, het onderhoud en de exploitatie van de luchthaven van Zweibrücken. FGAZ/FZG biedt luchthavendiensten aan en doet de gebruikers — zowel commerciële luchtvaartexploitanten als niet-commerciële algemene gebruikers — betalen voor het gebruik van de luchthaveninfrastructuur, en exploiteert de infrastructuur dus commercieel. Op basis van de in de overwegingen 174 en 175 aangehaalde vaste rechtspraak moet worden geconcludeerd dat FGAZ/FZG een economische activiteit uitoefende vanaf de datum waarop het arrest *Aéroports de Paris* is gewezen (dat wil zeggen 12 december 2000).
- (183) In dit verband beklemtoont de Commissie dat de economische activiteiten van FGAZ/FZG niet begonnen met de start van de commerciële luchtvaart op Zweibrücken in 2006.
- (184) Ten eerste blijkt uit de verklaring van Duitsland dat Zweibrücken reeds eerder — zonder succes — had getracht commerciële luchtvaart naar de luchthaven aan te trekken, waaruit de intentie blijkt om deze markt te betreden.
- (185) Ten tweede zou de bewering dat de bouw en de exploitatie van een luchthaven pas een economische activiteit is als met succes commerciële luchtvaart is aangetrokken, tot onaanvaardbare conclusies leiden; er is geen reden om de voorbereidende activiteiten waarbij de infrastructuur wordt aangelegd of uitgebreid, los te koppelen van het latere commerciële gebruik ervan; de al dan niet economische aard van het latere gebruik van de aangelegde infrastructuur bepaalt in feite noodzakelijkerwijs de aard van de uitbouwactiviteit <sup>(34)</sup>. In zijn arrest in de zaak *Flughafen Leipzig-Halle* heeft het Gerecht duidelijk gemaakt dat de exploitatie van een luchthaven een economische activiteit is, waarvan de aanleg van luchthaveninfrastructuur onlosmakelijk deel uitmaakt.
- (186) Ten slotte moet erop worden gewezen dat het aanbieden van luchthavendiensten voor de algemene luchtvaart ook een economische activiteit vormt. Hetzelfde geldt voor het verlenen van luchthavendiensten aan militaire gebruikers tegen een vergoeding <sup>(35)</sup>. Daarom oefende FGAZ/FZG al vóór 2006 een economische activiteit uit.
- (187) Daarom wordt geconcludeerd dat FGAZ/FZG vanaf 12 december 2000 een economische activiteit uitoefende en, als één economische eenheid, een onderneming vormt in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag.

**Overheidstaken**

- (188) Hoewel FGAZ/FZG bijgevolg voor de toepassing van artikel 107, lid 1, van het Verdrag als een onderneming moet worden beschouwd, moet eraan worden herinnerd dat niet alle activiteiten van een luchthaveneigenaar en -exploitant noodzakelijkerwijs van economische aard zijn <sup>(36)</sup>.
- (189) Het Hof van Justitie <sup>(37)</sup> heeft geoordeeld dat de activiteiten die normaal gesproken onder de verantwoordelijkheid van de staat vallen bij de uitoefening van zijn overheidsmacht niet van economische aard zijn en niet onder de toepassing van de staatssteunregels vallen. Dergelijke activiteiten kunnen bijvoorbeeld beveiliging, luchtverkeersleiding, politie, douane enz. omvatten. De financiering moet strikt beperkt blijven tot de vergoeding van de kosten waartoe ze aanleiding geven, en mag niet worden gebruikt om andere economische activiteiten te financieren <sup>(38)</sup>.
- (190) Daarom is de financiering van activiteiten die tot de overheidstaken behoren, of van infrastructuur die rechtstreeks met deze activiteiten in verband staat, doorgaans geen staatssteun <sup>(39)</sup>. Op een luchthaven worden activiteiten zoals luchtverkeersleiding, politietaken, douane, brandweer en activiteiten om de burgerluchtvaart te beveiligen tegen wederrechtelijke daden, en de investering met betrekking tot de infrastructuur en de uitrusting die nodig is om deze activiteiten te verrichten, doorgaans geacht geen economisch karakter te hebben <sup>(40)</sup>.

<sup>(34)</sup> Arrest in de zaak *Flughafen Leipzig-Halle*, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2011:117, punt 95. Zie ook, naar analogie, arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Commissie*, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, punt 26.

<sup>(35)</sup> Zie de notulen van de raad van commissarissen van FGAZ van 2 oktober 2006, waaruit blijkt dat de luchthaven wordt vergoed voor het aanbieden van diensten aan militaire gebruikers.

<sup>(36)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 19 januari 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7.

<sup>(37)</sup> Arrest Commissie/Italiaanse Republiek, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1987:283, punten 7 en 8, en arrest van het Hof van Justitie van 4 mei 1988, *Corinne Bodson/SA Pompes funèbres des régions libérées*, 30/87, ECLI:EU:C:1988:225, punt 18.

<sup>(38)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 18 maart 1997, *Diego Cali & Figli Srl tegen Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160; besluit van de Commissie van 19 maart 2003 betreffende steunmaatregel N309/02; besluit van de Commissie van 16 oktober 2002 betreffende steunmaatregel N438/02, *Subsidies voor de havenbedrijven voor de uitvoering van overheidstaken in de Belgische havensector* (PB C 284 van 21.11.2002).

<sup>(39)</sup> Besluit van de Commissie van 19 maart 2003 betreffende steunmaatregel N309/02.

<sup>(40)</sup> Zie, in het bijzonder, arrest *SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1994:7, punt 30, en arrest van het Hof van Justitie van 26 maart 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA/Commissie en Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, punt 71.

- (191) Overheidsfinanciering van niet-economische activiteiten die in nauw verband staan met het verrichten van een economische activiteit, mogen echter niet leiden tot onrechtmatige discriminatie tussen luchtvaartmaatschappijen en luchthavenbeheerders. Het is immers vaste rechtspraak dat er van een voordeel sprake is wanneer overheidsinstanties ondernemingen bevrijden van de kosten die inherent zijn aan hun economische activiteiten<sup>(41)</sup>. Als het daarom in een bepaald rechtssysteem normaal is dat luchtvaartmaatschappijen of luchthavenbeheerders de kosten van bepaalde diensten dragen, terwijl sommige luchtvaartmaatschappijen of luchthavenbeheerders die dezelfde diensten verlenen, deze kosten niet hoeven te dragen, kunnen deze laatste een voordeel genieten, ook al worden de diensten op zich als niet-economisch van aard beschouwd. Daarom is het nodig om het juridisch kader te bekijken waaronder de luchthavenbeheerder valt, om te beoordelen of krachtens dat juridisch kader luchthavenbeheerders of luchtvaartmaatschappijen de kosten van sommige activiteiten moeten dragen die op zich misschien niet-economisch van aard zijn, maar inherent aan de uitoefening van hun economische activiteiten.
- (192) Duitsland gaf aan dat de kosten die voortvloeien uit de volgende maatregelen (investeringskosten of exploitatiekosten) moeten worden geacht tot de overheidstaken te behoren: maatregelen ter beveiliging van de luchthaven overeenkomstig § 8 *Luftsicherheitsgesetz* (wet inzake luchtruimbeveiliging, hierna „LuftSiG” genoemd), maatregelen voor operationele veiligheid, luchtverkeersleiding en luchtverkeersveiligheid overeenkomstig § 27, onder c), punt 2, *Luftverkehrsgesetz* (wet inzake luchtverkeer, hierna „LuftVG” genoemd), meteorologische diensten en de brandweer.
- (193) De Commissie is van oordeel dat maatregelen overeenkomstig § 8 LuftSiG, maatregelen overeenkomstig § 27, onder c), punt 2, LuftVG (waaronder meteorologische diensten) en de brandweer, in beginsel en op basis van de analyse in overweging 195 en volgende, kunnen worden beschouwd als activiteiten die tot de overheidstaken behoren.
- (194) Inzake de maatregelen die louter op de operationele veiligheid betrekking hebben, is de Commissie echter van mening dat het garanderen van een veilige luchthavenexploitatie een normaal onderdeel van de economische activiteit van de exploitatie van een luchthaven is<sup>(42)</sup>. Behoudens een grondigere doorlichting van de individuele activiteiten en kosten is de Commissie van oordeel dat maatregelen die bestemd zijn om een veilige luchthavenexploitatie te garanderen, geen activiteiten zijn die tot de overheidstaken behoren. Elke onderneming die een luchthaven wil exploiteren, moet de veiligheid van de installaties, zoals de start- en landingsbaan en platformen, waarborgen.
- (195) Wat betreft het rechtskader, heeft Duitsland meegedeeld dat er voor de brandweer geen wettelijke regels zijn die strikt opleggen dat deze kosten door de luchthavenexploitant worden gedragen. Daarnaast merkt de Commissie op dat de vergoeding van de kosten voor de brandweer tot de bevoegdheid van de deelstaten behoort en dat deze kosten doorgaans door de betrokken regionale overheden worden vergoed. De vergoeding is beperkt tot wat nodig is om deze kosten te dekken.
- (196) Wat betreft luchtverkeersleiding en meteorologische diensten, merkt de Commissie op dat § 27, onder d) en f), LuftVG bepaalt dat de kosten verbonden aan § 27, onder c), LuftVG voor enkele specifieke luchthavens door de overheid worden betaald. Hoewel de Commissie in dit geval niet hoeft te beslissen of de bepaling een voordeel kan verlenen aan de luchthavens die overeenkomstig § 27, onder d) en f), LuftVG overheidsfinanciering krijgen, is het duidelijk dat in de wet is bepaald dat alle andere luchthavens de relevante kosten zelf moeten dragen. In dit licht moeten de kosten voor luchtverkeersleiding en meteorologische diensten worden beschouwd als normale exploitatiekosten van ten minste die luchthavens die onder § 27, onder d) en f), LuftVG vallen.
- (197) Wat betreft de maatregelen op grond van § 8 LuftSiG, blijkt Duitsland van mening te zijn dat alle beschreven kosten voor de daarin voorgeschreven maatregelen door de betrokken overheid kunnen worden gedragen. De Commissie merkt echter op dat op grond van § 8, lid 3, LuftSiG alleen de kosten verbonden aan de bouw en het onderhoud van ruimten en gebouwen die nodig zijn om de in § 8, leden 1 en 2, LuftSiG opgesomde activiteiten te verrichten, mogen worden vergoed. Alle overige kosten moeten door de luchthavenexploitant worden gedragen. In de mate waarin overheidsfinanciering aan FGAZ/FZG deze onderneming bevrijdde van kosten die zij op grond van § 8, lid 3, LuftSiG had moeten dragen, moet die overheidsfinanciering dus aan de staatssteunregels van de Unie worden getoetst.

<sup>(41)</sup> Zie onder andere arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2005, Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punt 36, en de daar aangehaalde rechtspraak.

<sup>(42)</sup> Besluit van de Commissie van 20 februari 2014 betreffende steunmaatregel SA.35847 (2012/N) — Tsjechië — Luchthaven van Ostrava, nog niet bekendgemaakt in het PB, overweging 16.

## Conclusies betreffende de overheidstaken

- (198) In het licht van bovenstaande overwegingen acht de Commissie het gepast om meer specifieke conclusies te trekken over de investerings- en exploitatiekosten die tot de taken van de overheid zouden behoren.
- (199) Voor de exploitatiekosten die tussen 2000 en 2009 werden gemaakt, aanvaardt de Commissie dat de exploitatiekosten die aan de brandweer zijn verbonden, kunnen worden aangemerkt als kosten verbonden aan de overheidstaken, voor zover de vergoeding van die kosten strikt beperkt blijft tot wat noodzakelijk is om die activiteiten te verrichten. Met betrekking tot de exploitatiekosten verbonden aan maatregelen op grond van § 8 LuftSiG is de Commissie van oordeel dat alleen de kosten waarvoor de luchthavenexploitant recht heeft op een vergoeding op grond van § 8, lid 3, LuftSiG, als kosten verbonden aan de overheidstaken kunnen worden aangemerkt. Wat betreft maatregelen voor luchtverkeersleiding en luchtverkeersveiligheid alsook meteorologische diensten overeenkomstig § 27, onder c), punt 2, LuftVG en rekening houdend met het feit dat Zweibrücken geen van de luchthavens is waarvoor de federale overheid overeenkomstig § 27, onder d), punt 1, en § 27, onder f), punt 1, LuftVG een daarmee samenhangende behoefte heeft erkend, is de Commissie van mening dat exploitatiekosten verbonden aan maatregelen voor luchtverkeersleiding en luchtverkeersveiligheid, alsook meteorologische diensten niet als kosten verbonden aan de overheidstaken kunnen worden aangemerkt. De exploitatiekosten om de operationele veiligheid van de luchthaven te waarborgen, kunnen ook niet als kosten verbonden aan de overheidstaken worden aangemerkt.
- (200) Wanneer wordt gekeken naar de investeringen die tussen 2000 en 2009 werden gedaan, aanvaardt de Commissie dat de investeringen die rechtstreeks verband houden met de brandweer als kosten verbonden aan de overheidstaken kunnen worden aangemerkt. De vergoeding door de betrokken overheid was bovendien beperkt tot de mate die nodig was om deze kosten te dekken. Met betrekking tot de investeringen verbonden aan maatregelen op grond van § 8 LuftSiG is de Commissie van oordeel dat alleen de kosten waarvoor de luchthavenexploitant recht heeft op een vergoeding op grond van § 8, lid 3, LuftSiG, als kosten verbonden aan de overheidstaken kunnen worden aangemerkt. Wat betreft investeringen verbonden aan maatregelen voor luchtverkeersleiding en luchtverkeersveiligheid, alsook meteorologische diensten overeenkomstig § 27, onder c), punt 2, LuftVG en rekening houdend met het feit dat Zweibrücken geen van de luchthavens is waarvoor de federale overheid overeenkomstig § 27, onder d), en § 27, onder f), LuftVG een daarmee samenhangende behoefte heeft erkend, is de Commissie van mening dat investeringen verbonden aan maatregelen voor luchtverkeersleiding en luchtverkeersveiligheid, alsook meteorologische diensten niet als kosten verbonden aan de overheidstaken kunnen worden aangemerkt. De investeringen om de operationele veiligheid van de luchthaven te waarborgen, kunnen ook niet als kosten verbonden aan de overheidstaken worden aangemerkt. Dit betekent met name dat de investeringen voor de modernisering en de uitbreiding van de start- en landingsbaan en de installatie van geleidelichten enz. niet kunnen worden geacht tot de overheidstaken te behoren.
- (201) Ongeacht de vraag of deze kosten juridisch al dan niet als kosten verbonden aan de overheidstaken kunnen worden gekwalificeerd, is hoe dan ook aangetoond dat deze in overeenstemming met het rechtskader door de luchthavenexploitant moeten worden gedragen. Dienovereenkomstig geldt dat als de staat deze kosten zou betalen, de luchthavenexploitant zou worden bevrijd van een kost die hij normaal gezien had moeten dragen.

**Economische activiteit en gebruik door het leger**

- (202) De Commissie merkt op dat de luchthaven van Zweibrücken ook wordt gebruikt door Duitse en andere militairen, onder meer voor opleidingen, ondanks het feit dat Zweibrücken geen militair vliegveld, maar een burgerluchthaven is <sup>(43)</sup>.
- (203) De Commissie is van oordeel dat het verlenen van luchthavendiensten aan het leger, onder meer door burgerluchthavens, in beginsel een activiteit kan zijn die tot de overheidstaken behoort. Het is echter niet duidelijk in hoeverre Duitsland van mening is dat de overheidsfinanciering van de luchthaven alleen de kosten dekt om aan de behoefte aan luchthavendiensten van het leger tegemoet te komen. De Commissie merkt op dat met name wat de exploitatiekosten betreft, Duitsland de kosten die voortvloeien uit de aanwezigheid van het leger, niet rekent tot de kosten verbonden aan de overheidstaken. Hetzelfde geldt in beginsel voor de investeringen: Duitsland verwijst niet naar investeringen die strikt verband houden met de militaire gebruikers van de luchthaven.
- (204) Duitsland blijft echter volhouden dat het feit dat de luchthaven nog steeds door het leger wordt gebruikt, één van de redenen is waarom investeringen in de veiligheid van de luchthaven (start- en landingsbaan enz.) absoluut noodzakelijk waren en waarom de luchthaven sluiten geen optie was.

<sup>(43)</sup> Zweibrücken is niet opgenomen in de militaire luchtvaartinlichtingenaankondiging voor Duitsland (*Military Aeronautical Information Publication Germany*, MIL AIP Germany), die een lijst van alle militaire luchthavens in Duitsland bevat.

- (205) De Commissie stelt in dit verband vast dat de luchthaven van Zweibrücken tegen vergoeding luchthavendiensten aan het leger lijkt aan te bieden. De notulen van de raad van commissarissen van FGAZ van 2 oktober 2006 herhalen een discussie over militaire oefeningen in Zweibrücken. Het management benadrukt dat een van de redenen dat dergelijke oefeningen zijn toegelaten, de daaruit gegeneerde inkomsten zijn, wat erop wijst dat, vanuit het oogpunt van FGAZ/FZG, het aanbieden van luchthavendiensten aan het leger een economische activiteit is. De discussie gaat verder over de vraag of FZG in de toekomst militaire oefeningen in Zweibrücken moet toelaten, wat erop wijst dat het binnen de bevoegdheid van FGAZ/FZG valt om al dan niet diensten te verlenen aan het leger.
- (206) De Commissie stelt voorts vast dat Duitsland niet precies kon aangeven welke kosten (noch investeringen noch exploitatiekosten) specifiek verband hielden met de militaire gebruikers van de luchthaven en dat dit erop kan wijzen dat het leger inderdaad louter een van de klanten van de luchthaven van Zweibrücken is.
- (207) Concluderend is de Commissie van mening dat het verlenen van luchthavendiensten aan het leger een economische activiteit op de luchthaven van Zweibrücken is en zij neemt in het bijzonder kennis van het feit dat de afzonderlijke kosten die verband houden met de aanwezigheid van het leger op de luchthaven van Zweibrücken niet konden worden vastgesteld en de (gedeeltelijke) economische verklaring die FGAZ/FZG heeft gegeven voor de dienstverlening aan het leger.
- (208) Zelfs in het alternatieve scenario — dat wil zeggen als de Commissie zou hebben geconcludeerd dat de kosten van de militaire aanwezigheid mogen worden gedekt door de staat omdat deze tot de overheidstaken behoort — moet worden opgemerkt dat de overheidsfinanciering van de niet-economische activiteiten van de luchthaven in de vorm van dienstverlening aan het leger niet mag leiden tot kruissubsidiëring van de economische activiteiten van de luchthaven. Het is met name niet mogelijk om de volledige investering in activa die ook door het leger worden gebruikt (start- en landingsbaan enz.) of vaste exploitatiekosten te beschouwen als verbonden aan de overheidstaken.

#### 7.1.1.2. *Staatsmiddelen en toerekenbaarheid aan de staat*

- (209) Om staatssteun te vormen, moeten de maatregelen in kwestie met staatsmiddelen worden bekostigd en moet de beslissing om de maatregel te verlenen aan de staat toe te rekenen zijn.
- (210) Het begrip staatssteun is van toepassing op alle voordelen die uit staatsmiddelen worden bekostigd en worden toegekend door de staat of door instanties die hun activiteiten verrichten op grond van een overheidsmandaat <sup>(44)</sup>. Voor de toepassing van artikel 107 van het Verdrag worden middelen van plaatselijke overheden als staatsmiddelen beschouwd <sup>(45)</sup>.
- (211) In dit geval werden de betrokken maatregelen — namelijk directe investeringssubsidies voor FZG en jaarlijkse kapitaalinjecties ten gunste van FGAZ/FZG — rechtstreeks uit de begroting van de lokale overheden toegekend. De investeringssubsidies kwamen rechtstreeks van de deelstaat Rijnland-Palts en de kapitaalinjecties werden gefinancierd door de deelstaat en ZEF, een vereniging van plaatselijke territoriale overheden.
- (212) Om deze reden is de Commissie van oordeel dat ze met staatsmiddelen zijn bekostigd en toerekenbaar zijn aan de staat.

#### 7.1.1.3. *Economisch voordeel*

- (213) Een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag is een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden, d.w.z. zonder tussenkomst van de staat, niet zou hebben verkregen <sup>(46)</sup>. Alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming zijn relevant, niet de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregel <sup>(47)</sup>. Als de financiële situatie van de onderneming is verbeterd als gevolg van de overheidsmaatregel, is er sprake van een voordeel.
- (214) De Commissie herinnert er verder aan dat „wanneer kapitaal onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, al dan niet rechtstreeks, door de staat ter beschikking van een onderneming wordt gesteld, dit volgens vaste rechtspraak niet als staatssteun kan worden aangemerkt” <sup>(48)</sup>. In deze zaak moet de Commissie, teneinde te bepalen of met de overheidsfinanciering van de luchthaven van Zweibrücken aan FGAZ/FZG een voordeel wordt toegekend dat deze luchthaven onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen, het gedrag van de overheden die de directe investeringssubsidies en de kapitaalinjecties verstrekken, vergelijken met dat van een marktdeelnemer in een markteconomie, dat is ingegeven door rentabiliteitsvooruitzichten op lange termijn <sup>(49)</sup>.

<sup>(44)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Franse Republiek/Commissie („Stardust Marine”), C-482/99, EU:C:2002:294.

<sup>(45)</sup> Arrest van het Gerecht van 12 mei 2011, Région Nord-Pas-de-Calais, T-267/08 en T-279/08, ECLI:EU:T:2011:209, punt 108.

<sup>(46)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punt 60, en arrest van het Hof van Justitie van 29 april 1999, Koninkrijk Spanje/Commissie, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, punt 41.

<sup>(47)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italiaanse Republiek/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

<sup>(48)</sup> Arrest Stardust Marine, reeds aangehaald, EU:C:2002:294, punt 69.

<sup>(49)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 1991, Italiaanse Republiek/Commissie („Alfa Romeo”), C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, punt 23; arrest van het Gerecht van 12 december 2000, Alitalia — Linee aeree italiane SpA/Commissie, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, punt 84.



- (215) Daarbij mogen eventuele positieve effecten op de economie van de regio waar de luchthaven is gevestigd geen rol spelen, omdat het Hof van Justitie duidelijk heeft gemaakt dat de relevante vraag voor de toepassing van het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie is „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 sectoraal beleid, een dergelijke kapitaalbreng zou hebben gedaan” <sup>(50)</sup>.
- (216) Het Hof heeft in zijn arrest in de zaak Stardust Marine verklaard dat „[...] met betrekking tot de vraag of de staat zich als een voorzichtige investeerder in een markteconomie heeft gedragen, voor de beoordeling van de economische rationaliteit van het gedrag van de staat moet worden uitgegaan van de periode waarin de financiële steunmaatregelen zijn genomen, en dus niet van een latere situatie” <sup>(51)</sup>.
- (217) Bovendien heeft het Hof in de EDF-zaak het volgende verklaard: „Economische ramingen die na toekenning van dit voordeel zijn gemaakt, de vaststelling achteraf dat de door de betrokken lidstaat gedane investering daadwerkelijk winstgevend is geweest of naderhand aangevoerde rechtvaardigingen voor de keuze van de gevolgde handelwijze kunnen [...] niet volstaan tot bewijs dat deze lidstaat vóór of tegelijk met de toekenning van het voordeel een dergelijke beslissing in zijn hoedanigheid van aandeelhouder heeft genomen.” <sup>(52)</sup>
- (218) Voor de toepassing van het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie moet de Commissie terugkijken naar de tijdstippen waarop elk van de besluiten om overheidsmiddelen aan FGAZ/FZG te verstrekken werd genomen. De Commissie moet haar toetsing ook baseren op de inlichtingen en veronderstellingen waarover de betrokken lokale overheden beschikten op het ogenblik dat het besluit inzake de financieringsregelingen voor de infrastructuurmaatregelen in kwestie werd genomen.

#### **Directe investeringssubsidies**

- (219) De Commissie merkt op dat de directe investeringssubsidies een deel van de investeringskosten dekken die FGAZ/FZG in het kader van haar economische activiteiten had gemaakt. De exploitant van een luchthaven moet normaal gezien alle kosten dragen die verband houden met de bouw en de exploitatie van de luchthaven (uitgezonderd de kosten die tot de overheidstaken behoren en die in overeenstemming met het rechtskader over het algemeen niet door de exploitant van de luchthaven moeten worden gedragen), met inbegrip van de investeringskosten. Als een deel van deze kosten wordt gedekt, wordt FGAZ/FZG dus van een last bevrijd die zij normaliter zou moeten dragen.
- (220) Duitsland heeft niet uitdrukkelijk gesteld dat de directe investeringssubsidies in overeenstemming zijn met het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie. Het verklaarde dat de sluiting van de luchthaven nooit een realistische optie was voor de lokale overheden en dat het economisch verantwoord was om de luchthaven ook voor de commerciële luchtvaart open te stellen omdat ze moest worden geëxploiteerd. Op andere punten argumenteerde Duitsland dat de investeringen op de luchthaven zijn ingegeven door de wens om de regio economisch te versterken en dat overheidssubsidies nodig waren omdat de inkomsten uit de commerciële exploitatie van de luchthaven niet voldoende zouden zijn om de daaraan verbonden kosten te dekken.
- (221) Duitsland benadrukte ook dat de infrastructuur nodig is om banen te scheppen (in totaal ongeveer 5 000 in de deelstaat Rijnland-Palts, waarvan 2 708 banen die rechtstreeks en onrechtstreeks van de luchthaven afhangen), te besparen op sociale kosten (25 miljoen EUR per jaar) en belastinginkomsten te genereren. Duitsland voerde verder aan dat banen van bijzonder belang zijn in deze regio, met een werkloosheidsgraad die momenteel 2 % boven het gemiddelde van de deelstaat ligt. Duitsland verklaarde ook dat het belang van de luchthaven voor de regionale economie in twee deskundigenadviezen wordt benadrukt <sup>(53)</sup>.
- (222) Bij de beoordeling aan de hand van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie moeten de sociale en regionale overwegingen echter buiten beschouwing worden gelaten. Zelfs als de Commissie deze sociale en regionale overwegingen in aanmerking zou nemen, blijkt uit de door Duitsland ingediende studies dat FZG in juni 2012 maar aan 115 personen werk verschafte, op de luchthaven van Zweibrücken zelf. Die studies bevestigen dat er in de commerciële zone rond de geconverteerde luchthaven in totaal 2 708 rechtstreekse en onrechtstreekse arbeidsplaatsen zijn. Daarvan heeft echter slechts 7,8 %, dus 210 banen, betrekking op vervoer en opslag, dat wil zeggen activiteiten die rechtstreeks verband houden met de aanwezigheid van de luchthaven.
- (223) Hoewel het in beginsel zou kunnen worden aanvaard dat zelfs niet-terugvorderbare subsidies aan een onderneming die volledig in handen van de staat is als marktconforme investeringen worden aangemerkt, heeft Duitsland geen businessplan of voorafgaande berekeningen met betrekking tot de verwachte winstgevendheid van

<sup>(50)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 10 juli 1986, Koninkrijk België/Commissie, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305.

<sup>(51)</sup> Arrest Stardust Marine, reeds aangehaald, EU:C:2002:294, punt 71.

<sup>(52)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Europese Commissie/Électricité de France (EDF), C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 85.

<sup>(53)</sup> Zie voetnoot 22.

de investeringssubsidies ingediend. De enige ramingen die zijn verstrekt, zijn een studie uit 2003 waarin wordt uiteengezet welk aantal passagiers in de commerciële luchtvaart winstgevend kan zijn en de raming van 2010 van de verwachte jaarresultaten voor de periode 2011-2015. In de laatstgenoemde werd verwacht dat FZG pas in 2015 winstgevend zou worden, in de veronderstelling dat de passagiersaantallen tot meer dan 500 000 passagiers per jaar zouden stijgen.

- (224) De infrastructuurinvesteringen op de luchthaven van Zweibrücken brengen aanzienlijke kosten met zich mee (zie de gedetailleerde investeringskosten in tabel 2 en tabel 3, na aftrek van eventuele investeringen verbonden aan overheidstaken zoals genoemd in de overwegingen 198 tot en met 200 en investeringen die vóór 12 december 2000 werden gedaan), en hebben een lange periode van negatieve resultaten tot gevolg (naar verwachting ten minste tot 2015).
- (225) Ondanks de inherente en aanzienlijke onzekerheden van het project, zoals het langetermijnkarakter ervan, was er geen vooraf opgesteld businessplan en evenmin een gevoeligheidsanalyse van onderliggende winstgevendheidsaannames. Dit komt niet overeen met het soort analyse dat een voorzichtige investeerder zou hebben uitgevoerd bij een dergelijk project.
- (226) Tot slot merkt de Commissie op dat FGAZ/FZG sinds 2000 ieder jaar verliezen heeft geboekt, die sinds 2005 in stijgende lijn gaan.
- (227) Ten eerste waren de directe investeringssubsidies niet-terugvorderbaar en leverden deze geen rendement op de investering op. Ten tweede heeft Duitsland geen enkel bewijs geleverd voor de bewering dat de investeringssubsidies tegen marktvoorwaarden aan FZG ter beschikking werden gesteld. Ten derde beroept Duitsland zich niet op het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie. De Commissie is daarom van oordeel dat de directe investeringssubsidies van de deelstaat ten gunste van FZG die na 12 december 2000 werden toegekend, een economisch voordeel voor FZG inhielden (voor zover de investeringssubsidies niet louter betrekking hadden op activiteiten die tot de overheidstaken behoren, zoals werd geconcludeerd in de overwegingen 198 tot en met 200).

#### **Jaarlijkse kapitaalinjecties**

- (228) De jaarlijkse kapitaalinjecties van de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF dienden om de jaarlijkse verliezen van FGAZ te dekken, die zelf bijna volledig door de jaarlijkse verliezen van FZG werden veroorzaakt (zie tabel 4). Uiteindelijk dienden de jaarlijkse kapitaalinjecties dus om een deel van de normale investerings- en exploitatiekosten van FGAZ/FZG te dekken, waardoor de onderneming van een economische last werd bevrijd die zij normaal gesproken zou moeten dragen.
- (229) Om dezelfde reden als uiteengezet in de overwegingen 222 tot en met 228 met betrekking tot de directe investeringssubsidies voor FZG, is de Commissie ook van mening dat de jaarlijkse kapitaalinjecties ten gunste van FGAZ/FZG niet onder normale marktvoorwaarden werden verstrekt. Duitsland heeft namelijk niet aangevoerd dat de kapitaalinjecties normale investeringen waren. Duitsland heeft geen bewijs geleverd waaruit vooraangaande winstgevendheidsoverwegingen blijken en heeft evenmin uiteengezet waarom een marktdeelnemer in een markteconomie kapitaal zou blijven injecteren in een onderneming die voortdurend verlies maakt. In dit licht moeten de jaarlijkse kapitaalinjecties worden aangemerkt als het verlenen van een economisch voordeel aan FGAZ/FZG.

#### **Conclusie**

- (230) Gezien het voorgaande is de Commissie van mening dat een marktdeelnemer in een markteconomie zonder een vooraf opgesteld businessplan of andere zinvolle winstgevendheidsstudies niet zou hebben besloten om zich met het betrokken investeringsproject in te laten en om doorlopend jaarlijks de steeds grotere verliezen van FGAZ/FZG te dekken. Daarom vormt het besluit van de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF om deze maatregelen goed te keuren, een economisch voordeel voor FGAZ/FZG dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen.

##### **7.1.1.4. Selectiviteit**

- (231) Om binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, van het Verdrag te vallen, moet een overheidsmaatregel „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” begunstigen. Bijgevolg vallen alleen de maatregelen die ondernemingen op een selectieve manier begunstigen, onder het begrip staatssteun.
- (232) In deze zaak komen de directe investeringssubsidies en de jaarlijkse kapitaalinjecties alleen FGAZ/FZG ten goede. Beide maatregelen zijn dus selectief in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag.

**7.1.1.5. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer**

- (233) Wanneer door een lidstaat verstrekte steun de positie van een onderneming versterkt in vergelijking met andere ondernemingen die op de interne markt concurreren, moet ervan worden uitgegaan dat de steun deze laatste ongunstig beïnvloedt <sup>(54)</sup>. Het economische voordeel dat door de directe investeringssubsidies en de jaarlijkse kapitaalinjecties in deze zaak aan de luchthavenexploitant wordt toegekend, versterkt diens economische positie, aangezien deze zijn activiteiten kon opstarten zonder alle bijbehorende investerings- en exploitatiekosten te moeten dragen.
- (234) Zoals is beoordeeld in overweging 173 en volgende, is de exploitatie van een luchthaven een economische activiteit. Er speelt concurrentie, enerzijds tussen luchthavens om luchtvaartmaatschappijen en het bijbehorende luchtverkeer (passagiers en vracht) aan te trekken, en anderzijds tussen luchthavenbeheerders die onderling kunnen concurreren om met het beheer van een bepaalde luchthaven te worden belast. In het bijzonder wat betreft lagekostenmaatschappijen en chartermaatschappijen, kunnen ook luchthavens die niet binnen hetzelfde verzorgingsgebied zijn gevestigd, en zelfs luchthavens in verschillende lidstaten, met elkaar concurreren om deze luchtvaartmaatschappijen aan te trekken.
- (235) Zoals vermeld in punt 40 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 en bevestigd in punt 45 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014, is het niet mogelijk om kleine luchthavens vrij te stellen van de toepassing van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. In punt 45 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 wordt ook uitdrukkelijk gesteld dat „de omstandigheid dat [...] de onderneming die overheidsfinanciering ontvangt, vrij klein is, [...] niet a priori uit[sluit] dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed”.
- (236) De luchthaven van Zweibrücken bedient momenteel ongeveer 242 000 passagiers per jaar en heeft er in het verleden ten hoogste ongeveer 340 000 per jaar bediend. Volgens de door Duitsland verstrekte prognose kunnen de passagiersaantallen in 2025 tot meer dan 1 miljoen passagiers per jaar stijgen. Zoals in overweging 21 is opgemerkt, ligt de luchthaven van Zweibrücken in de onmiddellijke omgeving van de luchthaven van Saarbrücken (39 km) en op minder dan twee uur rijden van zes andere luchthavens. Volgens de door Duitsland verstrekte studie met luchtverkeersprognoses komt gemiddeld 15 % van de passagiers die gebruikmaken van de luchthaven van Zweibrücken uit andere lidstaten (Frankrijk en Luxemburg). Er zijn internationale vluchten vanuit de luchthaven van Zweibrücken naar bestemmingen als Mallorca of Antalya. De start- en landingsbaan in Zweibrücken is lang genoeg (3 000 m) om luchtvaartmaatschappijen toe te laten internationale middellangeafstandsvluchten aan te bieden. In het licht van deze feiten moet worden geoordeeld dat overheidsfinanciering voor FGAZ/FZG de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en dat minstens de kans bestaat dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.
- (237) Naast deze algemene overwegingen is de Commissie ook van oordeel dat de luchthaven van Zweibrücken een rechtstreekse concurrent van de luchthaven van Saarbrücken is of was. Ten eerste mag niet worden vergeten dat TUIfly, vroeger de grootste klant van de luchthaven van Saarbrücken, die luchthaven in 2007 heeft verlaten en naar Zweibrücken is getrokken. Ten tweede werden geruime tijd tegelijk van op Zweibrücken (Germanwings) en Saarbrücken (Air Berlin en Luxair) vluchten naar Berlijn aangeboden, wat de concurrentie tussen zowel de luchthavens als de luchtvaartmaatschappijen aantoonde. In de overeenkomst voor luchthavendiensten van FZG met Germanwings was zelfs bepaald dat hogere heffingen aan FZG moesten worden betaald als Air Berlin haar verbinding naar Berlijn vanaf Saarbrücken zou stopzetten.
- (238) Naast deze aanwijzingen van het bestaan van concurrentie tussen de luchthavens van Zweibrücken en Saarbrücken is er ook bewijs dat — ondanks de officiële mededeling van Duitsland dat de twee luchthavens elkaar nooit als rechtstreekse concurrenten hebben beschouwd — ambtenaren van de deelstaat Rijnland-Palts duidelijk hebben waargenomen dat er concurrentie speelde. In twee interne nota's van de regering van Rijnland-Palts uit 2003 verdedigden de auteurs het standpunt dat samenwerking tussen de luchthavens van Zweibrücken en Saarbrücken op dat ogenblik niet mogelijk/raadzaam was. Eén nota zette integendeel uiteen dat minstens zolang FRAPORT AG bij de luchthaven van Saarbrücken was betrokken, de verhouding tussen de twee luchthavens er één van concurrentie zou zijn <sup>(55)</sup>. De nota's stelden voorts dat „vanuit het oogpunt van Rijnland-Palts kan worden verwacht dat de luchthaven van Zweibrücken op lange termijn de concurrentiestrijd zal winnen” <sup>(56)</sup>. Die verklaringen wijzen erop dat ten minste in 2003 de waargenomen verhouding tussen de twee luchthavens er inderdaad één van concurrentie was.
- (239) Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de overheidsfinanciering voor FGAZ/FZG de mededinging kan vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

<sup>(54)</sup> Arrest van het Gerecht van 30 april 1998, Vlaams Gewest/Commissie, T-214/95, ECLI:EU:T:1998:77.

<sup>(55)</sup> Vorlage für den Ministerrat, Gemeinsame Kabinettsitzung der Regierung des Saarlandes und der Landesregierung von Rheinland-Pfalz am 27. Mai 2003, Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau, 15 mei 2003.

<sup>(56)</sup> Einschätzung der rheinland-pfälzischen Innenministeriums, 15 mei 2003.

#### 7.1.1.6. **Conclusie**

- (240) In het licht van de bedenkingen in de overwegingen 173 tot en met 239 is de Commissie van oordeel dat de overheidsfinanciering ten gunste van FGAZ/FZG in de vorm van directe investeringssubsidies en jaarlijkse kapitaalinjecties tussen 2000 en 2009 staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag.

#### 7.1.2. RECHTMATIGHEID VAN DE STEUN

- (241) Volgens artikel 108, lid 3, van het Verdrag moeten de lidstaten de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte brengen en mogen de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering worden gebracht voordat er een eindbeslissing is genomen.
- (242) Aangezien de middelen al aan FGAZ/FZG ter beschikking zijn gesteld, is de Commissie van oordeel dat Duitsland het verbod van artikel 108, lid 3, van het Verdrag niet in acht heeft genomen <sup>(57)</sup>.

#### 7.1.3. VERENIGBAARHEID

##### 7.1.3.1. **Toepasselijkheid van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 en 2005**

- (243) Artikel 107, lid 3, van het Verdrag voorziet in een aantal afwijkingen op de algemene regel uit artikel 107, lid 1, van het Verdrag, die stelt dat staatssteun onverenigbaar is met de interne markt. De betrokken steun kan worden beoordeeld op grond van artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag, dat bepaalt dat „steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad” als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd.
- (244) In dit verband bieden de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 een kader om na te gaan of steun aan luchthavens uit hoofde van artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag verenigbaar kan worden verklaard.
- (245) Op grond van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 is de Commissie van oordeel dat de mededeling van de Commissie betreffende de vaststelling van regels voor de beoordeling van onrechtmatig verleende staatssteun <sup>(58)</sup> op onrechtmatig verleende investeringssteun aan luchthavens van toepassing is. Als de onrechtmatige investeringssteun vóór 4 april 2014 is verleend, zal de Commissie de verenigbaarheidsregels toepassen die van kracht waren op het moment dat de onrechtmatige investeringssteun is verleend. Derhalve zal de Commissie de beginselen van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 toepassen in geval van onrechtmatige investeringssteun aan luchthavens die vóór 4 april 2014 is verleend <sup>(59)</sup>.
- (246) Overeenkomstig de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 is de Commissie van mening dat de bepalingen in de mededeling betreffende de vaststelling van regels voor de beoordeling van onrechtmatig verleende staatssteun niet dienen te gelden voor lopende zaken van onrechtmatige exploitatiesteun aan luchthavens die vóór 4 april 2014 is verleend. De Commissie zal de in de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 uiteengezette beginselen daarentegen toepassen op alle zaken met betrekking tot exploitatiesteun (lopende aanmeldingen en onrechtmatige, niet-aangemelde steun) voor luchthavens, zelfs indien de steun werd verleend vóór 4 april 2014 en vóór het begin van de overgangperiode <sup>(60)</sup>.
- (247) De Commissie heeft in overweging 242 reeds geconcludeerd dat de directe jaarlijkse kapitaalinjecties onrechtmatige staatssteun vormen die vóór 4 april 2014 is verleend.

##### 7.1.3.2. **Onderscheid tussen investeringssteun en exploitatiesteun**

- (248) Op basis van de in de overwegingen 245 en 246 vermelde bepalingen in de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 moet de Commissie vaststellen of de betrokken maatregel onrechtmatige investerings- of exploitatiesteun vormt.

<sup>(57)</sup> Arrest van het Gerecht van 14 januari 2004, Fleuren Compost BV/Commissie, T-109/01, ECLI:EU:T:2004:4.

<sup>(58)</sup> PB C 119 van 22.5.2002, blz. 22.

<sup>(59)</sup> Punt 173 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(60)</sup> Punt 172 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

- (249) Volgens punt 25, onder 18), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 wordt investeringssteun gedefinieerd als „steun voor de financiering van vaste activa, met name om de financieringskloof voor de kapitaalkosten te dichten”. Volgens punt 25, onder 18), van deze richtsnoeren kan investeringssteun hetzij een bedrag zijn dat als eenmalig bedrag vooruit wordt betaald (om initiële investeringskosten te dekken), hetzij steun in de vorm van periodieke tranches (om kapitaalkosten te dekken, d.w.z. jaarlijkse afschrijvingen en financieringskosten).
- (250) Bij exploitatiesteun gaat het daarentegen om het dekken van alle of bepaalde exploitatiekosten voor een luchthaven, die worden gedefinieerd als „de onderliggende kosten [...] ten aanzien van het verrichten van luchthavendiensten, die kostencategorieën omvatten zoals personeelskosten, kosten van uitbestede diensten, communicatie, afvalinzameling, energie, onderhoud, huur en administratie, maar met uitsluiting van de kapitaalkosten, marketingsteun of andere stimuleringsregelingen die de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen geeft, en kosten van taken die tot de overheidstaken behoren” <sup>(61)</sup>.
- (251) In het licht van deze definities kan worden geoordeeld dat de directe kapitaalinjecties, die alle verband houden met bepaalde investeringsprojecten, investeringssteun ten gunste van FGAZ/FZG vormen.
- (252) Het deel van de jaarlijkse kapitaalinjecties dat werd gebruikt om de jaarlijkse exploitatieverliezen <sup>(62)</sup> van FGAZ/FZG te dekken, na aftrek van de in de EBITDA opgenomen kosten die tot de overheidstaken behoren, zoals vastgesteld in de overwegingen 198 tot en met 200, en de kosten die vóór 12 december 2000 zijn gemaakt, vormen daarentegen exploitatiesteun ten gunste van FGAZ/FZG.
- (253) Ten slotte vormen het deel van de jaarlijkse kapitaalinjecties ter dekking van de verliezen van FGAZ/FZG die niet reeds in de EBITDA zijn opgenomen (m.a.w. de jaarlijkse afschrijvingen van vaste activa, financieringskosten enz.), min de kosten voor taken die tot de overheidstaken behoren, zoals vastgesteld in de overwegingen 198 tot en met 200, en de kosten die vóór 12 december 2000 zijn gemaakt, investeringssteun.

#### 7.1.3.3. *Verenigbaarheid van investeringssteun*

- (254) Volgens punt 61 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 moet de Commissie onderzoeken of aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:
- a) de bouw en de exploitatie van de infrastructuur beantwoorden aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang (regionale ontwikkeling, toegankelijkheid, ...);
  - b) de infrastructuur is nodig en staat in verhouding tot het gestelde doel;
  - c) de infrastructuur biedt op middellange termijn voldoende gebruiksmogelijkheden, het gebruik van de bestaande infrastructuur in aanmerking genomen;
  - d) de infrastructuur is voor alle potentiële gebruikers gelijk en zonder discriminatie toegankelijk, en
  - e) het handelsverkeer wordt niet zozeer beïnvloed dat dit in strijd is met het belang van de Unie.
- (255) Daarnaast moet staatssteun aan luchthavens — zoals alle andere staatssteunmaatregelen — om verenigbaar te zijn met de interne markt een stimulerend effect hebben, nodig zijn en in verhouding staan tot het gestelde doel.
- (256) Duitsland verzekerde dat de investeringssteun ten gunste van FGAZ/FZG aan alle verenigbaarheidscriteria van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 voldoet.

#### a) *Bijdrage aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang*

- (257) De Commissie herinnert eraan dat de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 geen nauwkeurige criteria bevatten aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of investeringssteun voor een luchthaven bijdraagt aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang. Een loutere verdubbeling van bestaande luchthaveninfrastructuur kan niet worden geacht een doelstelling van gemeenschappelijk belang te dienen.
- (258) In dit verband moet de Commissie daarom eerst nagaan of de luchthaven van Zweibrücken de bestaande infrastructuur in de regio heeft verdubbeld.

<sup>(61)</sup> Punt 25, onder 22), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(62)</sup> Uitgedrukt in winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation*, hierna „EBITDA” genoemd).

**Verdubbeling: overlapping van de luchthavens van Zweibrücken en Saarbrücken**

- (259) De Commissie herinnert eraan dat de luchthaven van Zweibrücken in de onmiddellijke omgeving van de luchthaven van Saarbrücken ligt. In rechte lijn bedraagt de afstand tussen de twee luchthavens ongeveer 20 km, over de weg is het ongeveer 39 km. De reistijd per auto tussen de twee luchthavens is ongeveer 30 minuten. Bovendien liggen nog ten minste zes andere luchthavens op minder dan twee uur reizen van de luchthaven van Zweibrücken.
- (260) De korte afstand tussen de twee luchthavens betekent dat het verzorgingsgebied van beide nagenoeg identiek is. De verschillende studies die Duitsland in deze zaak <sup>(63)</sup>, evenals in de parallelle formele onderzoeksprocedure met betrekking tot de luchthaven van Saarbrücken <sup>(64)</sup> heeft ingediend, bevestigen dat de meeste passagiers op de twee luchthavens uit het westelijke deel van Rijnland-Palts en uit Saarland komen.
- (261) De profielen van de luchthavens van Saarbrücken en Zweibrücken zijn ook relatief vergelijkbaar. Toen in 2006 op Zweibrücken met commerciële luchtvaart van start werd gegaan, was de eerste klant Germanwings, die een verbinding met Berlijn aanbood. Dezelfde route werd vanaf Saarbrücken door Luxair en, vanaf 2007, door Air Berlin bediend. De tweede grote klant van Zweibrücken was TUIfly, die vluchten aanbood naar verschillende vakantiebestemmingen, voornamelijk in het Middellandse Zeegebied. Voordat TUIfly vanaf Zweibrücken vloog, was zij een van de grootste klanten van de luchthaven van Saarbrücken.
- (262) Zweibrücken heeft ook gepoogd de lagekostenmarkt te veroveren door overeenkomsten aan te gaan met Ryanair, die echter alleen de verbinding met Londen-Stansted bediende en dit gedurende minder dan een jaar. Uiteindelijk verliet ook Germanwings de luchthaven, waardoor de luchthaven van Zweibrücken sinds eind 2011 vrijwel uitsluitend wordt gebruikt voor vakantiechartervluchten en een aantal vrachtluchten.
- (263) Vakantiechartervluchten werden en worden nog steeds ook aangeboden vanaf Saarbrücken. Belangrijk is dat blijkt dat de voornaamste bestemmingen die vanaf Zweibrücken worden bediend ook vaak vanaf Saarbrücken worden bediend. Uit de dienstregeling van de zomer van 2014 blijkt bijvoorbeeld dat de twee bestemmingen die het vaakst vanaf Zweibrücken worden bediend Antalya en Palma de Mallorca zijn, samen goed voor 70 % van de wekelijkse vluchten. Tegelijkertijd worden beide bestemmingen met dezelfde frequentie vanaf Saarbrücken bediend: in de week van 16 juni 2014 tot 23 juni 2014 vertrokken 16 vluchten van Zweibrücken naar Antalya of Palma de Mallorca, en 18 vluchten van Saarbrücken naar deze bestemmingen.

**Verdubbeling: capaciteit, passagiersaantallen en jaarresultaten**

- (264) Nadat de luchthaven van Zweibrücken tot de markt voor commerciële luchtvaart was toegetreden, is het aantal reizigers snel gestegen, van 78 000 passagiers in 2006 tot 338 000 passagiers in 2009. Na deze periode van snelle groei begonnen de reizigersaantallen af te nemen en in 2012 werden er maar 242 000 passagiers meer geteld. Aangezien de capaciteit van Zweibrücken 700 000 passagiers bedraagt, is dus nooit meer dan 50 % van de beschikbare capaciteit van de luchthaven, en momenteel ongeveer 35 % ervan, benut.
- (265) Ter vergelijking: de reizigersaantallen op Saarbrücken bleven in grote lijnen stabiel op ongeveer 450 000 passagiers per jaar tot Zweibrücken tot de markt voor commerciële luchtvaart is toegetreden. Dan is het aantal reizigers gedaald van 487 000 in 2005 tot 350 000 in 2007. Na de aanpassing van de luchthavengelden slaagde de luchthaven van Saarbrücken er in 2007 in Air Berlin aan te trekken, wat heeft geleid tot een toename van het aantal reizigers, met als beste resultaat 518 000 passagiers in 2008. In 2012 gebruikten 425 000 passagiers de luchthaven van Saarbrücken. Aangezien de capaciteit van Saarbrücken momenteel ook 700 000 passagiers per jaar bedraagt, wordt maar 50-75 % van de beschikbare capaciteit benut. In dit verband moet worden opgemerkt dat de capaciteit van de luchthaven van Saarbrücken groter zou kunnen zijn (namelijk 750 000-800 000 passagiers per jaar) als deze niet werd beperkt door het aantal veiligheidscontroles van passagiers dat per uur op de luchthaven kan worden uitgevoerd. Deze beperking is te wijten aan het feit dat de luchthaven van Saarbrücken momenteel maar over twee beveiligingsscaners beschikt.

<sup>(63)</sup> Desel Consulting en Airport Research Center GmbH, „Fluggast- und Flugbewegungsprognose für den Flughafen Zweibrücken bis zum Jahr 2025“, Gutachten im Auftrag der Flughafen Zweibrücken GmbH, september 2009; Intraplan Consult GmbH, „Luftverkehrsprognose Flughafen Saarbrücken — Vorgehensweise und Ergebnisse“, oktober 2010.

<sup>(64)</sup> Besluit van de Commissie van 1 oktober 2014 betreffende steunmaatregel SA.26190 — Duitsland — Luchthaven van Saarbrücken, nog niet bekendgemaakt in het PB.

- (266) De Commissie merkt ook op dat zowel de luchthaven van Saarbrücken als de luchthaven van Zweibrücken verlieslatend was tijdens de onderzochte periode (2000-2009). Op beide luchthavens namen de jaarlijkse verliezen namelijk sterk toe vanaf 2006, toen Zweibrücken tot de markt voor commerciële luchtvaart toetrad.

#### **Verdubbeling: bewijs van rechtstreekse concurrentie tussen de twee luchthavens**

- (267) Zoals de Commissie in de overwegingen 237 en 238 al heeft opgemerkt, zijn er aanwijzingen dat de luchthaven van Zweibrücken rechtstreeks concurreerde met de luchthaven van Saarbrücken. Ten eerste moet worden herhaald dat TUIfly, vroeger de grootste klant van de luchthaven van Saarbrücken, die luchthaven in 2007 heeft verlaten en naar de luchthaven van Zweibrücken is getrokken <sup>(65)</sup>. Ten tweede werden geruime tijd tegelijk van op Zweibrücken (Germanwings) en Saarbrücken (Air Berlin en Luxair) vluchten naar Berlijn aangeboden, wat de concurrentie tussen zowel de luchthavens als de door de luchtvaartmaatschappijen bediende routes aantoonde. In de overeenkomst voor luchthavendiensten van FZG met Germanwings was zelfs bepaald dat hogere heffingen aan FZG moesten worden betaald als Air Berlin haar verbinding naar Berlijn vanaf Saarbrücken zou stopzetten.
- (268) Naast de reeds genoemde verdere indicatoren (zie overweging 238), verwijst de Commissie ook naar de notulen van de raad van commissarissen van FGAZ van 26 juni 2009. In de vorm van een samenvatting van het verslag van de raad van bestuur herhalen de notulen wat werd gezegd tijdens een vergadering met het management van FGAZ, Ryanair en het ministerie van Economische Zaken van Rijnland-Palts. Tijdens die vergadering werd gesproken over de toekomst van de betrekkingen van Ryanair met Zweibrücken en wees de vertegenwoordiger van het ministerie Ryanair erop „dat de regering van Rijnland-Palts het een uiterst onaangenaam gegeven zou vinden als Ryanair Saarbrücken zou bedienen”. Dit getuigde niet van complementariteit tussen de twee luchthavens, maar gaf veeleer aan dat de twee luchthavens met elkaar concurreerden.

#### **Verdubbeling: vracht**

- (269) De Commissie stelt verder vast dat de luchthaven van Zweibrücken ook luchtvracht behandelt. Vracht is geen belangrijk onderdeel van de activiteiten op de luchthaven van Saarbrücken, maar staat centraal in het businessmodel van de luchthaven Frankfurt-Hahn. Zoals vermeld in overweging 21, ligt de luchthaven Frankfurt-Hahn maar op ongeveer 128 km of ongeveer 84 minuten rijden van Zweibrücken. Bovendien wordt ook vracht behandeld op de luchthaven van Luxemburg, die op ongeveer 145 km of ongeveer 86 minuten rijden (zie overweging 21) van de luchthaven van Zweibrücken ligt.
- (270) In dit verband merkt de Commissie op dat vracht gewoonlijk mobieler is dan personenverkeer <sup>(66)</sup>. Over het algemeen wordt aangenomen dat het verzorgingsgebied van vrachtluchthavens een straal van ten minste 200 km of 2 uur reistijd heeft. Tot op zekere hoogte lijkt de sector te suggereren dat maximaal een halve dag vrachtwaagentransport (dat wil zeggen maximaal 12 uur rijden met een vrachtwagen) over het algemeen aanvaardbaar zou zijn <sup>(67)</sup>.
- (271) Overwegende dat het verzorgingsgebied voor vracht doorgaans veel groter is dan voor passagiers, is er met de luchthavens van Frankfurt-Hahn en Luxemburg voldoende capaciteit voor luchtvracht in de regio.

#### **Verdubbeling: bespreking van de bevindingen**

- (272) Op basis van de in de overwegingen 259 tot en met 270 geformuleerde opmerkingen stelt de Commissie vast dat de luchthaven van Zweibrücken de beschikbare infrastructuur op de luchthaven van Saarbrücken heeft verdubbeld. Meer in het bijzonder is de Commissie van mening dat de regio al vóór Zweibrücken tot de markt voor commerciële luchtvaart toetrad, over goede verbindingen beschikte dankzij de bestaande luchthavens, in de eerste plaats de luchthaven van Saarbrücken, en dat de luchthaven van Zweibrücken de regio niet beter ontsluit.

<sup>(65)</sup> De Commissie merkt op dat TUIfly verklaarde dat haar beslissing om Saarbrücken te verlaten en naar Zweibrücken te verhuizen was ingegeven door veiligheidsrisico's met betrekking tot de start- en landingsbaan in Saarbrücken. Anderzijds heeft Duitsland in het kader van de formele onderzoekprocedure betreffende steunmaatregel SA.26190 aangevoerd dat bij beslissingen van luchtvaartmaatschappijen om Saarbrücken te verlaten nooit werd verwezen naar de infrastructuur van Saarbrücken. De Commissie kan geen uitspraak doen over de precieze motieven van TUIfly om van Saarbrücken naar Zweibrücken te verhuizen.

<sup>(66)</sup> De luchthaven Leipzig-Halle concurreerde bijvoorbeeld met de luchthaven van Vetry (Frankrijk) voor de vestiging van de Europese hub van DHL. Zie arrest in de zaak Flughafen Leipzig-Halle, punt 93.

<sup>(67)</sup> Antwoord van de luchthaven van Luik op de openbare raadpleging over de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

- (273) Bovendien kan aan elke vraag naar luchtvaartdiensten waaraan de luchthaven van Saarbrücken niet kan voldoen gemakkelijk worden beantwoord door de zes andere luchthavens die op minder dan 2 uur reizen liggen. Met name voor vrijetijdsvluchten wordt een reistijd tot 2 uur over het algemeen aanvaard. Hetzelfde geldt voor de vraag naar luchtvrachtdiensten.
- (274) Duitsland heeft geen bewijzen voorgelegd waaruit blijkt dat het op basis van de geraamde passagiersaantallen nodig was dat de luchthaven van Zweibrücken tot de markt toetrad. Terwijl de toetreding tot de markt voor commerciële luchtvaart in 2006 plaatsvond, bevatten de eerste ramingen van het aantal passagiers gegevens vanaf september 2009 <sup>(68)</sup>. Er kan dus niet worden gesteld dat de overheidsmiddelen sinds 2000 waren bedoeld om aan een vraag naar luchtvaartdiensten te voldoen waaraan anders niet zou zijn voldaan.
- (275) De Commissie merkt ook op dat de luchthaven van Saarbrücken in 1997 verwachtte dat haar eigen aantal passagiers tegen 2010 zou stijgen naar 676 000 <sup>(69)</sup>. Omdat de luchthaven van Zweibrücken toen nog niet actief was op de markt voor commerciële luchtvaart, kan worden aangenomen dat dit de meest betrouwbare passagiersraming voor de regio was. Aangezien Saarbrücken een capaciteit van 700 000 tot 800 000 passagiers per jaar heeft, is het duidelijk dat het in 1997 voorspelde aantal passagiers gedurende een aanzienlijke periode door de luchthaven van Saarbrücken alleen kan worden verwerkt.
- (276) De Commissie is voorts van mening dat ook uit het werkelijke aantal passagiers op de luchthavens van Zweibrücken en Saarbrücken niet blijkt dat de capaciteit van Saarbrücken ontoereikend is om aan de vraag in de regio te voldoen. Het is waar dat de gecombineerde passagiersaantallen op Saarbrücken en Zweibrücken ongeveer 850 000 passagiers in 2008 en 810 000 in 2009 bedroegen, wat meer is dan de maximale capaciteit van de luchthaven van Saarbrücken. Tegelijkertijd is de Commissie van mening dat deze aantallen een enigszins vertekend beeld geven van de werkelijke vraag in de regio: ten eerste lijken de hoge passagiersaantallen het gevolg te zijn van de rechtstreekse concurrentie tussen de verbindingen met Berlijn vanaf Saarbrücken en Zweibrücken (en tussen respectievelijk Germanwings en Air Berlin/Luxair), wat tijdelijk extra passagiers heeft aangetrokken. Toen Germanwings echter de niet-winstgevende verbinding naar Berlijn heeft stopgezet, daalde de vraag op deze verbinding. Ten tweede is de Commissie van mening (zie punt 7.3) dat Germanwings, TUIfly en Ryanair allemaal onverenigbare staatssteun van FGAZ/FZG hebben ontvangen. Voor zover dit kan hebben geleid tot lagere ticketprijzen is het twijfelachtig of de aldus gesubsidieerde passagiersaantallen op Zweibrücken de werkelijke vraag in de regio weerspiegelen. Ten slotte moet erop worden gewezen dat de gezamenlijke passagiersaantallen sinds 2009 zijn gedaald: het totale aantal passagiers op Zweibrücken en Saarbrücken bedroeg in 2012 ongeveer 670 000, en ligt dus onder de maximale capaciteit van de luchthaven van Saarbrücken.
- (277) De Commissie kan voorts niet akkoord gaan met het argument van Duitsland dat de twee luchthavens elkaar aanvullen veeleer dan met elkaar concurreren. Ten eerste is het duidelijk dat, ondanks het feit dat de businessmodellen van de twee luchthavens in zekere mate lijken te verschillen, de kernactiviteiten van de luchthaven van Zweibrücken (vakantievluchten, in het bijzonder naar Antalya/Palma de Mallorca) ook in Saarbrücken worden aangeboden. Saarbrücken spitst zich voorts inderdaad toe op lijnvluchten naar grote steden zoals Luxemburg, Berlijn en Hamburg. Dit doet echter niet af aan het feit dat Zweibrücken maar over weinig diensten lijkt te beschikken die niet vanaf Saarbrücken worden of kunnen worden aangeboden.
- (278) De Commissie is voorts van mening dat de verschillen in infrastructuur die wel bestaan tussen de twee luchthavens geen afbreuk doen aan de vaststelling dat de luchthaven van Zweibrücken de luchthaveninfrastructuur die vroeger al in Saarbrücken aanwezig was, verdubbelt. Het klopt ook dat Zweibrücken een langere start- en landingsbaan heeft en daardoor beter geschikt is voor langeafstandsvluchten en zware transportvliegtuigen, maar de verschillen zijn niet groot genoeg om twee luchthavens op zo'n korte afstand van elkaar te verantwoorden. Ten eerste, zoals uitgelegd in de overwegingen 269 en 270, voldoen de luchthavens Frankfurt-Hahn en Luxemburg voldoende aan de vraag naar luchtvrachtdiensten. Daar zijn — volgens de informatie waarover de Commissie beschikt — geen beperkingen wat betreft het gewicht van de vliegtuigen. Ten tweede heeft Duitsland niet aangetoond dat een wezenlijk deel van de commerciële passagiersvluchten vanaf Zweibrücken niet vanaf Saarbrücken zou kunnen vertrekken.
- (279) Rekening houdend met het feit dat de luchthaven van Saarbrücken blijkbaar tegemoet kon komen aan de vraag naar luchthavendiensten die nu gedeeltelijk wordt ingevuld door Zweibrücken voordat deze laatste tot de markt toetrad, rechtvaardigt het verschil in infrastructuur tot slot niet dat infrastructuur die reeds in Saarbrücken aanwezig was, werd verdubbeld.

<sup>(68)</sup> Desel Consulting en Airport Research Center GmbH, „Fluggast- und Flugbewegungsprognose für den Flughafen Zweibrücken bis zum Jahr 2025“, Gutachten im Auftrag der Flughafen Zweibrücken GmbH, september 2009.

<sup>(69)</sup> Besluit van de Commissie van 1 oktober 2014 betreffende steunmaatregel SA.26190 — Duitsland — Luchthaven van Saarbrücken, nog niet bekendgemaakt in het PB.



**Conclusie**

- (280) In het licht van de feiten en opmerkingen die in de overwegingen 255 tot en met 279 zijn gepresenteerd en besproken, komt de Commissie tot de bevinding dat de investeringssteun ten gunste van FGAZ/FZG diende om infrastructuur te creëren of in stand te houden die de (onrendabele) luchthaven van Saarbrücken alleen maar verdubbelt. De investeringssteun kan daarom niet worden geacht bij te dragen tot een doelstelling van gemeenschappelijk belang.
- (281) Omdat de (in overweging 254) opgesomde voorwaarden voor verenigbaarheid cumulatief zijn, hoeft de Commissie de overige voorwaarden voor verenigbaarheid niet te beoordelen. Dienovereenkomstig moet worden geoordeeld dat de investeringssteun, voor zover deze staatssteun vormt, niet verenigbaar is met de interne markt overeenkomstig artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag.
- (282) Aangezien Duitsland geen andere verenigbaarheidsgronden heeft aangevoerd en de Commissie ook geen dergelijke gronden heeft vastgesteld, wordt dus geconcludeerd dat de investeringssteun ten gunste van FGAZ/FZG, voor zover deze staatssteun vormt, onverenigbaar is met de interne markt.

**7.1.3.4. Verenigbaarheid van exploitatiesteun met de DAEB-regels**

- (283) Duitsland stelt dat de financiering door de overheid van exploitatiesteun ten gunste van FGAZ/FZG als verenigbaar met de interne markt moet worden beschouwd als compensatie voor het verlenen van een DAEB overeenkomstig artikel 106, lid 2, van het Verdrag.
- (284) In artikel 106, lid 2, van het Verdrag is het volgende bepaald: „De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, 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 Unie.”
- (285) Dit artikel bevat een (gedeeltelijke) afwijking van het verbod op de toekenning van staatssteun in artikel 107, lid 1, van het Verdrag, voor zover de steun noodzakelijk en evenredig is, om te verzekeren dat de DAEB's op economisch aanvaardbare voorwaarden worden beheerd.
- (286) Vóór 31 januari 2012 weerspiegelden de DAEB-kaderregeling van 2005 <sup>(70)</sup> en de DAEB-beschikking van 2005 het beleid van de Commissie bij de toepassing van de afwijking in artikel 106, lid 2, van het Verdrag.
- (287) De Commissie merkt op dat beide instrumenten bepalen dat de betrokken onderneming belast moet zijn met een reële DAEB. De toewijzing van openbardienstverplichtingen aan een luchthavenexploitant moet ook gebeuren „bij één of meer officiële besluiten” die onder meer voorzien in „de precieze aard van de openbare dienstverplichting” <sup>(71)</sup>.

**Reële DAEB**

- (288) Ten eerste, wat betreft de vraag of de exploitatie van de luchthaven van Zweibrücken een reële DAEB vormt, herinnert de Commissie eraan dat een activiteit, om een DAEB te kunnen vormen, specifieke kenmerken moet hebben die haar onderscheiden van die van andere economische activiteiten en dat de doelstelling van algemeen belang die wordt beoogd niet gewoon de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag mag zijn <sup>(72)</sup>. Volgens de Commissie kan dit in dit licht alleen het geval zijn als een deel van het door de luchthaven bediende gebied, zonder de luchthaven, zozeer geïsoleerd zou zijn van de rest van de Unie dat dit ten koste zou gaan van de sociaaleconomische ontwikkeling van dat gebied <sup>(73)</sup>.
- (289) Voorts is de Commissie van mening dat er sprake is van een zekere overlapping tussen hoe een DAEB adequaat wordt gedefinieerd en de vraag of de financiering door de overheid van een luchthaven (zowel investerings- als exploitatiekosten) bijdraagt aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang. De Commissie heeft in overweging 257 en volgende herhaald dat overheidsfinanciering die leidt tot de verdubbeling van de luchthaveninfrastructuur in een bepaalde regio niet kan worden beschouwd als een bijdrage aan een doelstelling van gemeenschappelijk belang (zie ook overweging 294 en volgende). De Commissie herinnert er ook

<sup>(70)</sup> PB C 297 van 29.11.2005.

<sup>(71)</sup> Richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, punt 66. Zie ook artikel 4 van de DAEB-beschikking van 2005.

<sup>(72)</sup> Zie besluit van de Commissie betreffende steunmaatregel N 381/04 — Frankrijk — Project voor een telecommunicatienetwerk met hoge capaciteit in de Pyrénées-Atlantiques (PB C 162 van 2.7.2005, blz. 5).

<sup>(73)</sup> Richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014, punt 72.

aan dat het volledige beheer van een luchthaven alleen als DAEB kan worden aangemerkt „indien een deel van het potentieel door de luchthaven bediende gebied, zonder de luchthaven, zozeer geïsoleerd zou zijn van de rest van de Unie dat dit ten koste zou gaan van de sociaaleconomische ontwikkeling van dat gebied” <sup>(74)</sup>. In dit licht is de Commissie dienovereenkomstig van mening dat de exploitatie van een luchthaven die een andere luchthaven in dezelfde regio verdubbelt niet als een reële DAEB kan worden aangemerkt <sup>(75)</sup>.

- (290) De Commissie heeft geconcludeerd dat de financiering door de overheid van de infrastructuur van de luchthaven van Zweibrücken, voor zover dit staatssteun is, onverenigbaar is met de interne markt, omdat ze bestaande infrastructuur verdubbelt. Evenzo is de Commissie van mening dat de exploitatie van de luchthaven van Zweibrücken geen reële dienst van algemeen economisch belang is. Voor zover Duitsland de exploitatie van de luchthaven van Zweibrücken als een DAEB beschouwt, heeft het dus een kennelijke fout gemaakt bij de definitie van de DAEB <sup>(76)</sup>.

### Toewijzingsbesluit

- (291) Ten tweede komt de Commissie tot de bevinding dat FGAZ/FZG in ieder geval niet naar behoren was belast met de exploitatie van de luchthaven van Zweibrücken als een DAEB. Duitsland heeft alleen verwezen naar de algemene exploitatievergunning van de luchthaven en haar „exploitatieverplichting” overeenkomstig § 45 LuftVZO als de relevante toewijzingsbesluiten. De Commissie merkt op dat het opleggen van een exploitatieverplichting volgens Duitsland het resultaat was van de opwaardering van de luchthaven van Zweibrücken van een „vliegveld” naar een „luchthaven” in de zin van § 49 en § 38 LuftVZO <sup>(77)</sup>. Die opwaardering kwam er echter pas begin 2010, wat betekent dat voor de periode die in deze zaak wordt onderzocht (2000-2009) geen toewijzing kan worden afgeleid uit § 45 LuftVZO.
- (292) Duitsland verklaart voorts dat er „geen algemene officiële toewijzing van een DAEB aan FZG is geweest, behalve de exploitatievergunning en de opname in het conversieproject van Rijnland-Palts”. Overwegende dat Duitsland niet heeft uitgelegd hoe de exploitatievergunning op zich een behoorlijk toewijzingsbesluit kan zijn dat voldoet aan de vereisten in overweging 287 of hoe de opname in het conversieproject een behoorlijke toewijzing vormt, is de Commissie van oordeel dat FGAZ/FZG niet naar behoren is belast met een reële DAEB.
- (293) Om de redenen die in overweging 288 en volgende zijn uiteengezet, wordt dus geconcludeerd dat de overheidsfinanciering van FGAZ/FZG die exploitatiesteun vormt, niet kan worden beschouwd als een DAEB-compensatie die verenigbaar is met de interne markt.

### 7.1.3.5. Verenigbaarheid van exploitatiesteun volgens de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014

- (294) In punt 5.1 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 worden de criteria vastgesteld die de Commissie zal toepassen wanneer zij beoordeelt of exploitatiesteun verenigbaar is met de interne markt overeenkomstig artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag. Zoals bepaald in punt 172 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 zal de Commissie deze criteria toepassen op alle zaken met betrekking tot exploitatiesteun, met inbegrip van lopende aanvragen en onrechtmatige, niet-aangemelde steun.
- (295) Onrechtmatige exploitatiesteun die vóór de publicatie van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 is toegekend, kan verenigbaar worden verklaard voor het volledige bedrag van de niet-gedekte exploitatiekosten mits de volgende voorwaarden <sup>(78)</sup> zijn vervuld:
- bijdrage aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang*: deze voorwaarde is onder andere vervuld als de steun de mobiliteit van burgers in de Unie verbetert en regio's beter helpt te ontsluiten of de regionale ontwikkeling bevordert <sup>(79)</sup>;
  - noodzaak van overheidsmaatregelen*: de steun dient te worden gericht op situaties waarin dit soort steun kan zorgen voor een wezenlijke verbetering die de markt zelf niet tot stand kan brengen <sup>(80)</sup>;

<sup>(74)</sup> Punt 72 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014. Zie ook punt 34 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005.

<sup>(75)</sup> Zie ook arrest van het Gerecht van 16 september 2013, *Colt Télécommunications France/Commissie*, T-79/10, ECLI:EU:T:2013:463, punten 150, 151, 154, 158 en 166.

<sup>(76)</sup> *Ibidem*, punten 92 en 119.

<sup>(77)</sup> Verklaring van Duitsland van 27 januari 2011, blz. 17: „Aus der Aufstufung des Flughafens [vom Verkehrslandeplatz zum Verkehrsflughafen] folgt des Weiteren eine Betriebspflicht des Flughafens”.

<sup>(78)</sup> Volgens punt 137 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 zijn niet alle in punt 5.1 van de richtsnoeren uiteengezette voorwaarden van toepassing op in het verleden toegekende exploitatiesteun.

<sup>(79)</sup> Punten 137, 113 en 114 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(80)</sup> Punten 137 en 116 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

- c) *aanwezigheid van een stimulerend effect*: deze voorwaarde is vervuld indien te verwachten valt dat, zonder exploitatiesteun en rekening houdende met de mogelijke beschikbaarheid van investeringssteun en de omvang van de verkeersstromen, het volume van de economische activiteit op de betrokken luchthaven aanzienlijk zou afnemen <sup>(81)</sup>;
- d) *evenredigheid van het steunbedrag (steun beperkt tot het noodzakelijke minimum)*: wil exploitatiesteun voor luchthavens evenredig zijn, dan moet deze beperkt zijn tot het minimum dat nodig is om de gesteunde activiteit te laten plaatsvinden <sup>(82)</sup>;
- e) *vermijden van ongewenste negatieve effecten op de mededinging en het handelsverkeer* <sup>(83)</sup>.

a) *Bijdrage aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang*

- (296) Volgens punt 114 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 „draagt het naast elkaar bestaan van twee niet-winstgevende luchthavens niet bij tot een doelstelling van gemeenschappelijk belang”. De Commissie is van mening dat de argumenten in overweging 259 en volgende met betrekking tot de verenigbaarheid van investeringssteun ten gunste van FGAZ/FZG overeenkomstig de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 evenzeer van toepassing zijn op de verenigbaarheid van exploitatiesteun overeenkomstig de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014. Daarom concludeert de Commissie dat de exploitatiesteun die aan FGAZ/FZG is toegekend leidt tot een loutere verdubbeling van een onrendabele luchthaven en daarom niet bijdraagt aan een duidelijk omschreven doelstelling van gemeenschappelijk belang. Daarom moet worden geoordeeld dat de exploitatiesteun voor FGAZ/FZG, voor zover deze staatssteun vormt, niet verenigbaar is met de interne markt overeenkomstig artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag.

## Conclusie

- (297) De Commissie concludeert dat de aan FGAZ/FZG toegekende exploitatiesteun niet verenigbaar is met de interne markt, noch op grond van artikel 106, lid 2, van het Verdrag, noch op grond van artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag. Aangezien Duitsland geen andere verenigbaarheidsgronden heeft aangevoerd en de Commissie ook geen dergelijke gronden heeft vastgesteld, wordt dus geconcludeerd dat de exploitatiesteun ten gunste van FGAZ/FZG, voor zover deze staatssteun vormt, onverenigbaar is met de interne markt.

## 7.2. EVENTUELE STEUN IN VERBAND MET EEN BANKLENING EN DEELNEMING IN DE INTERNE CASHPOOL VAN DE DEELSTAAT RIJNLAND-PALTS

### 7.2.1. BESTAAN VAN STEUN

#### 7.2.1.1. *Economische activiteit en het begrip onderneming*

- (298) Om de in overweging 173 e.v. uiteengezette redenen moet FGAZ/FZG worden geacht een onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag te vormen.

#### 7.2.1.2. *Staatsmiddelen en toerekenbaarheid aan de staat*

- (299) Om staatssteun te vormen, moeten de maatregelen in kwestie uit staatsmiddelen worden bekostigd en moet de beslissing om de maatregel te verlenen aan de staat toerekenbaar zijn.
- (300) Het begrip staatssteun is van toepassing op elk voordeel dat uit staatsmiddelen wordt bekostigd en wordt toegekend door de staat of door instanties die hun activiteiten verrichten op grond van een overheidsmandaat <sup>(84)</sup>. Voor de toepassing van artikel 107 van het Verdrag worden middelen van plaatselijke overheden als staatsmiddelen beschouwd <sup>(85)</sup>.

## De staatsgarantie van 100 %

- (301) Alle staatsgaranties brengen een potentieel verlies van middelen door de staat met zich mee. Omdat de staatsgarantie van 100 % rechtstreeks door de deelstaat Rijnland-Palts werd verstrekt, werd zij uit staatsmiddelen bekostigd en is zij ook aan de staat toerekenbaar.

<sup>(81)</sup> Punten 137 en 124 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(82)</sup> Punten 137 en 125 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(83)</sup> Punten 137 en 131 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(84)</sup> Arrest Stardust Marine, reeds aangehaald, EU:C:2002:294.

<sup>(85)</sup> Arrest Région Nord-Pas-de-Calais, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2011:209, punt 108.

### Cashpool van de deelstaat

- (302) Duitsland heeft aangevoerd dat de cashpool van de deelstaat Rijnland-Palts niet rechtstreeks uit de overheidsbegroting van de deelstaat wordt gefinancierd. Het voert aan dat alle middelen in de cashpool ofwel van de deelnemende ondernemingen komen of in de vorm van leningen op de kapitaalmarkt zijn verkregen.
- (303) De Commissie is van oordeel dat in deze zaak de staat op alle wezenlijke ogenblikken directe of indirecte zeggenschap had over de middelen in de cashpool, wat tot gevolg heeft dat ze staatsmiddelen vormen. Om te beginnen kunnen alleen ondernemingen waarvan de deelstaat Rijnland-Palts meerderheidsaandeelhouder is (ten minste 50 % eigendom) aan de cashpool deelnemen. Vanwege het meerderheidsaandeelhouderschap zijn de deelnemende ondernemingen duidelijk openbare bedrijven in de zin van artikel 2, onder b), van Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie <sup>(86)</sup>. Omdat alle deelnemende ondernemingen dus openbare bedrijven zijn, vormen hun middelen staatsmiddelen. Alleen al dit feit betekent dat de middelen van de cashpool, in zoverre ze bestaan uit de deposito's die door de deelnemende ondernemingen zijn gedaan, staatsmiddelen vormen.
- (304) Ten tweede zoekt de deelstaat Rijnland-Palts, ingeval de deposito's van de deelnemende ondernemingen in de cashpool ontoereikend zijn om de liquiditeitsbehoeften van een deelnemer te dekken, in eigen naam kortetermijnfinanciering op de financiële markt en draagt hij die middelen over aan de ondernemingen die aan de cashpool deelnemen. Aangezien de deelstaat de nodige leningen in eigen naam opneemt, moeten ook de aldus verkregen middelen worden geacht staatsmiddelen te vormen.
- (305) De Commissie is dus van oordeel dat de door de cashpool verstrekte financiering uit staatsmiddelen is bekostigd, aangezien zowel de deposito's van de deelnemende ondernemingen als de leningen die door de deelstaat worden opgenomen om liquiditeitsproblemen in de cashpool te overbruggen, staatsmiddelen vormen.
- (306) Het is voorts duidelijk dat de deelstaat verrekende zeggenschap had over de werking van de cashpool, wat tot gevolg heeft de financiering die aan de deelnemende ondernemingen wordt verstrekt, aan de staat toerekenbaar is. De Commissie merkt om te beginnen op dat de overeenkomst inzake deelneming in de cashpool gesloten is tussen de deelstaat en de betrokken ondernemingen. Het besluit om een onderneming aan de cashpool te laten deelnemen, wordt dus rechtstreeks door de deelstaat genomen. De deelstaat neemt ook een besluit over het maximumbedrag dat een deelnemende onderneming uit de cashpool kan opnemen in de vorm van een kredietlijn. Daarnaast beheert de deelstaat Rijnland-Palts rechtstreeks de dagelijkse operaties van de cashpool via de Landeshauptkasse, wat een instelling is van het ministerie van Financiën van de deelstaat Rijnland-Palts. De Landeshauptkasse vertegenwoordigt ook officieel de deelstaat wanneer op de markt middelen worden opgenomen om liquiditeitsproblemen in de cashpool te overbruggen.
- (307) Op basis van die elementen lijkt het dat de staat directe zeggenschap over de activiteiten van de cashpool kan uitoefenen, meer bepaald welke ondernemingen mogen deelnemen en welke kredietlijn aan elke deelnemende onderneming wordt toegekend. De besluiten met betrekking tot deelneming in de cashpool en de omvang van die deelneming zijn dus aan de staat toerekenbaar.

### Lening die door Sparkasse Südwestfalz is toegekend

- (308) Met betrekking tot de eigenlijke lening aanvaardt de Commissie dat Sparkasse Südwestfalz een onafhankelijke bank is die op haar eigen verantwoordelijkheid tot toekenning van leningen besluit. Er is geen duidelijke aanwijzing dat het besluit om FGAZ/FZG de lening toe te kennen, aan de staat toerekenbaar is. Daarom is de Commissie van oordeel dat de maatregel niet aan de staat toerekenbaar is.

#### 7.2.1.3. Economisch voordeel

### De staatsgarantie van 100 %

- (309) Volgens punt 3.2 van de mededeling betreffende garanties is een individuele staatsgarantie geen steun wanneer aan alle volgende voorwaarden is voldaan: „a) de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden [...]; b) de omvang van de garantie valt goed te meten op het tijdstip van toekenning [...]; c) de garantie dekt niet meer dan 80 % van de uitstaande lening of andere financiële verplichting [...], en d) voor de garantie wordt een marktconforme prijs betaald [...]”

<sup>(86)</sup> Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 318 van 17.11.2006, blz. 17).

- (310) In deze zaak heeft de deelstaat Rijnland-Palts een garantie van 100 % verstrekt als onderpand voor een lening die aan FGAZ/FZG is toegekend, waardoor de garantie het plafond van 80 % van de uitstaande lening overschrijdt. Daarnaast is er voor de garantie geen marktprijs betaald, zoals hieronder zal worden uitgelegd. Er is dus duidelijk een voordeel gemoeid met de garantie.
- (311) Volgens punt 4.2, tweede alinea, van de mededeling betreffende garanties kan het voordeel worden berekend als het verschil tussen de specifieke marktrente die FGAZ/FZG zonder de garantie had moeten betalen, en het rentepercentage dat dankzij de staatsgarantie wordt betaald, rekening houdend met eventueel betaalde premies.
- (312) Met betrekking tot de garantie die door de deelstaat is verstrekt, herinnert de Commissie eraan dat FGAZ/FZG die garantie van 100 % gratis en zonder zekerheid heeft verkregen. Het is duidelijk dat FGAZ/FZG onder normale marktvoorwaarden een premie had moeten betalen om van een derde een garantie voor haar leningen te verkrijgen.
- (313) Omdat FGAZ/FZG geen premie hoefde te betalen, verkreeg zij een economisch voordeel dat anders niet op de markt voorhanden was. Het bedrag van dat voordeel is gelijk aan de premie die FGAZ/FZG onder normale marktvoorwaarden had moeten betalen.

#### **Cashpool van de deelstaat**

- (314) Met betrekking tot de deelneming van FGAZ/FZG in de cashpool heeft Duitsland uitgelegd dat de cashpool als volgt werkt: FGAZ verzoekt om middelen uit de cashpool om haar liquiditeit te garanderen en de deelstaat verstrekt die middelen uit de cashpool. De in rekening gebrachte rentetarieven zijn marktconforme daggeldrenten, op het niveau dat voor de deelstaat zelf beschikbaar is. Wanneer de deposito's van de deelnemende ondernemingen ontoereikend zijn om aan het verzoek te voldoen, vult de deelstaat de cashpool aan door in eigen naam leningen op te nemen. Duitsland legt voorts uit dat de deelstaat in wezen de voorwaarden die hij op de kapitaalmarkt verkrijgt aan de deelnemers aan de cashpool doorgeeft, zodat die deelnemers — de dochterondernemingen van de deelstaat — zichzelf onder dezelfde voorwaarden als de deelstaat kunnen herfinancieren, ongeacht hun kredietwaardigheid. De Commissie stelt bovendien vast dat die financiering voor de onderneming voor onbepaalde duur beschikbaar is.
- (315) In het licht van dit mechanisme wordt aan FGAZ een voordeel verleend wanneer de voorwaarden waaronder de deelstaat leningen uit de cashpool verstrekt, gunstiger zijn dan die welke anders voor FGAZ op de markt beschikbaar zouden zijn. De voorwaarden voor opname van leningen uit de cashpool zijn dezelfde als die waaronder de deelstaat zichzelf kan herfinancieren. Omdat de deelstaat, als overheid, tegen erg gunstige tarieven leningen kan opnemen (aangezien er zo goed als geen risico van wanbetaling bestaat), is de Commissie van oordeel dat het tarief waartegen FGAZ een lening uit de cashpool kan verkrijgen, gunstiger is dan het tarief dat anders voor haar beschikbaar zou zijn. Daarnaast hoeft FGAZ voor die leningen geen zekerheden te stellen en wordt er met haar situatie/kredietwaardigheid geen rekening gehouden. Door FGAZ tot deelneming in de cashpool toe te laten, heeft de deelstaat de onderneming FGAZ/FZG een economisch voordeel verleend <sup>(87)</sup>.

#### **7.2.1.4. Selectiviteit**

- (316) Omdat de garantie van 100 % en het recht aan de cashpool deel te nemen alleen aan FGAZ/FZG werden toegekend (en, in het geval van de cashpool, andere ondernemingen waarvan de deelstaat meerderheidsaandeelhouder is), moeten beide maatregelen als selectief van aard worden aangemerkt.

#### **7.2.1.5. Vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer**

- (317) Om dezelfde redenen als die welke in de overweging 233 e.v. worden uiteengezet, is de Commissie van oordeel dat alle aan FGAZ/FZG verleende economische voordelen de mededinging kunnen vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.

#### **7.2.1.6. Conclusie**

- (318) Concluderend stelt de Commissie vast dat de deelstaat, door FGAZ/FZG kosteloos een garantie van 100 % voor een lening te verstrekken en door FGAZ tot deelneming in de cashpool van de deelstaat toe te laten, aan FGAZ/FZG staatssteun heeft verleend.

<sup>(87)</sup> Het effect van de cashpool lijkt eerder op dat van een garantie van 100 % die aan FGAZ/FZG wordt toegekend zonder een premie in rekening te brengen of zekerheden te vragen. De deelstaat draagt het risico dat FGAZ/FZG in gebreke blijft, zonder daarvoor in ruil een vergoeding te ontvangen.

- (319) Daarnaast concludeert de Commissie dat de door Sparkasse Südwestpfalz toegekende lening geen staatssteun vormt.

#### 7.2.2. VERENIGBAARHEID

- (320) De Commissie is van oordeel dat de opmerkingen die in de overwegingen 248 e.v. en 283 e.v. met betrekking tot de verenigbaarheid van de staatssteun in de vorm van directe investeringssubsidies en jaarlijkse kapitaalinjecties zijn opgenomen, ook gelden voor de staatssteun in de vorm van een garantie en deelneming in de cashpool. De Commissie is dan ook van oordeel dat de staatssteun die is toegekend door FGAZ/FZG gratis een garantie van 100 % toe te kennen en door haar tot deelneming in de cashpool van de deelstaat toe te laten, onverenigbaar is met de interne markt.

### 7.3. KORTINGEN OP LUCHTHAVENGELDEN EN OVEREENKOMST VOOR MARKETINGDIENSTEN MET RYANAIR

#### 7.3.1. BESTAAN VAN STEUN

##### 7.3.1.1. *Economische activiteit en het begrip onderneming*

- (321) Door luchtvervoersdiensten aan te bieden, verrichten luchtvaartmaatschappijen een economische activiteit en zijn ze ondernemingen in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Daarom moet worden onderzocht of de overeenkomsten tussen de luchtvaartmaatschappijen en de betrokken luchthaven, indien deze aan de staat toerekenbaar zijn en een overdracht van staatsmiddelen hebben teweeggebracht, die luchtvaartmaatschappijen een economisch voordeel hebben verleend.

##### 7.3.1.2. *Staatsmiddelen en toerekenbaarheid aan de staat*

- (322) De maatregel moet aan de staat toerekenbaar zijn en uit staatsmiddelen worden bekostigd. In het arrest Stardust Marine<sup>(88)</sup> heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de middelen van een onderneming die gemeenschappelijk is opgericht en waarvan de meerderheid van de aandelen in handen van de overheid is, staatsmiddelen zijn. In dit verband is het een vaste praktijk van de Commissie om te oordelen dat alle middelen van een openbaar bedrijf als staatsmiddelen moeten worden beschouwd, ongeacht of het verlieslatend of winstgevend is<sup>(89)</sup>.
- (323) Wat de toerekenbaarheid aan de staat betreft, heeft het Hof van Justitie in het arrest Stardust Marine geoordeeld dat enkel het feit dat de staat of een overheidsentiteit de enige aandeelhouder of de meerderheidsaandeelhouder van een onderneming is, niet volstaat om een overdracht van middelen door die onderneming aan de openbare aandeelhouders toe te rekenen<sup>(90)</sup>. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat zelfs indien de staat de mogelijkheid heeft een openbaar bedrijf te controleren en een dominerende invloed op de activiteiten ervan uit te oefenen, dit niet automatisch het vermoeden rechtvaardigt dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend, aangezien een openbaar bedrijf in meer of mindere mate onafhankelijk kan optreden, naargelang van de autonomie die het door de staat is verleend.
- (324) Het Hof vermeldt de volgende aanwijzingen om een steunmaatregel aan de staat te kunnen toerekenen<sup>(91)</sup>:
- het betrokken bedrijf kon de bestreden beslissing niet nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen;
  - het bedrijf moest rekening houden met de aanwijzingen van overheidsinstanties;
  - het openbaar bedrijf maakt deel uit van de structuur van de openbare administratie;
  - de aard van de activiteiten en het feit dat het openbaar bedrijf bij de uitoefening van die activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers;
  - het juridische statuut van het bedrijf;
  - de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent;
  - elke andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, de inhoud ervan of de eraan verbonden voorwaarden.

<sup>(88)</sup> Arrest Stardust Marine, reeds aangehaald, EU:C:2002:294, punt 51 e.v.

<sup>(89)</sup> Zie bijvoorbeeld beschikking C 41/2005 van de Commissie, Hongaarse geestdrankkosten (PB C 324 van 21.12.2005, blz. 12), met verdere referenties.

<sup>(90)</sup> Arrest Stardust Marine, reeds aangehaald, EU:C:2002:294, punt 51 e.v.

<sup>(91)</sup> Ibidem.

### Staatsmiddelen

- (325) De Commissie merkt op dat FGAZ en FZG voor 100 % in handen zijn van de staat, namelijk 50 % van de deelstaat Rijnland-Palts en 50 % van ZEF. FGAZ en FZG moeten dus worden geacht openbare bedrijven in de zin van artikel 2, onder b), van Richtlijn 2006/111/EG te vormen. De staat, als enige aandeelhouder van FGAZ en FZG en door voor FGAZ en FZG de (identieke) raden van commissarissen te benoemen (die op hun beurt de managers benoemen), kan worden vermoed een dominerende invloed op FGAZ/FZG uit te oefenen en kan hun middelen controleren. Alle voordelen die uit de middelen van FGAZ/FZG worden toegekend, zouden een verlies van staatsmiddelen impliceren en dus een overdracht van staatsmiddelen vormen.

### Toerekenbaarheid

- (326) Duitsland heeft aangevoerd dat de sluiting van overeenkomsten tussen luchtvaartmaatschappijen en FZG niet aan de staat toerekenbaar is, maar heeft erkend dat de staat — vertegenwoordigd door de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF — indirect betrokken is, namelijk via zijn vertegenwoordigers in de raad van commissarissen van de moedermaatschappij van FZG, FGAZ. Volgens de statuten van FGAZ en FZG zijn de raden van commissarissen van beide entiteiten volledig samengesteld uit vertegenwoordigers die door overheden zijn benoemd, namelijk de deelstaat en ZEF. Een vertegenwoordiger die door de deelstaat is benoemd, is automatisch de voorzitter van beide raden van commissarissen. De raden van commissarissen benoemen het management van FGAZ en FZG. Voor beide entiteiten moeten de raden van commissarissen alle transacties goedkeuren die meer bedragen dan [...] EUR, waardoor zij ruime zeggenschap hebben over de economische activiteiten van FGAZ/FZG.
- (327) Ten tweede blijkt uit de notulen van de raad van commissarissen van FGAZ dat de raad van commissarissen was ingelicht en geraadpleegd over de onderhandeling over en de sluiting van contracten met luchtvaartmaatschappijen. Meer nog, uit de notulen blijkt ook dat het management van FGAZ/FZG bij de sluiting van de contracten rekening moest houden met de eisen van de overheden. Uit de notulen van de raad van commissarissen van 13 juli 2006 blijkt bijvoorbeeld dat het management eerst verslag uitbracht over de succesvolle sluiting van het contract met Germanwings en de voorzitter van de raad van commissarissen vervolgens meedeelde dat de deelstaat erg ingenomen was met de ontwikkeling en opmerkte dat dit tot de schepping van banen kon leiden en kon helpen om de luchthaven economisch te rechtvaardigen. Meest opmerkelijk is dat de voorzitter ook suggereerde dat die positieve effecten — de schepping van banen en de economische rechtvaardiging van de luchthaven — tot een verlenging van de winstpoolingsovereenkomst tussen FGAZ en FZG konden leiden. Omdat FZG vitaal afhankelijk was van de winstpoolingsovereenkomst om haar exploitatieverliezen te dekken en de deelstaat en ZEF de bevoegdheid hadden om die overeenkomst te verlengen of om de kapitaalinjecties die de werking van die overeenkomst mogelijk maakten, stop te zetten, is het duidelijk dat het management van FGAZ en FZG met de eisen van de overheden rekening moest houden om te garanderen dat zij economisch zouden overleven.
- (328) Uit de notulen van de raad van commissarissen van 13 juli 2006 blijkt ook dat een militaire exercitie die op de luchthaven van Zweibrücken had plaatsgevonden, tot klachten van de bevolking over het lawaai had geleid. Het management wees erop dat de militaire exercitie van de Nederlandse luchtmacht significante inkomsten had opgeleverd. De voorzitter suggereerde niettemin dat het management in de toekomst zorgvuldig moest overwegen of militaire exercities zouden worden gehouden, en dat de bevolking tijdig moest worden gewaarschuwd. Uit al het bovenstaande blijkt dat de overheden bij de dagelijkse managementbeslissingen van FGAZ/FZG betrokken waren en daarmee instemden.
- (329) Uit de notulen van de raad van commissarissen van 26 juni 2009 blijkt voorts dat de staat, vertegenwoordigd door de deelstaat Rijnland-Palts, rechtstreeks bij de onderhandelingen met luchtvaartmaatschappijen betrokken was. In de notulen is het verslag van het management aan de raad van commissarissen opgenomen, waarin sprake is van een bijeenkomst tussen het management, een vertegenwoordiger van het ministerie van Financiën van Rijnland-Palts en Ryanair in Londen. Op die bijeenkomst werd de relatie tussen Ryanair en de luchthaven van Zweibrücken besproken. De actieve betrokkenheid van het ministerie kan niet alleen uit de loutere aanwezigheid van een vertegenwoordiger bij die commerciële onderhandelingen worden afgeleid, maar ook uit het feit dat de vertegenwoordiger van het ministerie Ryanair eraan herinnerde dat de regering van Rijnland-Palts de bediening van de luchthaven van Saarbrücken als onaangenaam zou beschouwen.
- (330) Vervolgens werd de toekomst van het engagement van Ryanair in Zweibrücken besproken door de raad van commissarissen, die zich schaarde achter het voorstel van het management om de relatie te beëindigen als het vluchtschema van Ryanair niet merkbaar zou verbeteren, rekening houdend met de geldelijke bijdrage die door Ryanair werd gevraagd <sup>(92)</sup>. Gelet op het feit dat de raad van commissarissen voor de geldelijke bijdrage die door Ryanair werd gevraagd, met een nieuw contract moest instemmen, en de overheden vroeg bij de onderhandelingen betrokken waren, is het duidelijk dat de raad van commissarissen vergaande zeggenschap had over de

<sup>(92)</sup> In de loop van die bijeenkomst bood Ryanair aan om de verbinding tussen Londen en Zweibrücken tijdens de winter „voor [...] EUR” open te houden, en verklaarde zij zich bereid om „voor [...] EUR” twee nieuwe verbindingen (Barcelona en Alicante) vanuit Zweibrücken te starten.

commerciële beslissing van het management. Dit kan worden beschouwd als een verdere indicator dat het management bij het nemen van beslissingen rekening moest houden met de eisen van de overheden, en laat zien in welke mate de raad van commissarissen zeggenschap en invloed kon uitoefenen over de commerciële beslissingen van FGAZ/FZG.

- (331) In het licht van die overwegingen is de Commissie van oordeel dat er voldoende indicatoren zijn om vast te stellen dat de sluiting van contracten voor luchthavendiensten tussen FGAZ/FZG en de verschillende luchtvaartmaatschappijen aan de staat toerekenbaar is.

### 7.3.1.3. *Economisch voordeel*

- (332) Om te beoordelen of een overeenkomst tussen een luchthaven in handen van de overheid en een luchtvaartmaatschappij aan laatstgenoemde een economisch voordeel verleent, moet worden nagegaan of die overeenkomst aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie voldoet. Wanneer een overeenkomst tussen een luchthaven en een luchtvaartmaatschappij aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie wordt getoetst, moet worden onderzocht of een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie op het ogenblik van sluiting van de overeenkomst zou hebben verwacht dat die meer winst zou opleveren dan hij anders had kunnen behalen. Die hogere winst wordt berekend als het verschil tussen de incrementele inkomsten die de overeenkomst naar verwachting zal genereren (d.w.z. het verschil tussen de inkomsten wanneer de overeenkomst wordt gesloten en de inkomsten zonder de sluiting van de overeenkomst) en de incrementele kosten die naar verwachting ten gevolge van de overeenkomst zullen ontstaan (d.w.z. het verschil tussen de kosten wanneer de overeenkomst wordt gesloten en de kosten zonder de sluiting van de overeenkomst), waarbij de daaruit voortvloeiende kasstromen met een passende discontovoet worden gediscoteerd.
- (333) Bij deze analyse moet rekening worden gehouden met alle relevante incrementele inkomsten en kosten die met de overeenkomst gepaard gaan. De verschillende elementen (kortingen op luchthavengelden, marketingsubsidies, andere financiële stimulansen) mogen niet afzonderlijk worden gewaardeerd. In het arrest Charleroi is immers het volgende bepaald: „In het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder dient de handelstransactie [...] in haar geheel te worden beschouwd om uit te maken of de overheid en de door haar gecontroleerde entiteit zich, samen beschouwd, als rationele ondernemers in een markteconomie hebben gedragen. De Commissie moet immers bij de evaluatie van de litigieuze maatregelen rekening houden met alle relevante elementen en hun context [...]”<sup>(93)</sup>
- (334) De verwachte incrementele inkomsten moeten met name de inkomsten uit luchthavenheffingen omvatten, rekening houdend met zowel de kortingen, de vluchten die de overeenkomst naar verwachting zal genereren als de niet-luchtvaartgerelateerde inkomsten die deze extra vluchten naar verwachting zullen genereren. De verwachte incrementele kosten moeten met name de incrementele exploitatie- en investeringskosten omvatten die zonder de sluiting van de overeenkomst niet zouden zijn gemaakt, alsook de kosten van de marketingsubsidies en andere financiële stimulansen.
- (335) De Commissie stelt in dit verband ook vast dat prijsdifferentiatie (met inbegrip van marketingsteun en andere stimulansen) een gebruikelijke zakelijke praktijk is. Een dergelijk gedifferentieerd prijsbeleid moet echter commercieel gerechtvaardigd zijn<sup>(94)</sup>.

### **Toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie op de betrokken overeenkomsten, in het bijzonder met Ryanair**

- (336) Met het oog op de toepassing van dit beginsel en rekening houdend met de feitelijke omstandigheden van deze zaak, moeten volgens de Commissie eerst de volgende vragen worden beantwoord:
- Moeten de overeenkomst voor marketingdiensten en de overeenkomst voor luchthavendiensten, tussen de ondertekening waarvan twee weken liggen, apart of samen worden onderzocht?
  - Welke voordelen had een hypothetische marktdeelnemer in een markteconomie in de positie van FGAZ/FZG of de deelstaat kunnen verwachten van de overeenkomsten voor marketingdiensten?
  - In hoeverre is de vergelijking van de voorwaarden van de overeenkomsten voor luchthavendiensten waarop de formele onderzoeksprocedure betrekking heeft, met de op andere luchthavens in rekening gebrachte luchthavengelden relevant voor de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie?
- (337) Na die vragen te hebben beantwoord, zal de volgende stap voor de Commissie de toepassing zijn van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie op de verschillende maatregelen die ter discussie staan.

<sup>(93)</sup> Arrest van het Gerecht van 17 december 2008, Ryanair/Commissie, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, punt 59.

<sup>(94)</sup> Zie Beschikking 2011/60/EU van de Commissie van 27 januari 2010 betreffende steunmaatregel C 12/08 (ex NN 74/07) — Slowakije — Overeenkomst tussen de luchthaven van Bratislava en Ryanair (PB L 27 van 1.2.2011, blz. 24).



a) *De analyse van de overeenkomst voor marketingdiensten en de overeenkomst voor luchthavendiensten samen*

(338) De Commissie is van oordeel dat de twee soorten maatregelen waarop het formele onderzoek in deze zaak betrekking heeft, namelijk de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomsten voor marketingdiensten, samen als één enkele maatregel moeten worden beoordeeld. Die aanpak betreft de overeenkomst voor luchthavendiensten die tussen Ryanair en FZG is gesloten, enerzijds, en de overeenkomsten voor marketingdiensten tussen FZG en Ryanair alsook AMS en de deelstaat Rijnland-Palts, anderzijds. Ryanair betwist niet dat de rechtstreeks tussen Ryanair en FZG gesloten overeenkomst voor marketingdiensten samen met de overeenkomst voor luchthavendiensten moet worden beoordeeld. De Commissie stelt zich op het standpunt dat hetzelfde geldt voor de overeenkomst voor marketingdiensten met AMS.

(339) Er zijn meerdere aanwijzingen dat die overeenkomsten als één enkele maatregel moeten worden beoordeeld omdat ze in het kader van één enkele transactie zijn gesloten.

(340) Om te beginnen zijn de contracten in wezen door dezelfde partijen gesloten op bijna hetzelfde ogenblik:

a) AMS is een 100 % dochteronderneming van Ryanair. De overeenkomst voor marketingdiensten werd namens AMS ondertekend door de heer Edward Wilson, die op dat ogenblik directeur van AMS en tegelijkertijd directeur van Ryanair was <sup>(95)</sup>. Voor de toepassing van de staatssteunregels moeten AMS en Ryanair als één enkele onderneming worden beschouwd, in die zin dat AMS als tussenpersoon optreedt in het belang en onder toezicht van Ryanair. Voor de overeenkomsten in deze zaak kan dit ook worden afgeleid uit het feit dat in de aanhef van de overeenkomst voor marketingdiensten wordt het volgende verklaard: „AMS heeft de exclusieve licentie om marketingdiensten aan te bieden op de reiswebsite [www.ryanair.com](http://www.ryanair.com), de website van de Ierse lagekostenmaatschappij Ryanair.”

Voorts werd in overweging 326 e.v. vastgesteld dat de beslissing van FGAZ/FZG om overeenkomsten voor luchthavendiensten te sluiten met luchtvaartmaatschappijen zoals Ryanair, aan de staat toerekenbaar was. De controlerende invloed op FGAZ/FZG werd in dit verband uitgeoefend door de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF. Aangezien het echter altijd de deelstaat was die de voorzitter van de raad van commissarissen van FGAZ/FZG benoemde, en de deelstaat daadwerkelijk tussen 95 % en 80 % van de verliezen van FGAZ/FZG financierde (en daardoor een significante invloed op ZEF had en een groter financieel belang in de onderneming), mag worden aangenomen dat de deelstaat effectieve zeggenschap over FGAZ/FZG had. Wat de commerciële relatie tussen Ryanair en FGAZ/FZG enerzijds en de deelstaat Rijnland-Palts anderzijds betreft, stelt de Commissie vast dat het belang van FGAZ/FZG en dat van de deelstaat bij de sluiting van de respectieve overeenkomsten in grote mate samenviel; beide hadden belang bij een toename van het verkeer op de luchthaven en voor de deelstaat maakte het weinig uit of FGAZ/FZG het contract sloot (waarvan hij de kosten later via de winstpoolingsovereenkomst zou moeten terugbetalen) dan wel hijzelf. In dit licht is het feit dat één van de overeenkomsten voor marketingdiensten rechtstreeks met de deelstaat werd gesloten terwijl de overeenkomst voor luchthavendiensten met haar afhankelijke dochteronderneming werd gesloten, geen argument om de overeenkomsten niet als één enkele commerciële transactie te beoordelen.

b) De overeenkomsten werden ook op bijna hetzelfde ogenblik gesloten, aangezien de overeenkomst voor luchthavendiensten (22 september 2008) precies twee weken vóór de overeenkomsten voor marketingdiensten met AMS (6 oktober 2008) werd gesloten.

(341) Ten tweede wordt in het eerste artikel van de overeenkomst voor marketingdiensten met AMS, met als titel „Doel van de overeenkomst”, verklaard dat de overeenkomst „gebaseerd is op de verbintenis van Ryanair om een verbinding tussen Zweibrücken en Londen te exploiteren”. Die formulering toont aan dat er een ondubbelzinnig verband bestaat tussen de dienstenovereenkomst en de overeenkomst voor marketingdiensten, omdat de ene overeenkomst niet zonder de andere zou zijn gesloten. De overeenkomst voor marketingdiensten is gebaseerd op het feit dat de overeenkomst voor luchthavendiensten wordt gesloten en op de diensten die door Ryanair worden verricht. In de aanhef van de overeenkomst voor marketingdiensten wordt immers verklaard dat de deelstaat Rijnland-Palts de passagiers van Ryanair wil bereiken om de toeristische en zakelijke mogelijkheden in de regio te promoten, en met name de luchthaven van Zweibrücken als een bestemming.

(342) Ten derde wordt in de aanhef van de overeenkomst voor marketingdiensten verklaard dat de deelstaat Rijnland-Palts heeft besloten „de luchthaven van Zweibrücken actief te promoten als een vakantiebestemming voor internationale luchtreizigers en ook als een aantrekkelijk zakelijk centrum”. Dit is een aanwijzing dat de sluiting van de overeenkomst voor marketingdiensten als primair en specifiek doel heeft specifiek de luchthaven van Zweibrücken (en de omgeving) te promoten.

<sup>(95)</sup> Zie <http://corporate.ryanair.com/investors/biographies/>, bekeken op 23 juni 2014.

- (343) Ten vierde is in de overeenkomst voor marketingdiensten specifiek bepaald dat in de rechterstrook van de bij de bestemming Zweibrücken behorende webpagina op de website [www.ryanair.com](http://www.ryanair.com) twee links moeten worden geplaatst, en onder „Top Five Things To Do” (vijf dingen die je zeker moet hebben gedaan) van de bij de bestemming Zweibrücken behorende webpagina vijf paragrafen. Uit die bepalingen kan worden afgeleid dat de overeenkomst tot doel heeft specifiek de luchthaven van Zweibrücken te ondersteunen en niet de deelstaat Rijnland-Palts in zijn geheel.
- (344) Ten vijfde kan de overeenkomst onmiddellijk door Rijnland-Palts worden beëindigd in het geval Ryanair de exploitatie van de verbinding tussen Zweibrücken en Londen stopzet. Ook dit toont aan dat de overeenkomst voor marketingdiensten en de overeenkomst voor luchthavendiensten onafscheidelijk met elkaar verbonden zijn.
- (345) Concluderend is de tussen Rijnland-Palts en AMS gesloten overeenkomst voor marketingdiensten dus ondeelbaar verbonden met de overeenkomst voor luchthavendiensten die tussen Ryanair en FZG is ondertekend. De bovenstaande overwegingen tonen aan dat de overeenkomst voor marketingdiensten niet zou zijn gesloten zonder de overeenkomst voor luchthavendiensten. In de overeenkomst voor marketingdiensten wordt immers uitdrukkelijk verklaard dat zij op de verbinding Zweibrücken-Londen van Ryanair gebaseerd is, en in wezen betrekking heeft op marketingdiensten om die verbinding te promoten. Tegelijkertijd blijkt dat de sluiting van de overeenkomst voor luchthavendiensten ook van de overeenkomst voor marketingdiensten afhangt: hoewel de overeenkomst voor luchthavendiensten eerder werd gesloten, was Ryanair op grond daarvan niet verplicht diensten vanuit Zweibrücken te verrichten. In die overeenkomst werd integendeel dat „als de dienstverlening niet op 28 oktober 2008 was gestart, de overeenkomst zou vervallen zonder aansprakelijkheid ten aanzien van één van beide partijen”. In feite startte Ryanair haar exploitatie in Zweibrücken pas nadat het contract met AMS was gesloten.
- (346) Om die redenen acht de Commissie het passend om de overeenkomst voor luchthavendiensten van 22 september 2008 en de overeenkomst voor marketingdiensten van 6 oktober 2008 samen te onderzoeken, teneinde te bepalen of ze staatssteun vormen of niet.
- b) *Met betrekking tot de voordelen die een marktdeelnemer in een markteconomie van overeenkomsten voor marketingdiensten had kunnen verwachten en de prijs die hij voor die diensten had willen betalen*
- (347) Om het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie op deze zaak toe te passen, moet het gedrag van FGAZ/FZG en de deelstaat als ondertekenaars van de overeenkomst voor luchthavendiensten met Ryanair en de overeenkomst voor marketingdiensten met AMS worden vergeleken met dat van een hypothetische marktdeelnemer in een markteconomie die met de exploitatie van de luchthaven van Zweibrücken belast is.
- (348) Bij de analyse van de betrokken transactie moeten de voordelen worden beoordeeld die deze hypothetische marktdeelnemer in een markteconomie, geleid door het uitzicht op winst, van de aankoop van marketingdiensten kon verwachten. Het algemene effect van dergelijke diensten op het toerisme en de economische prestaties van de regio mag daarbij niet in aanmerking worden genomen. Alleen het effect van deze diensten op de winstgevendheid van de luchthaven mag in aanmerking worden genomen, omdat dit voor een hypothetische marktdeelnemer in een markteconomie de enige zorg zou zijn.
- (349) De marketingdiensten zouden de passagiersaantallen op de verbindingen waarop de overeenkomsten voor marketingdiensten en de overeenstemmende overeenkomsten voor luchthavendiensten betrekking hebben, moeten doen toenemen, aangezien ze bedoeld zijn om die verbindingen te promoten. Hoewel het in de eerste plaats de betrokken luchtvaartmaatschappij is die van dat effect zal profiteren, kan het zijn dat ook de luchthavenexploitant daarvan profiteert. Een toename van het aantal passagiers kan voor de luchthavenexploitant namelijk leiden tot een toename van de inkomsten uit bepaalde luchthavengelden, alsook van de niet-luchtvaartgebonden inkomsten uit met name de activiteiten van de parkeergarages, restaurants en andere commerciële activiteiten.
- (350) Er kan dus geen twijfel bestaan dat een marktdeelnemer in een markteconomie die de luchthaven van Zweibrücken exploiteert in de plaats van FGAZ/FZG en de deelstaat, dit positieve effect in aanmerking zou hebben genomen bij de beoordeling van de vraag of het wenselijk is een overeenkomst voor marketingdiensten en de overeenstemmende overeenkomst voor luchthavendiensten te sluiten. Hij zou het effect van de betrokken verbinding op zijn toekomstige inkomsten en kosten in aanmerking hebben genomen door, in deze zaak, de passagiersaantallen op die verbindingen te ramen, die een afspiegeling zouden zijn van het positieve effect van de marketingdiensten. Daarnaast zou hij dit effect evalueren over de volledige exploitatieduur van de betrokken verbindingen, zoals vastgesteld in de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomst voor marketingdiensten.
- (351) Wanneer een luchthavenexploitant een overeenkomst sluit die voorziet in promotieacties voor bepaalde verbindingen, is het een standaardpraktijk om de bezettingsgraad (of de laadfactor)<sup>(96)</sup> op de betrokken verbindingen te ramen en die bij de evaluatie van de toekomstige inkomsten in aanmerking te nemen. De Commissie is het op dit punt met Ryanair eens, t.z. dat overeenkomsten voor marketingdiensten voor de luchthavenexploitant niet alleen kosten genereren, maar ook voordelen met zich brengen.

<sup>(96)</sup> De bezettingsgraad of laadfactor wordt gedefinieerd als het aandeel bezette stoelen in het voor de exploitatie van de betrokken verbinding ingezette toestel.

- (352) Voorts moet worden bepaald of een hypothetische marktdeelnemer in een markteconomie die in de plaats van FGAZ/FZG en de deelstaat de luchthaven van Zweibrücken exploiteert, redelijkerwijs andere voordelen kon verwachten en becijferen dan die welke voortvloeien uit het positieve effect van meer passagiers op de onder de overeenkomst voor marketingdiensten vallende verbindingen tijdens de exploitatieduur van die verbindingen, zoals die in de overeenkomst voor marketingdiensten of de overeenkomst voor luchthavendiensten is vastgesteld.
- (353) Bepaalde belanghebbenden, met name Ryanair in haar studie van 17 januari 2014, scharen zich achter dit argument. De studie van 17 januari 2014 berust op de theorie dat door een luchthavenexploitant zoals FGAZ/FZG en de deelstaat aangeschafte marketingdiensten het merkimage van de luchthaven verbeteren, waardoor het aantal passagiers dat van de luchthaven gebruikmaakt, gestaag toeneemt en het effect niet beperkt blijft tot de passagiersaantallen op de onder de overeenkomst voor marketingdiensten en de overeenkomst voor luchthavendiensten vallende verbindingen tijdens de in die overeenkomsten vastgestelde exploitatieduur. Uit die studie van Ryanair blijkt met name dat de marketingdiensten ook na afloop van de overeenkomst voor marketingdiensten duurzame positieve effecten zullen hebben op het aantal passagiers in de luchthaven.
- (354) In dit verband zij om te beginnen opgemerkt dat niets erop wijst dat de luchthavenexploitant of de deelstaat bij de sluiting van de overeenkomst voor marketingdiensten mogelijke gunstige effecten van die overeenkomst op andere verbindingen dan de onder de overeenkomst vallende verbindingen in aanmerking heeft genomen of a fortiori heeft becijferd, of is nagegaan of die effecten na afloop van de overeenkomst zouden blijven voortduren. Duitsland heeft overigens geen enkele methode voorgesteld om de mogelijke waarde te ramen die een hypothetische marktdeelnemer in een markteconomie die in de plaats van FGAZ/FZG en de deelstaat de luchthaven van Zweibrücken exploiteert, aan die effecten zou hebben toegekend als hij in 2008 had beoordeeld of het wenselijk was de overeenkomsten te sluiten.
- (355) Bovendien kan op basis van de beschikbare informatie niet worden beoordeeld of die effecten duurzaam zijn. Het is mogelijk dat reclame voor Zweibrücken en de regio op de website van Ryanair bezoekers van die website kan hebben aangemoedigd om bij Ryanair tickets voor Zweibrücken te kopen toen de reclame pas werd geplaatst of net daarna. Het is daarentegen weinig waarschijnlijk dat het effect van de reclame op bezoekers duurzaam was, of dat de reclame meer dan enkele weken na op de website van Ryanair te zijn geplaatst, nog invloed had op aankopen van vliegtickets. Een reclamecampagne heeft eerder duurzame effecten wanneer de promotieacties plaatsvinden via één of meer media waaraan consumenten frequent worden blootgesteld gedurende een bepaalde periode. Zo kan een reclamecampagne via algemene televisie- en radiokanalen, populaire websites en/of uiteenlopende reclameborden die buiten of in openbare ruimten zijn opgesteld, een duurzaam effect hebben als consumenten regelmatig daaraan worden blootgesteld. Het effect van promotieacties die tot de website van Ryanair beperkt zijn, houdt daarentegen hoogstwaarschijnlijk niet veel langer aan dan de duur van de promotie.
- (356) Het is in feite zeer waarschijnlijk dat de website van Ryanair door de meeste mensen niet vaak genoeg wordt bezocht om reclame voor een bepaalde regio die alleen daar wordt gemaakt, duurzaam in hun visuele geheugen op te slaan. Dit argument wordt goed gestaafd door twee factoren. Om te beginnen was de promotie van de regio van Zweibrücken op de homepage van de website van Ryanair volgens de voorwaarden van de overeenkomst voor marketingdiensten beperkt tot vijf paragrafen onder „Top Five Things To Do” op bij de bestemming Zweibrücken behorende webpagina, de plaatsing gedurende een erge korte termijn (16 dagen) van een eenvoudige link op de homepage van [www.ryanair.com](http://www.ryanair.com) naar een door de deelstaat ter beschikking gestelde website en de plaatsing van twee eenvoudige links op de bij de bestemming Zweibrücken behorende webpagina die ook naar een door de deelstaat ter beschikking gestelde website leidden. Door de aard van de promotieactiviteiten (een eenvoudige link met een beperkte marketingwaarde) en door de beperkte duur zou het effect van die activiteiten na afloop van de promotie ernstig beperkt zijn, vooral omdat die activiteiten tot de website van Ryanair beperkt waren en niet door andere media werden ondersteund. Ten tweede had het grootste deel van de marketingactiviteiten die in de overeenkomst met AMS waren opgenomen, alleen betrekking op de webpagina voor de bestemming Zweibrücken. Het is erg waarschijnlijk dat de meeste mensen die webpagina niet vaak bezoeken; als zij dat doen, is dat waarschijnlijk omdat zij al in die bestemming geïnteresseerd waren.
- (357) Zelfs als de marketingdiensten de passagiersaantallen op de onder de overeenkomst voor marketingdiensten vallende verbindingen deden toenemen gedurende de termijn van dienstverlening, was dit effect na afloop van die termijn of op andere verbindingen hoogstwaarschijnlijk nihil of te verwaarlozen.
- (358) Uit de studies van Ryanair van 17 en 31 januari 2014 volgt ook dat het uiterst onzeker was of er zich voordelen zouden voordoen buiten de onder de overeenkomsten voor marketingdiensten vallende verbindingen, en of voordelen langer zouden duren dan de in de overeenkomst voor marketingdiensten en de overeenkomst voor luchtvaartdiensten vastgestelde termijn voor die verbindingen, en dat een en ander niet kon worden becijferd met een mate van betrouwbaarheid die een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie toereikend zou achten.

- (359) Zo zijn volgens de studie van 17 januari 2014 toekomstige incrementele winsten na de geplande afloop van de overeenkomst voor luchthavendiensten van nature onzeker. In die studie worden daarenboven twee methoden voorgesteld om de positieve effecten van de overeenkomsten voor marketingdiensten vooraf te evalueren: een cashflowbenadering en een kapitalisatiemethode.
- (360) De cashflowbenadering bestaat in een evaluatie van de voordelen van de overeenkomsten voor marketingdiensten en de overeenkomsten voor luchthavendiensten aan de hand van een beoordeling van de toekomstige inkomsten die door de luchthavenexploitant kunnen worden behaald door middel van de marketingdiensten en de overeenkomst voor luchthavendiensten, minus de overeenstemmende kosten. Bij de kapitalisatiemethode wordt de verbetering van het merkimage van de luchthaven dankzij de marketingdiensten behandeld als een immaterieel actief, dat tegen de in de overeenkomst voor marketingdiensten vastgestelde prijs is verworven.
- (361) In de studie wordt echter gewezen op de grote moeilijkheden die met de kapitalisatiemethode gepaard gaan en wordt aangetoond dat de resultaten die aan de hand van die methode worden verkregen, onbetrouwbaar kunnen zijn; de studie suggereert dat de cashflowbenadering beter zou zijn. In de studie wordt met name het volgende vastgesteld:

„Bij de kapitalisatiemethode mag alleen rekening worden gehouden met het deel van de marketinguitgaven dat kan worden toegeschreven aan de immateriële activabasis van een luchthaven. Het kan echter moeilijk zijn om het aandeel te bepalen van de marketinguitgaven dat erop gericht is verwachte toekomstige inkomsten voor de luchthaven te genereren (d.w.z. een investering in de immateriële activabasis van de luchthaven), in tegenstelling tot het genereren van de huidige inkomsten voor de luchthaven.”

In de studie wordt ook het volgende beklemtoond:

„Voor de toepassing van de kapitalisatiemethode moet de gemiddelde periode worden geraamd waarin een luchthaven een klant dankzij de marketingcampagne van AMS kan behouden. In de praktijk zou het erg moeilijk zijn om de gemiddelde periode te ramen waarin een klant dankzij een campagne van AMS kan worden behouden, omdat er onvoldoende gegevens beschikbaar zijn.”

- (362) In de studie van 31 januari 2014 wordt een praktische toepassing van de cashflowbenadering voorgesteld. Volgens die benadering nemen de voordelen van overeenkomsten voor marketingdiensten en overeenkomsten voor luchthavendiensten die zich ook na afloop van de overeenkomst voor marketingdiensten nog laten voelen, de vorm aan van een „eindwaarde” die op de datum van afloop van de overeenkomst wordt berekend. Die eindwaarde wordt berekend op basis van de incrementele winsten die van de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomst voor marketingdiensten tijdens het laatste jaar van toepassing van de overeenkomst voor luchthavendiensten worden verwacht. Die winsten worden in de daaropvolgende periode verlengd met een duur die overeenkomt met die van de overeenkomst voor luchthavendiensten, en worden aangepast om rekening te houden met het groeipercentage van de Europese markt voor luchtvervoer en de waarschijnlijkheidsfactor die moet weergeven in hoeverre de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomst voor marketingdiensten na hun afloop tot de winsten van de luchthaven kunnen bijdragen. Volgens de studie van 31 januari 2014 is het vermogen om duurzame winsten op te leveren, afhankelijk van diverse factoren waaronder een grotere bekendheid en een sterker merk, alsook van netwerkexternaliteiten en terugkerende passagiers, echter zonder dat die factoren verder worden toegelicht. Daarnaast wordt bij deze methode rekening gehouden met een discontovoet die de kapitaalkosten weerspiegelt.
- (363) Als waarschijnlijkheidsfactor wordt in de studie een percentage van 30 % voorgesteld, wat als voorzichtig wordt beschouwd. In deze uiterst theoretische studie wordt echter geen enkele ernstige kwantitatieve of kwalitatieve rechtvaardiging voor deze factor gegeven. In de studie wordt het percentage van 30 % niet gebaseerd op feitelijke elementen met betrekking tot de activiteiten van Ryanair of de markten voor luchtvervoer of luchthavendiensten. Er wordt geen enkel verband gelegd tussen dit percentage en de factoren die terloops worden vermeld (bekendheid, sterk merk, netwerkexternaliteiten en terugkerende passagiers) en die de voordelen van de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomst voor marketingdiensten tot na de einddatum van die overeenkomsten zouden verlengen. Ten slotte berust de studie bij de analyse van de mate waarin de marketingdiensten die factoren zouden kunnen beïnvloeden, in geen enkel opzicht op de specifieke inhoud van de diensten waarin de verschillende overeenkomsten met AMS voorzien.
- (364) Bovendien wordt in de studie niet aangetoond dat de winsten die de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomst voor marketingdiensten tijdens hun laatste geldigheidsjaar voor de luchthavenexploitant hebben opgeleverd, na afloop van die overeenkomsten in de toekomst waarschijnlijk zullen aanhouden. In de studie wordt evenmin gerechtvaardigd dat het groeipercentage van de Europese markt voor luchtvervoer een nuttige indicator is om het effect van een overeenkomst voor luchthavendiensten en een overeenkomst voor marketingdiensten voor een bepaalde luchthaven te meten.
- (365) Een eindwaarde die volgens de door Ryanair voorgestelde methode wordt berekend, zou door een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie dus hoogstwaarschijnlijk niet in aanmerking worden genomen bij zijn beoordeling van de vraag of het wenselijk is een overeenkomst te sluiten.

- (366) De studie van 31 januari 2014 toont dus aan dat een cashflowbenadering net als de kapitalisatiemethode slechts uiterst onzekere en onbetrouwbare resultaten zou opleveren.
- (367) Bovendien heeft Duitsland noch een belanghebbende bewijs verstrekt dat de door Ryanair in de studie van 31 januari 2014 voorgestelde methode of om het even welke andere methode om de winsten na afloop van overeenkomsten voor luchthavendiensten en overeenkomsten voor marketingdiensten te becijferen, met succes is toegepast door regionale luchthavenexploitanten die vergelijkbaar zijn met de exploitant van de luchthaven van Zweibrücken. Duitsland heeft geen opmerkingen gemaakt over de studies van 17 en 31 januari 2014.
- (368) Bovendien is een eindwaarde die volgens de door Ryanair voorgestelde methode wordt berekend, slechts positief (waardoor de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomst voor marketingdiensten winstgevend zouden worden) als de incrementele winst die van die overeenkomsten wordt verwacht, in het laatste jaar van toepassing van de overeenkomst voor luchthavendiensten positief is. Als die winst negatief is, zal de winstgevendheid van de overeenkomsten doorgaans verminderen als de eindwaarde in aanmerking wordt genomen. Hieronder zal worden aangetoond (zie overweging 378 e.v.) dat de overeenkomsten van 2008 negatieve incrementele kasstromen als resultaat hadden.
- (369) Zoals hierboven gezegd (zie overweging 341 e.v.), zijn de marketingdiensten duidelijk gericht op mensen die al van plan zijn gebruik te maken van de onder de overeenkomst voor marketingdiensten vallende verbinding. Als die verbinding na afloop van de overeenkomst voor luchthavendiensten niet wordt voortgezet, is het onwaarschijnlijk dat de marketingdiensten na de datum van afloop nog een positief effect op het aantal passagiers in de luchthaven zullen blijven hebben. Het is voor een luchthavenexploitant erg moeilijk om te beoordelen hoe waarschijnlijk het is dat een luchtvaartmaatschappij een verbinding zal voortzetten na afloop van de termijn waartoe zij zich in de overeenkomst voor luchthavendiensten heeft verbonden. Uit ervaring blijkt met name dat lagekostenmaatschappijen bij het starten en stopzetten van verbindingen zeer snel inspelen op de marktomstandigheden, die vaker wel dan niet erg snel wijzigen. Bij het sluiten van een transactie zoals die welke in deze zaak wordt onderzocht, zou een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie niet ervan uitgaan dat een luchtvaartmaatschappij de exploitatie van de betrokken verbinding voortzet na afloop van de overeenkomst.
- (370) Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het enige voordeel dat een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie van een overeenkomst voor marketingdiensten zou verwachten, en dat hij bij de beoordeling van de vraag of het wenselijk is een dergelijke overeenkomst te sluiten, zou becijferen in combinatie met een overeenkomst voor luchthavendiensten, zou bestaan in een positief effect van de marketingdiensten op het aantal passagiers dat tijdens de in de overeenkomsten vastgestelde exploitatieduur gebruikmaakt van de onder de overeenkomsten vallende verbindingen. De Commissie is van oordeel dat alle andere mogelijke voordelen te onzeker zijn om te worden becijferd en in aanmerking te worden genomen.

c) *Is de luchthaven van Zweibrücken vergelijkbaar met andere Europese luchthavens?*

- (371) Overeenkomstig de nieuwe richtsnoeren voor de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie kan het bestaan van steun aan een luchtvaartmaatschappij die van een bepaalde luchthaven gebruikmaakt, in beginsel worden uitgesloten indien het voor de luchthavendiensten berekende tarief overeenstemt met het markttarief, of indien aan de hand van een analyse vooraf, d.w.z. op basis van op het tijdstip van de toekenning van de steun beschikbare informatie en van de op dat tijdstip te verwachten ontwikkelingen, kan worden aangetoond dat de regeling tussen de luchthaven en de luchtvaartmaatschappij tot een positieve incrementele winstbijdrage voor de luchthaven zal leiden <sup>(96)</sup>. Met betrekking tot de eerste methode (een vergelijking met het „markttarief”) betwijfelt de Commissie dat momenteel een passende benchmark kan worden bepaald om een werkelijk markttarief voor door luchthavens verrichte diensten vast te stellen. Daarom acht de Commissie een analyse vooraf van de incrementele winstgevendheid het meest relevante criterium voor de beoordeling van regelingen die door luchthavens met individuele luchtvaartmaatschappijen worden gesloten <sup>(97)</sup>.
- (372) Opgemerkt zij dat de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie op basis van een gemiddelde prijs op andere soortgelijke markten over het algemeen nuttig kan zijn, op voorwaarde dat die prijs met redelijke zekerheid kan worden bepaald of uit andere marktindicatoren kan worden afgeleid. Deze methode is echter niet relevant voor luchthavendiensten, omdat de kosten- en inkomstenstructuur van luchthavens sterk uiteenloopt. Dit is omdat de kosten en inkomsten afhankelijk van de mate waarin een luchthaven ontwikkeld is, het aantal luchtvaartmaatschappijen dat van de luchthaven gebruikmaakt, de capaciteit van de luchthaven op het gebied van passagiersvluchten, de staat van de infrastructuur en de stand van de investeringen, het regelgevingskader dat van lidstaat tot lidstaat kan verschillen en eventuele schulden of verplichtingen die de luchthaven in het verleden is aangegaan <sup>(98)</sup>.

<sup>(96)</sup> Zie punt 53 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(97)</sup> Zie de punten 59 en 61 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014.

<sup>(98)</sup> Zie voetnoot 94.

- (373) Bovendien wordt elke strikt vergelijkende analyse bemoeilijkt door de liberalisering van de luchtvervoersmarkt. Zoals in deze zaak het geval is, zijn de zakelijke praktijken tussen luchthavens en luchtvaartmaatschappijen niet altijd uitsluitend gebaseerd op een gepubliceerde heffingenlijst. Die zakelijke relaties lopen integendeel sterk uiteen. Ze omvatten een risicodeling op het vlak van de passagiersaantallen en de daarmee gepaard gaande commerciële en financiële verantwoordelijkheden, standaardstimuleringsmechanismen en aanpassingen van de risicospreiding in de loop van de overeenkomsten. Bijgevolg kan de ene transactie eigenlijk niet worden vergeleken met de andere op basis van een prijs per turnaround of per passagier.
- (374) Ten slotte, ook als ervan wordt uitgegaan dat op basis van een geldige vergelijkende analyse zou kunnen worden vastgesteld dat de „prijzen” voor de verschillende transacties waarop deze beoordeling betrekking heeft, gelijk zijn aan of hoger zijn dan de „marktprijzen” die op basis van een steekproef van vergelijkbare transacties zijn vastgesteld, zou de Commissie op basis hiervan niet kunnen concluderen dat deze transacties voldoen aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie als blijkt dat de luchthavenexploitant bij het vaststellen van die prijzen had verwacht dat ze incrementele kosten zouden genereren die hoger waren dan de incrementele inkomsten. Een marktdeelnemer in een markteconomie zal dus niet worden gestimuleerd om producten of diensten tegen „marktprijs” aan te bieden als dit tot een incrementeel verlies zou leiden.
- (375) Gelet op het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat er rekening houdend met alle informatie waarover zij beschikt, geen redenen zijn om af te wijken van de in de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 voorgestelde benadering voor de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie op de relaties tussen luchthavens en luchtvaartmaatschappijen, namelijk een analyse vooraf van de incrementele winstgevendheid.

#### 7.3.1.4. *Beoordeling van de incrementele kosten en inkomsten*

##### **Tijdshorizon**

- (376) Bij de beoordeling van de vraag of het wenselijk is een overeenkomst voor luchthavendiensten en/of een overeenkomst voor marketingdiensten te sluiten, zal een marktdeelnemer in een markteconomie als tijdshorizon voor zijn beoordeling hetzij de duur van de betrokken overeenkomsten, hetzij de in elke individuele overeenkomst vastgestelde duur kiezen. Hij zal met andere woorden de incrementele kosten en inkomsten voor de toepassingsduur van de overeenkomsten beoordelen.
- (377) De keuze voor een langere periode lijkt niet gerechtvaardigd. Op de datum van ondertekening van de overeenkomsten zal een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie er niet op rekenen dat de overeenkomsten na afloop worden hernieuwd, hetzij onder dezelfde hetzij onder andere voorwaarden. Een algemeen voorzichtige marktdeelnemer zou er zich bovendien van bewust zijn dat lagekostenmaatschappijen zoals Ryanair erom bekendstaan dat zij snel inspelen op ontwikkelingen op de markt, zowel bij het starten of stopzetten van verbindingen als bij het verhogen of verlagen van het aantal vluchten.

##### **Beoordeling**

- (378) Duitsland voert aan dat FGAZ/FZG vóór de sluiting van individuele overeenkomsten voor luchthavendiensten met de verschillende luchtvaartmaatschappijen geen voorafgaande businessplannen opstelde. Het heeft uitgelegd dat aangezien het grootste deel van de kosten van de luchthaven als vaste kosten kan worden beschouwd en een uitbreiding van de commerciële activiteiten niet tot significante extra kosten zou leiden, dergelijke voorafgaande businessplannen niet nodig waren.
- (379) Op verzoek van de Commissie heeft Duitsland niettemin een overzicht van de incrementele kosten en inkomsten opgesteld die op het ogenblik waarop de betrokken overeenkomsten werden gesloten, konden worden verwacht. Duitsland heeft gegevens voorbereid voor alle overeenkomsten die in de onderzochte periode met luchtvaartmaatschappijen werden gesloten, dat wil zeggen 2000-2009, die in tabel 8 zijn samengevat.

Tabel 8

#### **Incrementele winstgevendheid van de overeenkomsten met GermanWings, TUIfly en Ryanair**

	Germanwings (overeenkomst 15.9.2006- 15.9.2009)	Germanwings (overeenkomst 30.6.2008- 31.12.2011) (1)	TUIfly (overeenkomst 1.4.2008- 31.3.2011) (2)	Ryanair (overeenkomst 22.9.2008- 21.9.2009) (3)
Verwacht aantal passagiers	[...]	[...]	[...]	[...]
Verwachte extra luchtvaartinkomsten	[...]	[...]	[...]	[...]

	Germanwings (overeenkomst 15.9.2006- 15.9.2009)	Germanwings (overeenkomst 30.6.2008- 31.12.2011) <sup>(1)</sup>	TUIfly (overeenkomst 1.4.2008- 31.3.2011) <sup>(2)</sup>	Ryanair (overeenkomst 22.9.2008- 21.9.2009) <sup>(3)</sup>
Verwachte extra niet-luchtvaartinkomsten	[...]	[...]	[...]	[...]
Verwachte extra kosten	[...]	[...]	[...]	[...]
Kosten marketingondersteuning	[...]	[...]	[...]	[...]
Verwacht nominaal resultaat	[...]	[...]	[...]	[...]
Discontovoet	[...]	[...]	[...]	[...]
Verwacht gedisconteerd resultaat	[...]	[...]	[...]	[...]

<sup>(1)</sup> [...]  
<sup>(2)</sup> [...]  
<sup>(3)</sup> [...]

- (380) Bij de voorbereiding van tabel 8 heeft Duitsland rekening gehouden met de volgende overwegingen:
- De verwachte passagiersaantallen werden afgetrokken van het geplande aantal vluchten per week en geëxtrapoleerd voor de duur van de overeenkomst.
  - De verwachte luchtvaartinkomsten (afhandelings- en landingsgelden, schoonmaken en ontijzen enz.) werden berekend over de duur van de overeenkomst op basis van de voorwaarden die met elke luchtvaartmaatschappij zijn overeengekomen, rekening houdend met de relevante kortingen en stimulansen.
  - De verwachte niet-luchtvaartinkomsten (parkeerheffingen, uitgaven in de luchthaventerminal enz.) werden ook berekend over de duur van de overeenkomst.
  - De verwachte incrementele kosten werden berekend over de duur van de overeenkomst, rekening houdend met de waardevermindering van de investeringen die nodig zijn voor de behandeling van commerciële verbindingen (de nieuwe terminal, nieuwe check-inbalies, parkeerterreinen enz.) alsook extra personeel en materiaalkosten. Alleen de kosten die door elke individuele luchtvaartmaatschappij werden veroorzaakt, werden in aanmerking genomen. Op basis daarvan heeft Duitsland aangevoerd dat de kosten van de nieuwe terminal en de aanwerving van nieuw personeel oorspronkelijk door Germanwings werden veroorzaakt toen die luchtvaartmaatschappij vanuit Zweibrücken begon te vliegen, zodat die kosten grotendeels aan het eerste contract met Germanwings zijn toegewezen.
  - Op verzoek van de Commissie werden de betalingen voor marketingondersteuning aan Ryanair op grond van de overeenkomst tussen de deelstaat en AMS in aanmerking genomen als incrementele kosten van het contract met Ryanair.
  - De discontovoet werd gebaseerd op de discontovoeten van de Duitse Bundesbank vanaf 2008.
- (381) De Commissie stelt vast dat de aanpak die door Duitsland bij de raming van de passagiersaantallen wordt gevolgd, op basis waarvan de verwachte incrementele luchtvaart- en niet-luchtvaartinkomsten worden berekend, degelijk is. Hetzelfde geldt voor de discontovoeten.
- (382) De Commissie stelt voorts vast dat Duitsland het er niet mee eens is dat de langetermijnwinsten niet in aanmerking worden genomen als de incrementele inkomsten alleen over de duur van de overeenkomst worden berekend. In antwoord hierop verwijst de Commissie naar de redenering die zij in de overwegingen 376 en 377 heeft uiteengezet, namelijk dat het inderdaad passend is om alleen de incrementele kosten en inkomsten die over de duur van de overeenkomst zijn gegenereerd, in aanmerking te nemen.
- (383) De Commissie neemt ook nota van het argument van Duitsland dat de overeenkomst voor marketingdiensten niet alleen mag worden geacht kosten te veroorzaken, maar ook moet worden geacht inkomsten te genereren. Duitsland heeft geen enkele methode voorgesteld om de specifieke incrementele inkomsten te evalueren die door de overeenkomst voor marketingdiensten worden gegenereerd buiten de toename van de passagiersaantallen (en dus ook niet-luchtvaartgebonden inkomsten) op de luchthaven. De Commissie heeft hoe dan ook al in

overweging 347 e.v. bepaald dat een marktdeelnemer in een markteconomie bij de evaluatie van de positieve effecten van de overeenkomst voor marketingdiensten alleen de incrementele inkomsten van de luchthaven in aanmerking zou nemen.

- (384) Met betrekking tot met name de incrementele exploitatiekosten moet de Commissie zich baseren op de gegevens die door Duitsland en FGAZ/FZG zijn verstrekt, zolang die redelijk lijken, omdat zij niet in een positie verkeert om die kosten onafhankelijk te ramen. Hetzelfde geldt in beginsel voor de incrementele investeringskosten omdat Duitsland en FGAZ/FZG in een betere positie verkeren om te ramen welke investering rechtstreeks kan worden teruggebracht op een specifieke overeenkomst voor luchthavendiensten. Na de analyse van de door Duitsland verstrekte informatie aanvaardt de Commissie de algemene berekening van de incrementele kosten als redelijk.
- (385) Voorts lijkt het redelijk dat de aanwerving van extra personeel om Germanwings af te handelen en de initiële investeringen in de renovatie van de terminal kunnen worden teruggebracht op de eerste overeenkomst met Germanwings, omdat die overeenkomst de aanleiding was om de commerciële luchtvaart in Zweibrücken sterker te ontwikkelen.

### Conclusie

- (386) Omdat het verwachte gediscoteerde resultaat negatief is voor de eerste overeenkomst met Germanwings, net als voor de overeenkomsten met TUIfly en Ryanair, is de Commissie van oordeel van FGAZ/FZG bij de sluiting van die overeenkomsten niet handelde zoals een marktdeelnemer in een markteconomie. De luchthaven kon niet hebben verwacht om ten minste de incrementele kosten te dekken die door een van die overeenkomsten werden veroorzaakt. Omdat FGAZ/FZG zich niet als een marktdeelnemer in een markteconomie gedroeg, verleende haar besluit om de overeenkomsten onder die voorwaarden te sluiten, een voordeel aan Germanwings, TUIfly en Ryanair.
- (387) Van de tweede overeenkomst met Germanwings kon daarentegen wel worden verwacht dat die tot een positief gediscoteerd resultaat zou leiden. Door die overeenkomst te sluiten heeft FGAZ/FZG dus geen economisch voordeel aan Germanwings verleend.

#### 7.3.1.5. *Selectiviteit*

- (388) Het in overweging 376 e.v. vastgestelde economische voordeel werd op selectieve basis verleend, aangezien alleen luchtvaartmaatschappijen die vanuit de luchthaven van Zweibrücken vlogen, ervan profiteerden.
- (389) In dit verband moet het door Duitsland aangevoerde argument dat de kortingen op luchthavengelden die werden toegekend aan luchtvaartmaatschappijen die vanuit Zweibrücken vlogen, niet selectief waren, van de hand worden gewezen. Duitsland heeft aangevoerd dat de kortingen golden voor alle luchtvaartmaatschappijen die vanuit Zweibrücken wensten te vliegen, waardoor ze niet-selectief zouden worden.
- (390) In antwoord daarop stelt de Commissie om te beginnen vast dat de individuele overeenkomsten die met de luchtvaartmaatschappijen zijn gesloten, afwijken van de tarievenlijst en van elkaar onderling (zie de overwegingen 67 tot en met 72), zodat ze individueel onderhandelde voorwaarden bevatten. Het precieze verleende voordeel zou dus selectief lijken ten aanzien van elke individuele luchtvaartmaatschappij.
- (391) Ten tweede stelt de Commissie echter vast dat zelfs als de tarievenlijst op dezelfde wijze was toegepast voor elke luchtvaartmaatschappij die vanuit Zweibrücken wenst te vliegen, alle op grond daarvan verleende voordelen nog altijd selectief zouden worden geacht. In de zaak Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH heeft advocaat-generaal Mengozzi verklaard dat als de argumentatie van Duitsland zou worden aanvaard, „radicaal wordt ontkend dat de voorwaarden waaronder een openbaar bedrijf zijn diensten aanbiedt als staatssteun worden gekwalificeerd indien deze voorwaarden zonder onderscheid op alle contractpartners van dit bedrijf van toepassing zijn” <sup>(100)</sup>. Daarnaast merkte advocaat-generaal Mengozzi het volgende op:

„Zoals de Commissie mijns inziens terecht heeft opgemerkt, lijkt een dergelijke uitsluiting niet te stroken met de rechtspraak van het Hof, volgens welke ook overheidsmaatregelen die zonder onderscheid betrekking hebben op alle marktdeelnemers van een bepaalde economische sector selectief kunnen zijn, en evenmin met meerdere arresten waarin voordelen als gevolg van de verstrekking van zaken of diensten door openbare (of particuliere) bedrijven voor tarieven of onder voorwaarden die gelijk zijn voor alle marktdeelnemers die een bepaalde activiteit uitoefenen, als selectief zijn aangemerkt.” <sup>(101)</sup>

<sup>(100)</sup> Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 27 juni 2013, Lufthansa/Flughafen Frankfurt-Hahn, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:442, punt 50.

<sup>(101)</sup> Ibidem (interne voetnoten weggelaten). Zie ook ibidem, punten 51 en 52.



### 7.3.1.6. *Vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer*

- (392) Een door de staat toegekende maatregel wordt geacht de mededinging te vervalsen of het risico daartoe in te houden wanneer daarmee de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming ten opzichte van andere, concurrerende ondernemingen wordt versterkt <sup>(102)</sup>. Praktisch gezien wordt een vervalsing van de mededinging dus aangenomen zodra een staat een financieel voordeel verleent aan een onderneming in een geliberaliseerde sector waar er concurrentie is of zou kunnen zijn. In de rechtspraak van de Europese gerechten is vastgesteld dat alle toekenning van steun aan een onderneming die haar activiteiten op de interne markt verricht, het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden <sup>(103)</sup>.
- (393) Sinds de inwerkingtreding van het derde pakket van de liberalisering van het luchtvervoer op 1 januari 1993 <sup>(104)</sup> kunnen luchtvervoerders vrijelijk vluchten op intra-Europese verbindingen exploiteren. Dienaangaande heeft het Hof van Justitie het volgende verklaard:

„[...] wanneer een onderneming werkzaam is in een sector die wordt gekenmerkt door een overtollige productiecapaciteit en waarin de producenten van verschillende lidstaten effectief met elkaar concurreren, [kan] elke steun die deze onderneming van de overheid ontvangt, het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig [...] beïnvloeden en de mededinging [...] vervalsen, voor zover de instandhouding van deze onderneming op de markt de concurrenten belet hun marktaandeel te vergroten en de mogelijkheid om hun export te vergroten verkleint.” <sup>(105)</sup>

- (394) De Commissie heeft vastgesteld dat FGAZ/FZG en de deelstaat Rijnland-Palts aan Germanwings, TUIfly en Ryanair een selectief voordeel hebben verleend. Die luchtvaartmaatschappijen zijn actief op een concurrerende markt die de hele Unie omvat en het voordeel dat zij hebben ontvangen, kan hun concurrentiepositie op die markt verbeteren. In het licht hiervan is de Commissie van oordeel dat het aan Germanwings, TUIfly en Ryanair verleende voordeel de mededinging kan vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

### 7.3.1.7. *Conclusie*

- (395) Om de bovenstaande redenen is de Commissie van oordeel dat Germanwings, TUIfly en Ryanair staatssteun hebben ontvangen, die respectievelijk 1 054 985 EUR, 232 781 EUR en 464 879 EUR bedraagt.

### 7.3.2. VERENIGBAARHEID

- (396) De Commissie merkt op dat Duitsland geen argumenten heeft aangevoerd om aan te tonen dat de steun die aan TUIfly, Germanwings en Ryanair is verleend, verenigbaar is met de interne markt.
- (397) Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie <sup>(106)</sup> herinnert de Commissie eraan dat het de verantwoordelijkheid van Duitsland is de rechtsgrondslag aan te wijzen op grond waarvan een steunmaatregel verenigbaar kan worden verklaard met de interne markt, en aan te tonen dat aan alle voorwaarden is voldaan. In het besluit tot inleiding van de procedure heeft de Commissie Duitsland gevraagd informatie te verstrekken met betrekking tot de vraag of de steun verenigbaar kan worden verklaard op grond van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005. Duitsland heeft echter geen opmerkingen ingediend om aan te tonen dat aan de voorwaarden voor verenigbare aanloopsteun op grond van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 is voldaan. Evenmin hebben belanghebbenden opmerkingen ingediend met argumenten om de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt aan te tonen.
- (398) De Commissie acht het niettemin nuttig om kort te onderzoeken of de betrokken staatssteun als verenigbare aanloopsteun zou kunnen worden beschouwd.

<sup>(102)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 1980, Philip Morris Holland BV/Commissie van de Europese Gemeenschappen, 730/79, ECLI:EU:C:1980:2671, punt 11, en arrest van het Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta e.a./Commissie van de Europese Gemeenschappen, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 tot en met 607/97, T-1/98, T-3/98 tot en met 6/98 en T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, punt 80.

<sup>(103)</sup> Arrest Philip Morris Holland, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1980:2671, punten 11 en 12, en arrest Vlaams Gewest/Commissie van de Europese Gemeenschappen, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:1998:77, punten 48-50.

<sup>(104)</sup> Verordening (EEG) nr. 2407/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen aan luchtvaartmaatschappijen (PB L 240 van 24.8.1992, blz. 1), Verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB L 240 van 24.8.1992, blz. 8), en Verordening (EEG) nr. 2409/92 van de Raad van 23 juli 1992 inzake tarieven voor luchtdiensten (PB L 240 van 24.8.1992, blz. 15).

<sup>(105)</sup> Arrest Italiaanse Republiek/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1991:142, punt 26.

<sup>(106)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1993, Italiaanse Republiek/Commissie, C-364/90, ECLI:EU:C:1993:157, punt 20.

### 7.3.2.1. *Toepasselijk rechtskader*

- (399) Met betrekking tot aanloopsteun is in de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014 het volgende verklaard:

„Wat aanloopsteun voor luchtvaartmaatschappijen betreft, zal de Commissie de in deze richtsnoeren neergelegde beginselen toepassen op alle aangemelde aanloopsteun waarover zij zich vanaf 4 april 2014 moet uitspreken, zelfs wanneer de projecten vóór die datum werden aangemeld. Overeenkomstig de mededeling van de Commissie betreffende de vaststelling van regels voor de beoordeling van onrechtmatig verleende staatssteun, zal de Commissie op onrechtmatige aanloopsteun voor luchtvaartmaatschappijen de regels toepassen die van kracht waren op het ogenblik dat de steun werd toegekend. Zij zal de in deze richtsnoeren neergelegde beginselen dan ook niet toepassen op vóór 4 april 2014 verleende onrechtmatige aanloopsteun voor luchtvaartmaatschappijen.”<sup>(107)</sup>

- (400) In de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 is dan weer het volgende bepaald:

„De verenigbaarheid van [...] aanloopsteun die zonder haar toestemming is verleend en daardoor in strijd is met artikel 108, lid 3, van het Verdrag, wordt door de Commissie getoetst aan de onderhavige richtsnoeren, indien met de steunverlening na de publicatie van de richtsnoeren in het Publicatieblad van de Europese Unie is begonnen.”

- (401) Aangezien de overeenkomsten met Germanwings, TUIfly en Ryanair na de bekendmaking van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 in het Publicatieblad op 9 december 2005 werden gesloten, vormen die richtsnoeren de toepasselijke rechtsgrondslag om te beoordelen of ze verenigbaar zijn met de interne markt.

### 7.3.2.2. *Beoordeling van de verenigbaarheid op grond van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005*

- (402) Omdat de in punt 79 van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 vastgestelde voorwaarden voor verenigbaarheid van aanloopsteun cumulatief zijn, is de Commissie van oordeel dat slechts hoeft te worden aangetoond dat één van die voorwaarden niet vervuld is, om vast te stellen dat de steun aan de luchtvaartmaatschappijen niet verenigbaar is. De Commissie begint haar analyse met de voorwaarde die in punt 79, onder d), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 is vastgesteld.
- (403) In punt 79, onder d), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 wordt onder meer vereist dat het steunbedrag jaarlijks niet meer dan 50 % van de subsidiabele kosten in dat jaar bedraagt en dat de totale steun gemiddeld ten hoogste 30 % van de subsidiabele kosten bedraagt. De subsidiabele kosten worden omschreven als de „bijkomende aanloopkosten in verband met de nieuwe verbinding of frequentie die de luchtvaartmaatschappij op kruissnelheid niet zou kunnen dragen”<sup>(108)</sup>.
- (404) In het besluit tot inleiding van de procedure heeft de Commissie vastgesteld dat in de overeenkomsten met Germanwings, TUIfly en Ryanair geen koppeling wordt gelegd tussen de verleende steun en de subsidiabele kosten. Daarom werd Duitsland gevraagd om nadere gegevens te verstrekken over de relatie tussen de steun en de subsidiabele kosten. Noch Duitsland noch de belanghebbenden die opmerkingen over het besluit tot inleiding van de procedure hebben ingediend, hebben dergelijke informatie verstrekt. In het licht hiervan, en gelet op het feit dat in de overeenkomsten met de betrokken luchtvaartmaatschappijen niet naar de kosten van de luchtvaartmaatschappijen wordt verwezen, laat staan de subsidiabele kosten, is de Commissie van oordeel dat de voorwaarde voor verenigbaarheid die in punt 79, onder d), van de richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005 is vastgesteld, niet vervuld is.
- (405) Concluderend kan de steun aan de luchtvaartmaatschappijen niet worden geacht verenigbaar te zijn als aanloopsteun, aangezien ten minste één van de voorwaarden voor verenigbaarheid niet vervuld is. De staatssteun die aan Germanwings, TUIfly en Ryanair is verleend, vormt dus onrechtmatige en onverenigbare staatssteun die moet worden teruggevorderd.

## 8. TERUGVORDERING

- (406) Overeenkomstig het Verdrag en de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is de Commissie, wanneer zij constateert dat een steunmaatregel onverenigbaar is met de interne markt, bevoegd te besluiten dat de betrokken lidstaat die steunmaatregel moet intrekken of wijzigen<sup>(109)</sup>. Het is eveneens vaste rechtspraak van het Hof dat de verplichting van een staat tot afschaffing van steun die door de Commissie onverenigbaar wordt geacht met de interne markt, is bedoeld om de vroegere toestand te herstellen<sup>(110)</sup>. In dit kader heeft het Hof verklaard dat deze

<sup>(107)</sup> Richtsnoeren luchtvaartsteun van 2014, punt 174.

<sup>(108)</sup> Richtsnoeren luchtvaartsteun van 2005, punt 79, onder e).

<sup>(109)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 1973, Commissie/Duitsland, 70/72, ECLI:EU:C:1973:87, punt 13.

<sup>(110)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, punt 75.

doelstelling wordt bereikt wanneer de ontvanger de middels onrechtmatige steun toegekende bedragen heeft terugbetaald, zodat het voordeel dat de ontvanger heeft behaald ten opzichte van de concurrenten op de markt teniet wordt gedaan en de situatie zoals deze was voor de betaling van de steun is hersteld <sup>(111)</sup>.

- (407) Naar aanleiding van die rechtspraak is in artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad <sup>(112)</sup> het volgende bepaald: „Indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen.”
- (408) De hierboven vermelde staatssteun (zie de overwegingen 282, 297, 318, 320, 395 en 405, rekening houdend met de overwegingen 198 tot en met 200) moet dus aan Duitsland worden terugbetaald, in zoverre die steun is uitbetaald.
- (409) In tabel 9 zijn de terug te vorderen bedragen bij benadering opgenomen.

Tabel 9

**Informatie over de ontvangen, de terug te vorderen en de reeds terugbetaalde steunbedragen bij benadering**

Identiteit van de begunstigde	Totaal ontvangen steunbedrag (in EUR) bij benadering	Totaal terug te vorderen steunbedrag <sup>(1)</sup> (in EUR) bij benadering (hoofdsom)	Totaal reeds terugbetaald bedrag (in EUR)	
			Hoofdsom	Terugvorderingsrente <sup>(2)</sup>
FGAZ/FZG: directe investeringssubsidies				
FGAZ/FZG: kapitaalinjecties				
FGAZ/FZG: 100 %-garantie				
FGAZ/FZG: deelneming cashpool				
Germanwings	1 115 971	1 115 971		
TUIfly	233 002	233 002		
Ryanair/AMS	469 132	469 132		

<sup>(1)</sup> De van FGAZ/FZG terug te vorderen bedragen moeten worden berekend aan de hand van de formule die in artikel 3 is vastgesteld, en kunnen in dit stadium nog niet bij benadering worden bepaald.

<sup>(2)</sup> Omdat de steun in de betrokken periode voortdurend ter beschikking van de luchtvaartmaatschappijen is gesteld, acht de Commissie het aanvaardbaar de laatste dag van de periode waarvoor het steunbedrag werd berekend, vast te stellen als de datum vanaf wanneer de terugvorderingsrente moet worden berekend (bijvoorbeeld 31 december als die periode een kalenderjaar is, of 31 oktober als die periode op 1 januari begint en op 31 oktober eindigt). In dat verband is het zo dat de Commissie, door de laatste dag van de betrokken periode te kiezen, de benadering volgt die het gunstigste is voor de begunstigten.

- (410) Om rekening te houden met het werkelijke voordeel dat de luchtvaartmaatschappij en haar dochterondernemingen op grond van de overeenkomsten hebben ontvangen, kunnen de in tabel 9 opgegeven bedragen worden aangepast, volgens het door Duitsland verstrekte bewijsmateriaal, op basis van i) het verschil tussen enerzijds de werkelijke betalingen zoals die achteraf zijn opgegeven, die door de luchtvaartmaatschappij werden gedaan met betrekking tot de luchthavengelden (met inbegrip van het landingsgeld, de passagiersvergoeding en de grondafhandelingsdiensten op grond van de overeenkomst voor luchthavendiensten), en anderzijds de geraamde kasstromen (vooraf) op deze inkomstenposten (zie tabel 8), en ii) het verschil tussen enerzijds de werkelijke marketingbetalingen zoals die achteraf zijn opgegeven, die aan de luchtvaartmaatschappij of haar dochterondernemingen werden gedaan op grond van de overeenkomsten voor marketingdiensten, en anderzijds de marketingkosten zoals vooraf gepland, overeenstemmend met de in tabel 8 opgenomen bedragen,

<sup>(111)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 1999, België/Commissie, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, punten 64 en 65.

<sup>(112)</sup> Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1).

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

#### Artikel 1

1. De staatssteun die tussen 2000 en 2009 onrechtmatig door Duitsland ten uitvoer is gelegd met schending van artikel 108, lid 3, van het Verdrag ten gunste van Flugplatz GmbH Aeroville Zweibrücken (FGAZ)/Flughafen Zweibrücken GmbH (FZG) door middel van directe investeringssubsidies, jaarlijkse kapitaalinjecties en de kosteloze toekenning van een 100 %-garantie voor een banklening en door FGAZ toe te laten tot deelname aan de cashpool van de deelstaat Rijnland-Palts, is onverenigbaar met de interne markt.
2. De staatssteun die onrechtmatig door Duitsland ten uitvoer is gelegd met schending van artikel 108, lid 3, van het Verdrag ten gunste van Germanwings, TUIfly en Ryanair/Airport Marketing Services door middel van overeenkomsten voor luchthavendiensten en overeenkomsten voor marketingdiensten die op 15 september 2006 (Germanwings), 1 april 2008 (TUIfly) en 22 september 2008/6 oktober 2008 (Ryanair/Airport Marketing Services (AMS)) zijn gesloten, is onverenigbaar met de interne markt.

#### Artikel 2

1. De lening die door Sparkasse Südwestpfalz aan FZG is toegekend, vormt geen staatssteun.
2. De overeenkomst voor luchthavendiensten die op 30 juni 2008 door FZG met Germanwings is gesloten, vormt geen staatssteun.

#### Artikel 3

1. Duitsland vordert de in artikel 1 bedoelde onverenigbare steun van de begunstigen terug.
2. FGAZ en FZG zijn hoofdelijk en solidair gehouden tot terugbetaling van de staatssteun die elk van hen heeft ontvangen.
3. Ryanair en AMS zijn hoofdelijk en solidair gehouden tot terugbetaling van de staatssteun die elk van hen heeft ontvangen.
4. De terug te vorderen bedragen zijn de volgende:
  - a) met betrekking tot de directe investeringssubsidies die door de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF aan FZG zijn toegekend: **20 564 170 EUR**, toegekend tussen 12 december 2000 en 31 december 2009, minus de kosten van de brandweerdiensten en de kosten waarvoor de luchthavenexploitant overeenkomstig § 8, lid 3, van de *Luftsicherheitsgesetz* recht op terugbetaling heeft, in zoverre ze door de directe investeringssubsidies werden gedekt;
  - b) met betrekking tot de jaarlijkse kapitaalinjecties die door de deelstaat Rijnland-Palts en ZEF aan FZG zijn toegekend: **26 629 000 EUR**, toegekend tussen 2000 en 2009, minus de kosten van de brandweerdiensten en de kosten waarvoor de luchthavenexploitant overeenkomstig § 8, lid 3, van de *Luftsicherheitsgesetz* recht op terugbetaling heeft, in zoverre ze door de jaarlijkse kapitaalinjecties werden gedekt, en minus die bedragen die vóór 12 december 2000 werden toegekend;
  - c) met betrekking tot de 100 %-garantie die door de deelstaat Rijnland-Palts ten gunste van FZG is toegekend: het kasequivalent van de waarde van de garantie, te bepalen overeenkomstig de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties;
  - d) met betrekking tot de deelname van FGAZ aan de cashpool van de deelstaat Rijnland-Palts: het kasequivalent van de voordelige leningvoorwaarden, te bepalen overeenkomstig de mededeling van de Commissie van 12 december 2007 over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld, minus alle voordelen die op de leningen werden ontvangen die werden gebruikt om de kosten van de brandweerdiensten te dekken en de kosten waarvoor de luchthavenexploitant overeenkomstig § 8, lid 3, van de *Luftsicherheitsgesetz* recht op terugbetaling heeft;
  - e) met betrekking tot de overeenkomst voor luchthavendiensten die op 15 september 2006 tussen Germanwings en FZG werd gesloten: het bedrag van de onverenigbare steun;
  - f) met betrekking tot de overeenkomst voor luchthavendiensten die op 1 april 2008 tussen TUIfly en FZG werd gesloten: het bedrag van de onverenigbare steun;
  - g) met betrekking tot de overeenkomst voor luchthavendiensten en de overeenkomst voor marketingdiensten die op 22 september 2008 tussen Ryanair en FZG en op 6 oktober 2008 tussen AMS en de deelstaat Rijnland-Palts werden gesloten: het bedrag van de onverenigbare steun.

5. De terug te vorderen bedragen omvatten rente vanaf de datum waarop ze de begunstigden ter beschikking zijn gesteld, tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.
6. Duitsland deelt de precieze data mee waarop de door de staat toegekende steun ter beschikking van de respectieve begunstigden werd gesteld.
7. De rente wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie <sup>(113)</sup>.
8. Duitsland schorst alle uitstaande betalingen van de in artikel 1 bedoelde steun vanaf de datum waarop dit besluit is vastgesteld.

#### Artikel 4

1. De terugvordering van de in artikel 1 bedoelde steun geschiedt onverwijld en daadwerkelijk.
2. Duitsland zorgt ervoor dat dit besluit binnen vier maanden na kennisgeving ervan ten uitvoer wordt gelegd.

#### Artikel 5

1. Binnen twee maanden na kennisgeving van dit besluit dient Duitsland de volgende informatie in:
  - a) het totale bedrag van steun dat door de begunstigden is ontvangen, en met name:
    - i) het bedrag van de directe investeringssubsidies, de kapitaalinjecties en het kasequivalent van de voordelige leningen dat de kosten van de brandweerdiensten en de kosten waarvoor de luchthavenexploitant op grond van § 8, lid 3, van de *Luftsicherheitsgesetz* recht op terugbetaling heeft, dekte;
    - ii) informatie over de kredietwaardigheid van FGAZ/FZG toen de 100 %-garantie werd afgegeven en telkens wanneer een lening uit de cashpool werd verstrekt, zodat de Commissie het kasequivalent van de garantie en de voordelige voorwaarden van de cashpool leningen kan bepalen overeenkomstig de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties respectievelijk de mededeling van de Commissie van 12 december 2007 over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld;
  - b) het totale van elke begunstigde terug te vorderen bedrag (hoofdsom en terugvorderingsrente);
  - c) een gedetailleerde beschrijving van de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen;
  - d) documenten waaruit blijkt dat de begunstigden zijn gelast de steun terug te betalen.
2. Duitsland houdt de Commissie op de hoogte van de vooruitgang die bij de nationale maatregelen ter uitvoering van dit besluit wordt gemaakt, totdat de in artikel 1 bedoelde steun volledig is teruggevorderd. Het verstrekt, op eenvoudig verzoek van de Commissie, onverwijld alle inlichtingen over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen. Het verstrekt eveneens gedetailleerde informatie over de reeds van de begunstigden teruggevorderde steunbedragen en terugvorderingsrente.

#### Artikel 6

Dit besluit is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 1 oktober 2014.

Voor de Commissie  
Joaquín ALMUNIA  
Vicevoorzitter

---

<sup>(113)</sup> Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1).

**BESLUIT (EU) 2016/153 VAN DE COMMISSIE****van 2 juli 2015****betreffende de staatssteun SA.31883 — 2015/N, 2011/C die Oostenrijk heeft verleend aan Österreichische Volksbanken-AG en het Volksbanken-Verbund en voornemens is te verlenen en tot wijziging van Besluit 2013/298/EU***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2015) 4635)***(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig de genoemde artikelen te hebben verzocht hun opmerkingen kenbaar te maken <sup>(1)</sup>,

Overwegende hetgeen volgt:

**1. PROCEDURE**

- (1) Op 9 december 2008 <sup>(2)</sup> (hierna „besluit van 2008” genoemd) heeft de Commissie de Oostenrijkse steunregeling voor banken goedgekeurd, die vervolgens vier maal werd verlengd <sup>(3)</sup> en uiteindelijk op 30 juni 2011 is afgelopen.
- (2) In april 2009 heeft de Österreichische Volksbanken-AG (hierna „ÖVAG” genoemd) in het kader van de Oostenrijkse steunregeling voor banken een kapitaalinjectie van 1 miljard EUR gekregen. Bovendien heeft zij in het kader van de steunregeling op 9 februari, 18 maart en 14 september 2009 drie schuldemissies met overheids-garantie voor telkens 1 miljard EUR geplaatst. Oostenrijk heeft deze steun toegekend vanuit de aanname dat ÖVAG een gezonde financiële instelling is en heeft op 29 september 2009 een levensvatbaarheidsplan ingediend.
- (3) Bij de toetsing van de steunmaatregel aan de staatssteunregels kwam de Commissie evenwel tot de conclusie dat de bank volgens de criteria die zijn opgenomen in de bijlage bij de mededeling van de Commissie — De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperking van steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingsverstoringen <sup>(4)</sup> (hierna „herkapitalisatiemededeling” genoemd) — op het moment van de kapitaalinjectie in de zin van deze mededeling niet als gezond kon worden beschouwd. Hoewel Oostenrijk ÖVAG als een gezonde bank bleef beschouwen, legde het niettemin op 2 november 2010 een herstructureringsplan voor ÖVAG voor.
- (4) Bij schrijven van 9 december 2011 <sup>(5)</sup> stelde de Commissie Oostenrijk in kennis van haar besluit om de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna „VWEU” genoemd) in te leiden naar aanleiding van de kapitaalinjectie van 1 miljard EUR en de garantie van 3 miljard EUR van Oostenrijk aan ÖVAG en verzocht zij Oostenrijk een gewijzigd herstructureringsplan in te dienen, waarvan de definitieve versie op 4 september 2012 is voorgelegd (hierna „herstructureringsplan van 2012” genoemd).

<sup>(1)</sup> PB C 46 van 17.2.2012, blz. 3.

<sup>(2)</sup> Besluit van de Commissie van 9 december 2008 betreffende steunmaatregel N 557/2008 — Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitäts- und dem Interbankmarktstärkungsgesetz für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen in Österreich (PB C 3 van 8.1.2009, blz. 2).

<sup>(3)</sup> De eerste verlenging van de steunregeling, met inbegrip van bepaalde wijzigingen, werd op 30 juni 2009 goedgekeurd (PB C 172 van 24.7.2009, blz. 4), de tweede op 17 december 2009 (PB C 28 van 4.2.2010, blz. 6), de derde op 25 juni 2010 (PB C 250 van 17.9.2010, blz. 4) en de vierde op 16 december 2010 (PB C 20 van 21.1.2011, blz. 3).

<sup>(4)</sup> Zie punt 13 en de bijlage bij de mededeling van de Commissie (PB C 10 van 15.1.2009, blz. 2).

<sup>(5)</sup> Besluit van de Commissie van 9 december 2011 betreffende steunmaatregel SA.31883 (2011/C) (ex N 516/2010) — Herstructurering van Österreichische Volksbanken-AG (PB C 46 van 17.2.2012, blz. 3).

- (5) Op 19 september 2012 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure afgerond met een besluit (2013/298/EU) (hierna „besluit van 2012” genoemd) waarmee zij de herstructureringssteun voor ÖVAG verenigbaar verklaart met de interne markt, met inbegrip van de in overweging 2 van dit besluit genoemde maatregelen, de kapitaalinjectie van 250 miljoen EUR in de vorm van gewone aandelen en een activagarantie, waardoor het kapitaal met 100 miljoen EUR werd verhoogd. <sup>(1)</sup> Dit besluit is genomen op basis van het herstructureringsplan van 2012 en de lijst met toezeggingen in de bijlage bij het besluit van 2012 (hierna „lijst met toezeggingen van 2012” genoemd).
- (6) Het besluit van 2012 is gebaseerd op de herstructurering van het Volksbanken-Verbund in Oostenrijk (hierna „Verbund” genoemd) als vereniging met gezamenlijke aansprakelijkheid (Haftungsgemeinschaft). Deze vereniging bestond uit 51 onafhankelijke primaire banken en ÖVAG. Terwijl de primaire banken ten aanzien van ÖVAG slechts beperkt aansprakelijk waren, was ÖVAG in haar functie als centrale instelling van het Verbund aansprakelijk voor alle verplichtingen van het Verbund. <sup>(2)</sup>
- (7) Uit de door de Europese Centrale Bank en de Europese Bankautoriteit uitgevoerde uitgebreide beoordeling (hierna de „uitgebreide beoordeling van de ECB en de EBA” genoemd), waarvan de resultaten op 26 oktober 2014 werden gepubliceerd, is gebleken dat zowel in het basis- als in het stressscenario op het niveau van het Verbund (met ÖVAG) bij het tier 1-kernkapitaal (hierna „CET1” genoemd) sprake is van een kapitaaltekort.
- (8) Oostenrijk heeft officieel verklaard dat het geen extra middelen meer ter beschikking zou stellen van het Verbund. De maatregelen die het Verbund indertijd overwoog om het kapitaaltekort te verhelpen (met name de afstoting van alle dochterbedrijven die niet tot de kernactiviteit behoren en een verdere vermindering van de risicogewogen activa (risk weighted assets, hierna „RWA” genoemd), hadden op zich niet volstaan om het kapitaaltekort binnen de door het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme (Single Supervisory Mechanism, hierna „SSM” genoemd) opgelegde termijn weg te werken.
- (9) Op 23 december 2014 vond een buitengewone algemene vergadering van ÖVAG plaats, waarop is besloten de procedure in te leiden om ÖVAG af te wikkelen als liquidatie-entiteit (Abbaugesellschaft), onder voorbehoud van goedkeuring door de nationale regelgevende instanties, het SSM en de Commissie. De kerntaken van ÖVAG als centrale instelling van het Verbund zouden op grond van het herstructureringsplan (hierna „nieuw herstructureringsplan” genoemd) dat een verliesdelingsovereenkomst inhoudt, worden overgeheveld naar een van de primaire banken.
- (10) Het nieuwe herstructureringsplan wijkt sterk af van het herstructureringsplan van 2012 en vereist een wijzigingsbesluit van de Commissie.
- (11) Van oktober 2014 tot juni 2015 hebben de Commissie, Oostenrijk, het SSM en het Verbund het nieuwe herstructureringsplan schriftelijk en door middel van teleconferenties besproken. Op 18 december 2014 is de Commissie samengekomen met vertegenwoordigers van ÖVAG en Oostenrijk en op 7 mei 2015 met vertegenwoordigers van het Verbund.
- (12) Op 28 mei 2015 heeft de aandeelhoudersvergadering van ÖVAG haar goedkeuring gegeven aan de overheveling van de centrale functies van ÖVAG aan de Volksbank Wien-Baden (hierna „VBWB” genoemd) en heeft zij voor de resterende functies de oprichting goedgekeurd van een liquidatie-entiteit overeenkomstig § 162 van de Oostenrijkse wet betreffende het herstel en de afwikkeling van banken (Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken, hierna „BaSAG” genoemd).
- (13) Op 29 mei 2015 heeft de aandeelhoudersvergadering van VBWB haar goedkeuring gegeven aan de overheveling van de centrale functies van ÖVAG en aan een kapitaalverhoging van 113 miljoen EUR.
- (14) Eveneens op 29 mei 2015 hebben de regionale banken, die 97,83 % van de RWA van het Verbund vertegenwoordigen, de Verbund-overeenkomst en de samenwerkingsovereenkomst ondertekend.
- (15) Op 23 juni 2015 heeft het Verbund de definitieve versie van het nieuwe herstructureringsplan ingediend.
- (16) Op 25 juni 2015 heeft Oostenrijk een lijst met toezeggingen ingediend die in de bijlage bij dit besluit is opgenomen.
- (17) Aangezien dit besluit is vastgesteld op basis van de bevoegdheden van de Commissie betreffende staatssteun, blijven eventuele in het kader van de concentratiecontrole geldende verplichtingen voor de bij deze transactie betrokken partijen onverlet.

<sup>(1)</sup> Besluit 2013/298/EU van de Commissie van 19 september 2012 betreffende de staatssteun SA.31883 (2011/C) (ex N 516/2010) die Oostenrijk heeft verleend en voornemens is te verlenen aan Österreichische Volksbanken-AG (PB L 168 van 20.6.2013, blz. 30).

<sup>(2)</sup> Het Verbund wordt vanaf overweging 18 uitgebreider beschreven.

## 2. UITVOERIGE BESCHRIJVING VAN DE GENOMEN EN NOG TE NEMEN MAATREGELLEN

### 2.1. DE BEGUNSTIGDE INSTELLING EN HAAR MOEILIJKHEDEN

- (18) Het Verbund bestaat thans uit: i) 51 juridisch zelfstandige primaire banken (41 regionale coöperatieve banken, vijf speciale banken, vier kredietverenigingen en een bouwspaarkas), ii) de centrale instelling ÖVAG, en iii) het wettelijke depositogarantiestelsel Volksbank Haftungsgenossenschaft eG. ÖVAG is de centrale instelling van het Verbund en levert in die hoedanigheid diensten aan de primaire banken in de vorm van centraal beheer en liquiditeitsbeheer. De primaire banken zijn kleine banken (balanstotaal tussen 65 miljoen EUR en 3 600 miljoen EUR) die op lokaal en regionaal niveau bancaire diensten verlenen aan particulieren en bedrijven.
- (19) Het Verbund heeft in Oostenrijk een marktaandeel van circa 6 % en telt ongeveer 900 000 particuliere cliënten en 80 000 bedrijfscliënten. De primaire banken hebben meer dan 500 filialen met 4 900 werknemers. De totale vorderingen op cliënten bedragen 30 miljard EUR, de totale schulden aan cliënten ongeveer 27 miljard EUR.
- (20) De leden van het Verbund zijn verenigd in een verliesdelingsovereenkomst en een liquiditeitspool (gereguleerde liquiditeitsoverdracht) op basis van een Verbund-overeenkomst. In het huidige systeem is de centrale instelling (ÖVAG) onbeperkt aansprakelijk voor de primaire banken, terwijl de primaire banken aansprakelijk zijn voor de centrale instelling voor zover de eigenvermogenratio van een primaire bank hierdoor niet onder de wettelijke minimumkapitaalvereisten zakt.
- (21) Op dit moment is ÖVAG voor 51,6 % in handen van de primaire banken, meer bepaald via hun participatieonderneming Volksbanken Holding. De Oostenrijkse staat heeft 43,3 % van ÖVAG in handen. Andere belangrijke aandeelhouders zijn DZ Bank AG (3,8 %) en Raiffeisen Zentralbank (0,9 %); 0,4 % is in handen van andere aandeelhouders.
- (22) De belangrijkste geografische markt van het Verbund is Oostenrijk. Daarnaast was ÖVAG nog actief in een aantal Midden- en Oost-Europese landen, zij het dat de marktaandelen van de bank in deze landen gering waren, met uitzondering van Roemenië.
- (23) De problemen van ÖVAG hadden velerlei oorzaken: de activiteiten van de bank in Midden- en Oost-Europese landen via haar bij VB International AG (hierna „VBI” genoemd) ondergebrachte retaildochterondernemingen, activiteiten op het gebied van financiering van gemeenten en infrastructuur, vastgoedactiviteiten, een beleggingsportefeuille die onder meer door Lehman Brothers en IJslandse banken uitgegeven instrumenten bevatte, en de afhankelijkheid van herfinancieringen op de interbancaire markt<sup>(1)</sup>. Deze factoren leidden vanaf 2008 tot aanzienlijke verliezen voor ÖVAG en in 2009 tot Oostenrijkse steunmaatregelen<sup>(2)</sup>. Op de grote verliezen in 2011 volgden verdere steunmaatregelen<sup>(3)</sup>. Ondanks de herstructureringsinspanningen van 2014 bleek na de uitgebreide beoordeling door de ECB en de EBA in 2014 nog een kapitaaltekort te bestaan op het niveau van het Verbund (inclusief ÖVAG) dat vooral te wijten was aan risico's en tekortkomingen van ÖVAG<sup>(4)</sup>.

### 2.2. DE STEUNMAATREGELLEN VAN 2009 EN DE DAAROPVOLGENDE HERSTRUCTURERING

#### Steunmaatregelen

- (24) In april 2009 tekende Oostenrijk in op participatiebewijzen (Partizipationsscheine) van ÖVAG ten bedrage van 1 miljard EUR (hierna de „kapitaalinjectie van 2009” genoemd). Met deze participatiebewijzen verwierf de staat geen stemrechten, maar wel een preferente coupon en een conversierecht. De participatiebewijzen waren onbeperkt geldig en werden als tier 1-kapitaal (kernkapitaal) geboekt. Zij compenseren eventuele verliezen in verhouding tot het hele verliesabsorberende kapitaal. ÖVAG had het recht de participatiebewijzen te allen tijde geheel of in tranches terug te betalen. De staat had het recht om de participatiebewijzen om te zetten in gewone aandelen in ÖVAG, maar heeft van dat recht geen gebruikgemaakt.
- (25) Bovendien ontving ÖVAG overheidsgaranties in het kader van de Oostenrijkse steunregeling voor banken en heeft de bank in 2009 voor een bedrag van 3 miljard EUR schuldemissies met overheidsgarantie geplaatst die in 2012 en 2013 zijn vervallen.

<sup>(1)</sup> Zie overwegingen 13 en 14 van het besluit van 2012.

<sup>(2)</sup> Zie overwegingen 24 en 25.

<sup>(3)</sup> Zie overwegingen 27 tot en met 30 en het besluit van 2012 voor meer details.

<sup>(4)</sup> Dit kapitaaltekort wordt nader toegelicht in overweging 33.



### Herstructurering

- (26) ÖVAG had reeds in 2009 een herstructureringsproces aangevat, onder meer met de bedoeling om de activiteiten af te splitsen die de problemen van de kredietinstelling grotendeels hadden veroorzaakt. Bepaalde risico's uit de oude portefeuille brachten de bank echter in 2011 opnieuw in moeilijkheden. Het betrof meer bepaald de volgende risico's:
- verliezen van de VBI-dochterondernemingen en correcties van de waarde van deze ondernemingen op de balans van ÖVAG ten belope van in totaal 380 miljoen EUR;
  - waardecorrecties voor 300 miljoen EUR op investeringen van ÖVAG in landen die het hardst door de staatschuldencrisis zijn getroffen;
  - een afschrijving van 142 miljoen EUR van het resterende nog in Kommunalkredit aangehouden participatiekapitaal van ÖVAG;
  - een neerwaartse correctie van de boekwaarde van Investkredit (hierna „IK” genoemd) van 323 miljoen EUR in het kader van de fusie met ÖVAG.

### 2.3. DE STEUNMAATREGELEN VAN 2012 EN DE DAAROPVOLGENDE HERSTRUCTURERING

#### Steunmaatregelen

- (27) De omvang van de verliezen van ÖVAG in 2011 maakte verdere steunmaatregelen noodzakelijk, meer bepaald een kapitaalinjectie van de overheid van 250 miljoen EUR in de vorm van gewone aandelen (hierna de „kapitaalinjectie van 2012” genoemd) en de toekenning van een activagarantie.
- (28) De kapitaalinjectie van 2012 gebeurde in twee stappen. Eerst werd het kapitaal van de bank met 70 % verminderd om de gecumuleerde verliezen te compenseren. Met deze kapitaalvermindering werden ook de door Oostenrijk in 2009 ingebrachte participatiebewijzen pro rata verlaagd, zodat de staat nog voor slechts 300 miljoen EUR participatiekapitaal in ÖVAG overhield. Vervolgens ontving ÖVAG voor in totaal 484 miljoen EUR nieuw kapitaal, waarvan 250 miljoen EUR van Oostenrijk en de rest van de Volksbanken Holding. De prijs per aandeel bedroeg 2,181 EUR.
- (29) Hierdoor nam het overheidsaandeel in ÖVAG toe tot 43,4 %. De overheid is hiermee de grootste aandeelhouder na de Volksbanken Holding (op dat moment 50,2 %). De andere aandeelhouders die niet aan de kapitaalinjectie deelnamen, zagen hun aandelen verwateren tot de volgende waarden: DZ-Bank: 3,8 %, ERGO: 1,5 %, RZB: 0,9 %, geparcelleerd bezit: 0,1 %.
- (30) Door de activagarantie waarmee verliezen in de verzekerde portefeuille van de noodlijdende kredieten werden gedekt, werd het kapitaal van ÖVAG met 100 miljoen EUR verhoogd. ÖVAG kan deze garantie slechts gebruiken onder specifieke voorwaarden die op 31 december 2015 worden getoetst <sup>(1)</sup>. De activagarantie wordt tegen 10 % per jaar (d.w.z. als kapitaalinjectie) vergoed en verstrijkt op 1 januari 2016.

#### Herstructurering

- (31) In het kader van de steunmaatregelen van 2012 herzag ÖVAG haar oorspronkelijke herstructureringsplan en besloot daarop een meer doorgedreven herstructurering uit te voeren. De maatregelen werden in het besluit van 2012 goedgekeurd. Het herstructureringsplan van 2012 waarop het besluit van 2012 is gebaseerd, voorzag onder meer in de volgende punten:
- ÖVAG creëerde een intern liquidatievehikel, waarin bepaalde activa, het zogenaamde niet-kernsegment, moesten worden geliquideerd;
  - het balanstotaal en de risicogewogen activa (RWA) van ÖVAG moesten op 31 december 2017 zijn verminderd van 18,4 miljard EUR tot 10,1 miljard EUR. Het grootste deel van die daling moest in het niet-kernsegment plaatsvinden, terwijl het balanstotaal en de RWA van het kernsegment slechts licht dienden te krimpen (streefwaarden van respectievelijk 5,4 miljard EUR en 4,5 miljard EUR op 31 december 2017);
  - ÖVAG moest in het kernsegment alleen nog haar taken als centrale instelling van het Verbund vervullen en producten en diensten aanbieden aan de primaire banken en hun cliënten. ÖVAG mocht voor eigen rekening geen krediettransacties meer verrichten met derden;

<sup>(1)</sup> Zie overwegingen 24 tot en met 29 van het besluit van 2012 voor meer details.

- d) ÖVAG moest zich terugtrekken uit een aantal activiteiten, met name op het gebied van hernieuwbare energie en vastgoedfinanciering (Modellfinanzierung);
  - e) ÖVAG moest zijn aandelen in de ondernemingen VBLI, Malta/IK Malta Volksbank, Volksbank Romania en RZB verkopen aan partijen die losstaan van het Verbund en Oostenrijk;
  - f) de vennoten DZ Bank, Ergo Gruppe en RZB moesten bepaalde maatregelen nemen ter versterking van het eigen vermogen van ÖVAG;
  - g) ÖVAG mocht tot aan het einde van de herstructureringsperiode op 31 december 2017 geen acquisities meer uitvoeren, geen dividenden meer uitkeren, geen prijsleiderschap meer bekleden in het onlinebankieren (Live Bank), niet adverteren met de steunmaatregelen en moest zijn managers volgens bepaalde regels verlonen;
  - h) ÖVAG verplichtte zich ertoe het resterende participatiekapitaal van de overheid ten bedrage van 300 miljoen EUR tot 31 december 2017 volledig terug te betalen, waarbij ten minste 150 miljoen EUR al medio 2017 moet zijn terugbetaald. De primaire banken moesten bijdragen aan de terugbetaling van de steun, voor zover de wettelijke minimumkapitaaleisen dat mogelijk maakten.
- (32) In de periode 2012-2014 is ÖVAG erin geslaagd haar balanstotaal en RWA zowel in het niet-kernsegment als in het kernsegment sneller af te bouwen dan in het besluit van 2012 was vastgelegd. Op 31 december 2014 bedroeg het balanstotaal van ÖVAG 15,1 miljard EUR, de RWA 8,7 miljard EUR en de tier 1-kapitaalratio 6,21 %.

#### 2.4. DE UITGEBREIDE BEOORDELING DOOR DE ECB EN DE EBA

- (33) In 2014 voerden de Europese Centrale Bank (ECB) en de Europese Bankautoriteit (EBA) een uitgebreide beoordeling uit, waarbij de kwaliteit van de balansen en de financiële veerkracht van 130 van de grootste banken in de eurozone werden getoetst. De resultaten van deze uitgebreide beoordeling werden op 26 oktober 2014 gepubliceerd. In overeenstemming met artikel 10 van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad<sup>(1)</sup> en artikel 30 van de Oostenrijkse bankwet werd het Verbund op geconsolideerde basis (met ÖVAG) doorgelicht<sup>(2)</sup>. Het Verbund was een van de 25 banken die niet voldeden aan de minimumkapitaalvereisten in de onderzochte scenario's. Zo bedroeg de CET1-ratio van het Verbund voor het jaar 2016 in het basisscenario 7,2 % (drempel: 8 %) en in het stressscenario 2,1 % (drempel: 5,5 %). Het maximale verschil tussen testresultaat en drempelwaarde komt neer op een behoefte aan aanvullend CET1-kapitaal van 865 miljoen EUR.
- (34) De ECB heeft het Verbund tijd gegeven tot 26 juli 2015 om in dat kapitaal te voorzien en een CET1-ratio van 14,63 % te bereiken.

#### 2.5. HET NIEUW AANGEMELDE HERSTRUCTURERINGSPLAN VAN 2015

- (35) Wegens de bovengenoemde problemen heeft het Verbund met instemming van Oostenrijk een ingrijpende transformatie doorgevoerd. Dit herstructureringsplan berust op de volgende basisbeginselen:
- a) de functie van centrale instelling wordt van ÖVAG naar VBWB overgeheveld;
  - b) na de afsplitsing van deze functie wordt ÖVAG uit het Verbund gedeconsolideerd;
  - c) het gedeconsolideerde ÖVAG wordt afgewikkeld en geeft haar banklicentie af, waardoor ÖVAG niet langer dient te voldoen aan de kapitaalvereisten voor banken;
  - d) de 51 primaire banken van het Verbund worden samengesmolten tot tien grotere instellingen en werken nauwer samen dan voordien;
  - e) voortaan zijn de primaire banken onbeperkt aansprakelijk voor verplichtingen van het Verbund of de centrale instelling. Vroeger was dit enkel het geval voor zover zij voldeden aan de wettelijke minimumkapitaalvereisten.

<sup>(1)</sup> Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PB L 176 van 27.6.2013, blz. 1).

<sup>(2)</sup> Oostenrijkse bankwet (Bankwesengesetz, hierna „BWG” genoemd).

- (36) Dankzij de maatregelen in het transformatieplan, met name de afwikkeling van ÖVAG met teruggave van de banklicentie en de deconsolidatie, kan het Verbund onmiddellijk een CET1-ratio van [9-11] (\*) % bereiken. Daarnaast heeft het Verbund ook aanvullende maatregelen getroffen om eigen vermogen vrij te maken. Deze omvatten onder andere het verminderen van blootstellingen in de sector bedrijven en vastgoed (gecumuleerd CET1-effect van januari 2014 tot december 2017 van [100-200] miljoen EUR), de afstoting van productondernemingen ([100-200] miljoen EUR) en de verkoop van effecten ([50-100] miljoen EUR). Door die maatregelen komt tegen eind 2017 voor slechts [450-550] miljoen EUR eigen vermogen vrij, wat niet volstaat om het kapitaaltekort van 865 miljoen EUR te dekken.

#### **Overheveling van de functie van centrale instelling**

- (37) VBWB neemt de functie van centrale instelling van het Verbund over van ÖVAG. De voor deze functie noodzakelijke activa worden samen met de overeenstemmende passiva door ÖVAG op 30 juni 2015 met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2015 aan VBWB overgedragen. In totaal wordt voor telkens bijna 8,6 miljard EUR activa en passiva overgeheveld. Dit bedrag heeft betrekking op alle in het besluit van 2012 aan het kernsegment toegerekende activiteiten, met uitzondering van drie kleinere deelnemingen (VB Factoring, VB Mobilienleasing en VB Investments) die in ÖVAG blijven en minder dan 10 % van het totaalbedrag vertegenwoordigen.

#### **Deconsolidatie en afwikkeling van ÖVAG**

- (38) Na de overheveling van de functie van centrale instelling en van de desbetreffende activa en passiva begint op 4 juli 2015 het afwikkelingsproces en wordt ÖVAG tot een liquidatie-entiteit overeenkomstig § 162 BaSAG omgevormd. De naam van de instelling wordt gewijzigd in immigon portfolioabbau ag (hierna „Immigon” genoemd). De resterende activa ten bedrage van 7,4 miljard EUR worden tot 31 december 2017 afgewikkeld. Zij omvatten alle in het besluit van 2012 aan het niet-kernsegment toegerekende activiteiten, alsook de in overweging 37 genoemde deelnemingen in VB Factoring, VB Mobilienleasing en VB Investments.
- (39) Volgens de huidige planning volstaan de opbrengsten uit de afwikkeling om de resterende verplichtingen volledig na te komen. Het eigen vermogen van ÖVAG en het participatiekapitaal worden bij de afwikkeling met 96,65 % verminderd. Ook het resterende participatiekapitaal van de overheid van 300 miljoen EUR wordt verminderd.
- (40) De bestaande activagarantie blijft bij ÖVAG/Immigon, zij het met wijzigingen. Krachtens de huidige regeling moeten alle voor een vordering in aanmerking komende activa op 31 december 2015 zijn aangemeld. Alle hieruit voortvloeiende vorderingen worden dan tot 31 juli 2016 voldaan. In de gewijzigde overeenkomst blijft 31 december 2015 de einddatum voor het aanmelden van vorderingen. Er kan echter op elk moment tussen 31 december 2015 en het einde van de afwikkelingsperiode in 2017 om betaling van deze vorderingen worden verzocht. Tegelijkertijd wordt de drempel verlaagd, onder welke ÖVAG/Immigon om de betaling van de vorderingen kan verzoeken, namelijk van een kernkapitaalratio (CET) van 10 % tot een eigenvermogensaandeel van 0, d.w.z. dat vorderingen uit de garantie enkel kunnen worden betaald indien ÖVAG/Immigon door het afwikkelingsproces insolvent zou worden. De garantievergoeding bedraagt ook tijdens de verlengde afwikkelingsperiode 10 % per jaar.
- (41) Om het positieve kapitaaleffect van deze transformatie mogelijk te maken, moet het Verbund twee belangrijke maatregelen treffen:
- a) de teruggave van de banklicentie door ÖVAG/Immigon om de onderneming vrij te stellen van de geldende kapitaalvereisten voor zelfstandige banken;
  - b) de deconsolidatie van ÖVAG/Immigon uit het Verbund, zodat het Verbund niet op geconsolideerde basis aan de kapitaalvereisten voor ÖVAG/Immigon moet voldoen.
- (42) Op 10 december 2014 heeft ÖVAG een overeenkomst getekend met de Roemeense bank Banca Transilvania betreffende de verkoop van haar belang van 51 % in Volksbank Romania SA, waardoor een belangrijke hinderpaal voor de teruggave van de banklicentie uit de weg werd geruimd. Die procedure werd op 7 april 2015 afgerond. Tegelijk voldeed ÖVAG hiermee aan een verplichting in het herstructureringsplan van 2012. Daarnaast heeft ÖVAG in september 2014 de verkoop van VB Malta afgerond en besloten IK Malta af te wikkelen. Hierdoor voldeed ÖVAG aan de voorwaarden van het besluit van 2012.
- (43) Om Immigon te kunnen deconsolideren, moet het Verbund zijn aandeel in Immigon terugbrengen tot een minderheidsdeelneming. Daartoe zal het Verbund 8,5 % van het door de Volksbanken Holding aangehouden aandelenkapitaal van 51,6 % overdragen aan een van het Verbund onafhankelijke derde partij, het special purpose vehicle GPVAUBEOE Beteiligungen GmbH.

(\*) Vertrouwelijke informatie.

- (44) Met de overheveling van de functie van centrale instelling wordt een groot deel van de verplichtingen van ÖVAG jegens het Verbund overgedragen aan VBWB. Niettemin zal het Verbund na de splitsing ten aanzien van Immigon nog een blootstelling hebben van [700-800] miljoen EUR in de vorm van verschillende financiële instrumenten die zijn gebruikt ter financiering van ÖVAG.
- (45) Om het risico in de resterende blootstellingen ten aanzien van Immigon te neutraliseren, neemt het Verbund de volgende maatregelen:
- blootstellingen met een waarde van [200-300] miljoen EUR worden onmiddellijk op de markt verkocht. De waarde van de resterende blootstellingen bedraagt [400-600] miljoen EUR. Door de verkoop zal het Verbund een verlies lijden van [0-100] miljoen EUR;
  - de resterende blootstellingen ter waarde van [400-600] miljoen EUR worden gedekt met een op de markt verworven garantie tegen een jaarlijkse kostprijs van [0-5] % van het gegarandeerde bedrag. De garantie treedt pas in werking nadat het Verbund zelf eerst een verlies van [0-200] miljoen EUR op de gegarandeerde blootstellingen heeft geleden;
  - voor deze eerste verliestranche van [0-200] miljoen EUR legt het Verbund voorzieningen in dezelfde omvang aan. Het bedrijfsresultaat van het jaar 2015 wordt daardoor met nog eens [0-200] miljoen EUR verminderd.

### **Transformatie van het Verbund**

- (46) Het Verbund telt op dit moment 51 primaire banken. In het kader van het transformatieplan zullen deze 51 instellingen samensmelten tot tien grotere banken. Daarbij gaat het om acht regionale banken met balans-totalen van 1,9 miljard EUR tot 5,3 miljard EUR die in verschillende delen van Oostenrijk actief zullen zijn, alsook om twee speciale banken, Sparda Bank Austria (0,8 miljard EUR) en Ärzte-/Apothekerbank (1,1 miljard EUR). De nodige fusies zullen tot einde 2017 worden doorgevoerd. De bouwspaarkassen van het Verbund, die zijn gebundeld in start:bausparkasse, worden waarschijnlijk verkocht.
- (47) De relaties tussen de primaire banken binnen het Verbund worden door middel van twee overeenkomsten geregeld, de Verbund-overeenkomst op grond van § 30a BWG en de samenwerkingsovereenkomst.
- (48) De Verbund-overeenkomst wordt gesloten tussen de centrale instelling (VBWB), de primaire banken van het Verbund en de Volksbank Haftungsgenossenschaft eG en bepaalt in essentie het volgende:
- de centrale instelling verzekert de liquiditeitsstroom naar de primaire banken en ook de naleving van de wettelijke eigenvermogensvereisten. De leden verplichten zich ertoe afspraken te maken over fund transfer pricing voor de verdeling van het eigen vermogen;
  - de centrale instelling blijft onbeperkt aansprakelijk voor bijdragen aan leden. In de nieuwe Verbund-overeenkomst zijn nu ook de primaire banken onbeperkt aansprakelijk;
  - de centrale instelling krijgt meer bevoegdheden en kan nu ook instructies uitvaardigen die van invloed zijn op de belangen van individuele banken in het Verbund. De centrale instelling kan bij niet-naleving sancties opleggen. De grotere bevoegdheden betreffen met name het administratieve, financiële en technische toezicht, de planning en controle in het Verbund, de naleving van de prudentiële regels, de interne controlemechanismen voor de leden, de risicobeoordelings-, risicomeet- en risicocontroleprocedures evenals de criteria voor de dagelijkse bedrijfsactiviteit van de leden;
  - kapitaalonttrekkingen en kapitaalverminderingen blijven zoals voordien enkel toegestaan met toestemming van de centrale instelling.
- (49) De samenwerkingsovereenkomst (Zusammenarbeitsvertrag) regelt de onderwerpen die niet onder de Verbund-overeenkomst vallen. De overeenkomstsluitende partijen zijn de primaire banken van het Verbund en de Volksbank Haftungsgenossenschaft eG. Het doel van de samenwerkingsovereenkomst is het bewerkstelligen van synergieën in het Verbund door de uitvoering van de geplande fusies en door meer samenwerking tussen de leden. De beslissingsbevoegdheden voor de onderwerpen waarop de samenwerkingsovereenkomst betrekking heeft, worden overgedragen aan de Volksbank Haftungsgenossenschaft. De beslissingen van de raad van bestuur van de Volksbank Haftungsgenossenschaft zijn bindend voor de overeenkomstsluitende partijen. De samenwerkingsovereenkomst heeft met name betrekking op: marketing, een uniforme verkoopstrategie, productbeleid (met inbegrip van kaderovereenkomsten met derden), sales control, optimalisering en standaardisering van bedrijfsprocessen, IT-aankoop en wettelijke vertegenwoordiging.
- (50) Bij geschillen beslist de centrale instelling of een maatregel die overeenkomstig de samenwerkingsovereenkomst is genomen onverenigbaar is met haar bevoegdheden op grond van de Verbund-overeenkomst. Indien de toezicht-houder wijzigingen in de Verbund-overeenkomst oplegt, treedt in de samenwerkingsovereenkomst een clausule in werking die een dienovereenkomstige aanpassing van de samenwerkingsovereenkomst mogelijk maakt.

- (51) Het transformatieplan is gericht op een combinatie van acht sterke regionale banken met inbegrip van een centrale instelling en twee speciale banken. De lokale vestigingen zullen zich op de verkoop en de dienstverlening aan cliënten concentreren, terwijl de regionale banken en de centrale instelling met het beheer belast zijn.
- (52) Het Verbund zal zich toespitsen op cliënten in Oostenrijk, met specifieke aandacht voor kleine en middelgrote ondernemingen, vrije beroepen, particulieren, woningfinanciering en diensten voor vermogende cliënten.

### **Financiële planning**

- (53) Op basis van het nieuwe herstructureringsplan heeft het Verbund de Commissie ramingen voorgelegd van de verwachte evolutie in de belangrijkste financiële indicatoren voor de komende vijf jaar. Deze berekeningen gaan uit van twee scenario's, een basisscenario en een stressscenario.
- (54) In de voorgelegde financiële planning zijn ook het effect van de neutralisering van de Immigon-blootstellingen <sup>(1)</sup> en de geraamde betalingen door het Verbund op het winstbewijs van Oostenrijk in het kader van de lijst met toezeggingen meegenomen.
- (55) Het basisscenario gaat uit van een bescheiden economische groei op de Oostenrijkse kernmarkt van nominaal 0,8 % in 2015, 1,5 % in 2016 en 1,7 % in de daaropvolgende jaren tot 2019. De jaarlijkse inflatie wordt geraamd op 1,1 % tot 2,2 %, de driemaands-EURIBOR stijgt van 0,1 % in 2015 tot 1,9 % in 2019. Op die basis voorspelt het Verbund verlies voor het boekjaar 2015, maar een positief rendement op het eigen vermogen (Return on Equity, RoE) van [8-9] % voor het boekjaar 2019. De CET1-ratio zal naar verwachting stijgen van [9-11] % in 2015 tot [11-13] % in 2019. De evolutie van andere indicatoren wordt in de onderstaande tabel weergegeven.

Tabel 1

### **Financiële gegevens in het basisscenario**

[...]

- (56) In het stressscenario wordt uitgegaan van een door tekortkomingen in de Europese bankensector veroorzaakte kredietchaarste die niet kan worden verholpen door buitenlandse geldschieters en de ECB. De reële economische groei is licht negatief, met een langzaam herstel vanaf 2017. In 2015 en 2016 is de inflatie negatief, in de daaropvolgende jaren licht positief. De rentevoeten blijven buitengewoon laag en de waarde van de Zwitserse frank blijft stijgen ten opzichte van de euro. Uitgaande van deze aannames voorspelt het Verbund een negatief rendement op het eigen vermogen voor de boekjaren 2015 en 2016, dat echter in 2019 weer stijgt tot [5-8] %. De CET1-ratio zou toenemen van [8-10] % in 2015 tot [10-12] % in 2019. De evolutie van andere indicatoren wordt in de onderstaande tabel weergegeven.

Tabel 2

### **Financiële gegevens in het stressscenario**

[...]

### **Nieuwe toezeggingen en compensatiemaatregelen voor Oostenrijk**

- (57) Oostenrijk heeft een reeks toezeggingen ter uitvoering van het nieuwe herstructureringsplan voorgelegd. Deze staan in een apart document dat als bijlage bij dit besluit is gevoegd.
- (58) Op grond van hoofdstuk 5 van de herstructureringsmededeling moeten regelmatig verslagen aan de Commissie worden voorgelegd zodat zij kan beoordelen of het nieuwe herstructureringsplan naar behoren ten uitvoer wordt gelegd. Oostenrijk benoemt een monitoring trustee die de Commissie bijstaat bij het toezicht op de correcte tenuitvoerlegging van het besluit. De monitoring trustee dient om de zes maanden een verslag in. Het eerste verslag wordt ten laatste zes maanden na de goedkeuring van het herstructureringsplan voorgelegd. De Commissie is van mening dat hierdoor een passend toezicht op de tenuitvoerlegging van het herstructureringsplan wordt verzekerd.

<sup>(1)</sup> Vgl. overweging 45.

### Goedkeuring door de toezichhoudende autoriteiten van het herstructureringsplan

- (59) Het nieuwe herstructureringsplan dat bij de Commissie is aangemeld, strookt met het bij de ECB en het SSM ingediende plan voor een kapitaalverhoging en heeft tot doel het Verbund dermate te herstructureren dat het in de uitgebreide beoordeling door de ECB en de EBA vastgestelde kapitaaltekort kan worden weggewerkt.
- (60) Het SSM heeft een wettelijk vereist eigen vermogen van 14,63 % voorgeschreven dat op 26 juli 2015 voorhanden moet zijn. Op die datum zal het SSM het wettelijk vereist eigen vermogen opnieuw controleren en daarbij ook rekening houden met de tenuitvoerlegging van het nieuwe herstructureringsplan. De tenuitvoerlegging begint met de registratie van de in overweging 35 onder a), b) en c), vermelde maatregelen in het Oostenrijkse ondernemingsregister. Pas wanneer het SSM als bevoegde toezichtsinstantie zijn goedkeuring heeft gegeven aan de wijzigingen, kunnen de maatregelen in het ondernemingsregister worden geregistreerd.

### 3. DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

- (61) De Commissie herinnert eraan dat zij een formele onderzoeksprocedure is begonnen, waarna het besluit van 2012 (2013/298/EU) is vastgesteld. Overeenkomstig artikel 7, lid 3 van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad is een wijziging van het voornoemde besluit noodzakelijk geworden <sup>(1)</sup>.

### 4. OPMERKINGEN VAN OOSTENRIJK

- (62) Oostenrijk heeft openbaar verklaard volledig af te zien van nieuwe steunmaatregelen voor het Verbund en is ook van mening dat het voorgelegde herstructureringsplan geen nieuwe steun inhoudt.
- (63) Oostenrijk erkent evenwel dat het nieuwe herstructureringsplan sterk afwijkt van het herstructureringsplan van 2012, zodat voor de uitvoering ervan een wijzigingsbesluit van de Commissie is vereist. Bijgevolg heeft Oostenrijk het nieuwe herstructureringsplan bij de Commissie aangemeld.
- (64) Oostenrijk erkent eveneens dat het Verbund op basis van de staatssteunregels moet worden beschouwd als de opvolger van ÖVAG en dus ook als de geadresseerde van het onderhavige besluit.
- (65) Tegelijkertijd voert Oostenrijk aan dat het nieuwe herstructureringsplan met zijn lijst met toezeggingen het evenwicht van het besluit van 2012 en dus ook de oorspronkelijke verenigbaarheid van de steun handhaaft.

### 5. BEOORDELING VAN DE MAATREGELEN

#### 5.1. STAATSSTEUN

#### Aanwezigheid van staatssteun en economische opvolging

- (66) De Commissie heeft reeds geconcludeerd dat de maatregelen die zij in 2009 en 2012 als herstructureringssteun voor ÖVAG had goedgekeurd, neerkomen op staatssteun. Bijgevolg is het niet nodig de maatregelen in dit besluit opnieuw te toetsen op de aanwezigheid van staatssteun.
- (67) Een centraal element in het herstructureringsplan van 2012 waarop het besluit van 2012 is gebaseerd, was de hernieuwde focus van ÖVAG op haar rol als centrale instelling als onderdeel van een verliesdelingsovereenkomst met de primaire banken. In het kader van dat systeem was ÖVAG als centrale instelling onbeperkt aansprakelijk voor de primaire banken, terwijl de primaire banken enkel aansprakelijk waren voor de centrale instelling voor zover hun eigenvermogensratio niet onder de wettelijke minimumkapitaalvereisten zakte.
- (68) Sommige toezeggingen van Oostenrijk uit 2012 hadden ook betrekking op de primaire banken; bepaalde inkomstenstromen van ÖVAG als centrale instelling werden gegarandeerd (toezegging 9) en de primaire banken werden verplicht „voor zover de wettelijke minimumvereisten het toestaan” bij te dragen aan de terugbetaling van het participatiekapitaal in ÖVAG (toezegging 11.2). Deze toezeggingen waren noodzakelijk vanwege de specifieke aansprakelijkheidsregelingen in het Verbund, opdat de steun verenigbaar kon worden verklaard met de interne markt. De combinatie van de bijzondere aansprakelijkheidsregelingen en deze toezeggingen stelden de Commissie in staat ÖVAG en het Verbund los van elkaar te behandelen.

<sup>(1)</sup> Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 met de uitvoeringsbepalingen voor artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1).

- (69) Volgens het nieuwe herstructureringsplan zullen de kernactiviteiten van ÖVAG door VBWB, een van de primaire banken, worden voortgezet. Zo zal VBWB de rol van centrale instelling van het Verbund overnemen van ÖVAG en ook de functies en de activa van ÖVAG toegewezen krijgen. In totaal worden voor 8,6 miljard EUR activa en passiva overgeheveld. Dit bedrag omvat alle in het besluit van 2012 aan het kernsegment toegerekende activiteiten, met uitzondering van drie kleinere deelnemingen, namelijk VB Factoring (met een balanstotaal van 86 miljoen EUR), VB Mobilienleasing (700 miljoen EUR) en VB Investments (30 miljoen EUR) die in de liquidatie-entiteit Immigon blijven.
- (70) In tegenstelling tot de vroegere asymmetrische aansprakelijkheidsstructuur tussen primaire banken en centrale instelling wordt het Verbund op basis van het nieuwe herstructureringsplan in een systeem met gezamenlijke aansprakelijkheid (Gesamthaftungssystem) geïntegreerd. In combinatie met andere structurele wijzigingen in het Verbund (zie overweging 49) kan de nieuwe centrale instelling VBWB niet langer los worden gezien van de primaire banken. Dit standpunt wordt ook door de geconsolideerde benadering van het SSM in de uitgebreide beoordeling bevestigd, alsook door het feit dat het eigenvermogenvereiste op geaggregeerd niveau (Verbund) is geformuleerd.
- (71) Om die redenen is de Commissie van mening dat het Verbund moet worden beschouwd als de economische opvolger van ÖVAG, de entiteit die op grond van het besluit van 2012 staatssteun heeft ontvangen. Daarom is het Verbund de begunstigde van de bestaande steunmaatregel.

#### **Geen nieuwe staatssteun voor ÖVAG, Immigon, VBWB of het Verbund**

- (72) Daarnaast moet de Commissie in het kader van de overdracht van de bestaande steun aan de economische opvolger nagaan of het nieuwe herstructureringsplan gepaard gaat met nieuwe staatssteun.
- (73) De Commissie merkt op dat volgens Oostenrijk in het kader van de tenuitvoerlegging van het nieuwe herstructureringsplan geen nieuwe staatssteun wordt toegekend.
- (74) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU „zijn 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 interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”. Een maatregel vormt derhalve staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU indien hij aan de volgende cumulatieve voorwaarden beantwoordt: a) de maatregel moet toerekenbaar zijn aan de staat en met staatsmiddelen worden bekostigd; b) hij moet de begunstigde een voordeel verschaffen, c) dit voordeel moet selectief zijn, en d) de maatregel moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten mogelijk verstoren.
- (75) Het nieuwe herstructureringsplan verleent ÖVAG noch Immigon een nieuw voordeel. ÖVAG wordt afgewikkeld, haar kernsegment en de overeenkomstige passiva worden aan VBWB overgedragen en de resterende activa worden via de liquidatie-entiteit Immigon afgewikkeld. Volgens het huidige herstructureringsplan wordt het eigen vermogen bijna volledig opgebruikt bij de afwikkeling van Immigon, zonder dat aanspraak moet worden gemaakt op de activagarantie. Daarom wordt verwacht dat de risico's die zijn verbonden aan de CET1-instrumenten van ÖVAG ook zullen optreden, waaronder het verlies van de ÖVAG-deelneming van Oostenrijk ten bedrage van 250 miljoen EUR en van het nog uitstaande participatiekapitaal van nominaal 300 miljoen EUR.
- (76) De activagarantie blijft bij ÖVAG/Immigon. Volgens de huidige contractuele regelingen kan de garantie pas op 31 december 2015 worden ingelost ten aanzien van vorderingen die tegen die datum zijn ingediend, en slechts voor maximaal het bedrag dat vereist was voor het bereiken van een CET1-ratio van 10 %. Volgens informatie van Oostenrijk vertegenwoordigen de effecten waarvoor een aanvraag tot compensatie is ingediend, al een hoger bedrag dan de tot 100 miljoen EUR geplafonneerde activagarantie. Terwijl pas op 31 december 2015 over de rechtmatigheid van de aangemelde vorderingen wordt besloten, heeft het management van Immigon overeenkomstig zijn wettelijke verplichtingen tot bescherming van de belangen van de eigenaars geen andere keuze dan alle mogelijke vorderingen tegen einde 2015 aan te melden.
- (77) Op 31 december 2015 zullen voor Immigon als liquidatie-entiteit geen kapitaalvereisten meer gelden, wat het moeilijk maakt om een aan de CET1-ratio gekoppelde voorwaarde tot betaling uit hoofde van de garantie te beoordelen. Aangezien deze beoordeling louter en alleen een zaak van nationaal recht is, aanvaardt de Commissie het standpunt van Oostenrijk dat de omvorming van ÖVAG tot een liquidatie-entiteit overeenkomstig § 162 BaSAG geen invloed heeft op het voortbestaan van de garantie tegen wanbetaling van de overheid. Overeenkomstig het standpunt van Oostenrijk en omdat het kapitaal van Immigon op 31 december 2015 met 96,65 % zal zijn verminderd, moet de aan een CET1-ratio van 10 % gekoppelde voorwaarde als vervuld worden beschouwd. Dientengevolge zouden alle op 31 december 2015 als rechtmatig beschouwde vorderingen moeten worden betaald.

- (78) Onder die voorwaarden beperken de wijzigingen in de garantie-overeenkomst — a) een verlenging van de termijn voor de betalingen uit de garantie zonder de toestemming om na 31 december 2015 nog vorderingen in te dienen, en b) een beperking voor betalingen uit de garantie tot het scenario waarin het kapitaal van Immigon negatief zou worden — het risico voor de garantieggever dat uit hoofde van de garantie betalingen uit de garantie moeten worden verricht. Bovendien wordt de garantievergoeding van 10 % per jaar met twee jaar verlengd. Daarom versterken de wijzigingen alleen de positie van de garantieggever en verlenen zij ÖVAG/Immigon geen aanvullend voordeel.
- (79) Ook het Verbund, met inbegrip van de nieuwe centrale instelling VBWB, ontvangt met het nieuwe herstructureeringsplan geen nieuw voordeel. Zoals hierboven uiteengezet <sup>(1)</sup> is het Verbund de begunstigde van de bestaande steunmaatregel. In overeenstemming met het besluit van 2012 moesten de primaire banken bijdragen aan de eind december 2017 geplande terugbetaling van het resterende participatiekapitaal van de staat ten bedrage van 300 miljoen EUR, voor zover de wettelijke minimumkapitaalvereisten zulks toestonden. Er wordt aan herinnerd dat de uitgebreide beoordeling niet alleen bij ÖVAG, maar bij het hele Verbund een kapitaaltekort aan het licht heeft gebracht.
- (80) Terwijl het risicodragende participatiekapitaal wordt besteed aan de afwikkeling van ÖVAG/Immigon, voorzien de nieuwe toezeggingen van Oostenrijk in een betaling door het Verbund aan Oostenrijk van 300 miljoen EUR (via de toekenning van een winstbewijs aan Oostenrijk). Het Verbund verbindt zich ertoe om uiterlijk eind [2020-2025] in totaal 300 miljoen EUR te betalen, waarbij voor [...], [...] en [...] in vaste cumulatieve betaaldrempels is voorzien.
- (81) Met deze nieuwe bindende toezegging voor een betaling van 300 miljoen EUR aan Oostenrijk wordt de vordering voor het Verbund weer even groot als het oorspronkelijk terug te betalen bedrag. Deze oorspronkelijke vordering verdwijnt met de afwikkeling van ÖVAG, aangezien de met het participatiekapitaal verbonden risico's zich voordoen. Hoewel het nieuwe betalingsplan in vergelijking met de oorspronkelijke toezegging met aanzienlijke betalingsachterstanden gepaard gaat, wordt eraan herinnerd dat zowel in het geval van een eenvoudige afwikkeling van ÖVAG als in het nulscenario van een afwikkeling van het hele Verbund alle vorderingen van de staat, het eigen vermogen en het participatiekapitaal verloren zouden gaan.
- (82) Bovendien is deze nieuwe toezegging van het Verbund slechts bindend voor het Verbund zelf, terwijl de uitkering op het winstbewijs afhankelijk blijft van de winst. Tegelijkertijd wordt in de toezeggingen verzekerd dat deze betalingen primeren op alle andere uitkeringen van dividenden. Voorts ontvangt Oostenrijk — naast de dividenden uit het winstbewijs — voor eventuele uitkeringen van dividenden aan partijen buiten het geconsolideerde Verbund een compensatie ten bedrage van de uitkering.
- (83) Daarnaast ontvangt Oostenrijk een deelneming in VBWB van 25 % plus één aandeel als onderpand voor de uitkeringen op het winstbewijs. Indien één van de betaaldrempels niet in acht wordt genomen, zullen de VBWB-aandeelhouders meer aandelen kosteloos overdragen aan Oostenrijk, waardoor de deelneming van Oostenrijk in VBWB stijgt tot [26-40] %. Daarenboven kan Oostenrijk op dat moment het onderpand te gelde maken.
- (84) Hoewel sommige aspecten verschillen, komt de nieuwe toezegging met de oorspronkelijke toezegging overeen; bijgevolg zal zij ÖVAG, Immigon, VBWB of het Verbund geen voordeel verschaffen.
- (85) Naast de nieuwe toezegging tot betaling van een bedrag gelijk aan de oorspronkelijke waarde van het participatiekapitaal van ÖVAG in de vorm van een nieuw winstbewijs bij VBWB bevat het nieuwe herstructureeringsplan geen andere ingrijpende wijzigingen ten aanzien van Oostenrijk die als een voordeel ten gunste van VBWB of het Verbund zouden kunnen worden beschouwd.
- (86) Aangezien het nieuwe herstructureeringsplan ÖVAG, Immigon, VBWB en het Verbund geen voordeel oplevert, is het niet nodig de overige cumulatieve criteria voor staatssteun te toetsen. Op basis hiervan is de Commissie van oordeel dat de maatregelen in het nieuwe herstructureeringsplan niet beantwoorden aan de criteria van artikel 107, lid 1, VWEU en bijgevolg in de zin van dit artikel geen nieuwe steunmaatregel voor ÖVAG, Immigon, VBWB of het Verbund vormen.

## 5.2. TOETSING VAN DE WETTELIJKE VERENIGBAARHEID VAN DE MAATREGELEN

- (87) Zoals uiteengezet in deel 5.1 bevat het nieuwe herstructureeringsplan geen nieuwe steun. De in het besluit van 2012 ten gunste van ÖVAG goedgekeurde steun wordt evenwel overgedragen aan het Verbund als economische opvolger van ÖVAG.

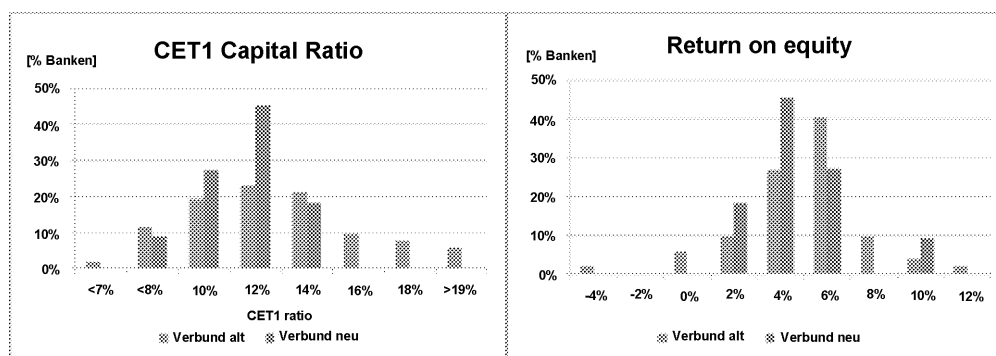
<sup>(1)</sup> Zie overwegingen 66 tot en met 71.



- (88) Op basis van het besluit van 2012 moet de Commissie bijgevolg toetsen of de steunmaatregelen van 2012 ook in het kader van het nieuwe herstructureringsplan en de lijst met toezeggingen nog verenigbaar zijn met de interne markt. Deze toetsing moet gebeuren op basis van de voor het besluit van 2012 toepasselijke rechtsgrondslag, dat wil zeggen op basis van de herkapitalisatiemededeling en de verlengingsmededeling van 2011 <sup>(1)</sup> evenals de herstructureringsmededeling <sup>(2)</sup>.
- (89) De overwegingen 83 tot en met 92 van het besluit van 2012, waarin de verenigbaarheid van de steunmaatregelen van 2012 op basis van de herkapitalisatiemededeling en de verlengingsmededeling van 2011 werd getoetst, blijven onverminderd van toepassing. Het aan ÖVAG toegekende extra kapitaal van 250 miljoen EUR en het resterende participatiekapitaal van 300 miljoen EUR blijven bij Immigon en zullen zoals gepland in 2017 volledig zijn opgebruikt bij de liquidatie.
- (90) Zoals omschreven in overweging 93 van het besluit van 2012 is de herstructurering van een financiële instelling in het kader van de huidige crisis in de zin van de herstructureringsmededeling slechts verenigbaar met de interne markt op grond van artikel 107, lid 3, onder b), VWEU wanneer deze de levensvatbaarheid van de bank herstelt, gepaard gaat met een toereikende eigen bijdrage en een passende lastenverdeling, en toereikende maatregelen omvat om de vervalssing van de mededinging te beperken. Wat betreft die drie elementen moet de Commissie nagaan in hoeverre de in het besluit van 2012 vastgestelde verenigbaarheid na de wijzigingen in het herstructureringsplan en de lijst met toezeggingen nog geldt.

### Levensvatbaarheid in het basisscenario

- (91) Zoals in overweging 71 is vastgesteld, wordt de steun van 2012 overgedragen aan het Verbund dat ook volledig onder het nieuwe herstructureringsplan valt. Hierbij moet worden onderzocht of het nieuwe herstructureringsplan het Verbund in zijn nieuwe vorm in 2019 weer op lange termijn winstgevend zal maken.
- (92) Daartoe heeft Oostenrijk een financieel plan voor de periode tot 2019 ingediend dat een basisscenario en een stressscenario voor het hele Verbund bevat en op deze basis heeft de Commissie haar analyse uitgevoerd.
- (93) De transformatie van het Verbund door de fusie van de lokale primaire banken tot regionaal georganiseerde instellingen kan als een voordeel worden beschouwd omdat de in het Verbund voorkomende verschillen op het gebied van kapitalisatie en winstgevendheid hierdoor enigszins worden uitgevlakt, schaalvoordelen kunnen worden benut en mogelijke synergieën kunnen ontstaan. Uit de onderstaande grafiek blijkt duidelijk dat de verschillen in kapitalisatie (CET1) en winstgevendheid (RoE) tussen het „oude” en het „nieuwe” Verbund minder groot zijn.



- (94) De Commissie verwelkomt het feit dat mogelijke synergieën enkel van invloed waren op de in vergelijking met de inkomsten makkelijker te becijferen kosten in de financiële planning en slechts op [70-80] % van het reeds geïdentificeerde potentieel zijn begroot. Met personeelskosten geraamd op minder dan [10-20] % per jaar en materiële kosten op minder dan [5-10] % per jaar neemt de Commissie aan dat hier veeleer op veilig is gespeeld en dat er meer synergieën mogelijk zijn dan thans in de financiële planning is ingecalculerd.
- (95) De commerciële strategie van het Verbund in zijn nieuwe vorm blijft in wezen onveranderd. De klemtoon ligt duidelijk op lokale en regionale particuliere en zakelijke cliënten en op diensten voor kleine en middelgrote ondernemingen. Deze bedrijfsactiviteiten maken nu al het grootste deel van de portefeuille uit, zijn economisch

<sup>(1)</sup> Zie overweging 82 van het besluit van 2012.

<sup>(2)</sup> Zie overweging 93 van het besluit van 2012.

rendabel en werden ook in het besluit van 2012 niet als problematisch aangemerkt. In het basisscenario groeit het rentedragende element van de activa van deze activiteiten tegen 2019 met ongeveer [5-7] %, dus met minder dan de helft van de verwachte reële economische groei van ongeveer 15 % in dezelfde tijdsspanne. <sup>(1)</sup> Alleen bij speciale bedrijfsactiviteiten zoals diensten voor beleggingen in effecten wordt op hogere groeicijfers gemikt. Gezien de zeer geringe omvang van die activiteiten lijken de hogere groeiverwachtingen gerechtvaardigd.

- (96) Aan de passiefzijde moet het specifieke belang van de deposito's van particuliere cliënten (ongeveer 80 % van alle passiva) worden beklemtoond. Dit soort financiering wordt in het kader van Bazel III als zeer betrouwbaar beschouwd en bijgevolg hoog gewaardeerd in financieringsindicatoren zoals de liquiditeitsdekkingsratio en de netto stabiele financieringsratio. Het Verbund heeft tevens aangetoond dat deposito-activiteiten ook tijdens de crisis bijzonder stabiel zijn gebleven, zodat de Commissie de financieringssituatie van het Verbund als een grote troef beschouwt. Ook voor deposito's bedraagt de groei tot 2019 ongeveer [5-7] %, dus meer dan 50 % onder de verwachte reële economische groei.
- (97) De risicoramingen voor de verschillende kredietportefeuilles lijken ook aannemelijk. In het basisscenario komen de geplande waarden voor risicovoorzieningen en waardeverminderingen neer op standaardrisicokosten van rond de [7-15] basispunten voor retail banking en [30-45] basispunten voor corporate banking. Deze aannames lijken aan te sluiten bij de economische realiteit in het Oostenrijks bankbedrijf, hoewel ze niet conservatief zijn.
- (98) Met het plan in het basisscenario gaat het Verbund van een negatief rendement op het eigen vermogen na belastingen en met een CET1-ratio van [9-11] % in 2015 naar een rendement op het eigen vermogen na belastingen van [8-9] % met een CET1-ratio van [11-13] % in 2019. Gezien het bescheiden risicoprofiel van het Verbund als bedrijfsmodel kan het geplande rendement op het eigen vermogen na belastingen als een passende kapitaalvergoeding worden aangemerkt.
- (99) De overwegingen 94 en 98 betreffende de financiële planning op het vlak van groei, liquiditeit, kosten, risicobeheer en winstgevendheid doen de Commissie concluderen dat de planning solide is, gestoeld is op ten gronde behoudzame aannames en de winstgevendheid op lange termijn van het Verbund en daarmee diens toegang tot de kapitaalmarkt kan verzekeren.

#### **Levensvatbaarheid in het stressscenario**

- (100) Deze beoordeling van de winstgevendheid en levensvatbaarheid op lange termijn wordt ook in het stressscenario bevestigd. Hierbij wordt uitgegaan van gelijktijdige stress als gevolg van: a) een langer aanhoudende periode van lage rente dan thans is voorzien, en b) een kredietcrisis. Terwijl de langdurige periode van lage rente de rentemarge onder druk zet, moet de kredietcrisis tegelijk worden gefinancierd via hogere risicovoorzieningen en waardeverminderingen, alsook met in het algemeen hogere risicowegingsfactoren bij de uitstaande leningen, wat tot hogere eigenvermogensvereisten leidt.
- (101) Door de lagere opbrengsten en de extra risicovoorzieningen en waardeverminderingen zou het Verbund in 2015 aanzienlijke verliezen en ook in 2016 nog lichte verliezen lijden. Wel wordt duidelijk dat deze verliezen zelfs zonder tegenmaatregelen, zoals kostenbesparingen of een aanpassing van de prijsmarges, met de huidige kernkapitaalratio kunnen worden opgevangen en dus de inkomstenpositie van het Verbund op lange termijn slechts in beperkte mate zullen aantasten. In dit scenario zakt de kernkapitaalratio niet onder [8-10] % en haalt het Verbund toch een rendement na belastingen van [5-8] % in 2019.

#### **Prudentiële vereisten**

- (102) Als gevolg van het door de toezichtsautoriteit in de uitgebreide beoordeling van 2014 vastgestelde kapitaaltkort moet het Verbund streven naar een CET1-ratio van 14,63 % op 26 juli 2015. In de huidige financiële planning wordt deze ratio niet gehaald.
- (103) Verder merkt de Commissie op dat de maatregelen van het Verbund om het uit de blootstellingen aan Immigon <sup>(2)</sup> voortvloeiende risico te neutraliseren een negatief effect van ongeveer [0-2] % zullen hebben op de CET1-ratio. Bovendien berust de voorgelegde financiële planning op de aanname dat deze blootstellingen door verdere afstotingen in [...] en [...] kunnen worden verminderd. Deze afstotingen zouden leiden tot een verwacht verlies van [0-200] miljoen EUR, met een bijkomend mogelijk verlies van [0-100] miljoen EUR, indien de geplande afstotingen niet kunnen doorgaan en de verliestranche van [0-200] miljoen EUR volledig wordt opgebruikt. Een extra verlies van [0-100] miljoen EUR zou de CET1-ratio met nog eens [0-2] % doen zakken.

<sup>(1)</sup> Alle ramingen betreffende de economische groei en inflatie komen uit het voorjaarsverslag van de Commissie van 2015.

<sup>(2)</sup> Vgl. overweging 45.

- (104) Anderzijds heeft het Verbund in aanvulling op het nieuwe herstructureringsplan nog maatregelen in petto om zijn risicogewogen activa sterker te verminderen dan in de financiële planning is voorzien. Die maatregelen behelzen onder meer een securitisatiestructuur voor een kredietportefeuille van kleine en middelgrote ondernemingen en de afstoting van start:bausparkasse en IMMO-bank, waardoor de kernkapitaalratio zou stijgen tot [10-15] %, rekening houdend met de drempels waarin is voorzien voor uitkeringen op het Oostenrijkse winstbewijs. De Commissie merkt op dat een gelijktijdige uitvoering van al die maatregelen — voor zover dat nodig is — negatief zal uitwerken op de toekomstige winstgevendheid van de bank.
- (105) Gelet op de beperkte omvang van de risico's en de reikwijdte van de RWA-maatregelen is de Commissie echter van mening dat de financiële planning voldoende speelruimte biedt om de negatieve gevolgen voor de winstgevendheid in te perken. Dit standpunt wordt gestaafd door het gunstige oordeel van het SSM over de maatregelen in overweging 35 onder a), b) en c), en hun inschrijving in het Oostenrijkse ondernemingsregister. De gunstige beoordeling van het SSM is gestoeld op dezelfde financiële planning, die ook aan de basis ligt van het onderhavige besluit. Daarom neemt de Commissie aan dat ook het SSM — rekening houdend met eventuele risico's in het plan — het Verbund in staat zal achten om aan de na de toetsing van 26 juli 2015 geldende wettelijke kapitaalvereisten te voldoen.

### **Eigen bijdrage en lastenverdeling**

- (106) De Commissie moet ervoor zorgen dat de nieuwe lijst met toezeggingen de lijst met toezeggingen van 2012 kan vervangen en de verenigbaarheid van de bestaande steunmaatregel voor het Verbund als economische opvolger van ÖVAG kan verzekeren. In dit verband moet worden nagegaan of de eigen bijdrage en de lastenverdeling passend zijn.
- (107) Wat betreft de eigen bijdrage en de lastenverdeling bevatte de lijst met toezeggingen die als bijlage bij het besluit van 2012 was gevoegd, bepalingen betreffende de vergoeding en terugbetaling van a) de activagarantie en b) het participatiekapitaal, alsook een verbod op dividenduitkering.
- (108) Met betrekking tot de wijzigingen in de activagarantie berust het huidige afwikkelingsplan niet op contante betalingen uit de garantie voor een solvante afwikkeling. Indien alle aannames kloppen en de liquidatie-entiteit zonder gebruikmaking van de garantie solvent blijft, zou een contante uitbetaling in juli 2016 van alle onder de garantie erkende vorderingen alleen maar leiden tot een groter afwikkelingsvolume van Immigon dat dan aan het eind van de afwikkeling ter beschikking zou staan van alle houders van participatiekapitaal en eigen vermogen. Het huidige plan om de garantie enkel in het geval van een dreigende insolventie van Immigon uit te betalen, minimaliseert het risico dat staatssteun wordt gebruikt om de houders van eigenvermogensinstrumenten schadeloos te stellen.
- (109) Volgens de lijst met toezeggingen van 2012 moet ÖVAG aan het einde van 2017 voor 300 miljoen EUR participatiekapitaal terugbetalen en moet het Verbund — voor zover de wettelijke kapitaalvereisten het toestaan — bijdragen aan die terugbetaling <sup>(1)</sup>. De formulering maakt duidelijk dat deze toezegging meer als intentieverklaring dan als juridisch bindende verplichting is bedoeld.
- (110) Hier staat in de nieuwe lijst met toezeggingen een nieuwe bindende verplichting voor het Verbund. Concreet heeft het Verbund zich ertoe verplicht Oostenrijk een nieuw financieel instrument (een winstbewijs) met een nominaal te verwaarlozen waarde ter beschikking te stellen met het recht winstafhankelijke uitkeringen op dit instrument te ontvangen die primieren op alle andere hybride uitkeringen of dividenduitkeringen en die in [2020-2025] in totaal maximaal 300 miljoen EUR zullen bedragen, na aftrek van eventuele betalingen uit het afwikkelingsvolume van ÖVAG.
- (111) De met het winstbewijs overeenstemmende kasstromen worden als volgt verder gewaarborgd: Oostenrijk ontvangt een deelneming in VBWB van 25 % plus één aandeel (een blokkeringsminderheid) als zekerheid en het recht om de helft van alle leden van de raad van toezicht van VBWB te benoemen.
- (112) Tevens gelden de volgende cumulatieve betalingsdrempels voor het winstbewijs: [0-50] miljoen EUR in [...], [0-100] miljoen EUR in [...], [0-200] miljoen EUR in [...] en 300 miljoen EUR in [2020-2025]. Indien een van deze drempels niet in acht wordt genomen, heeft Oostenrijk het recht zijn als zekerheid aangehouden aandelenbelang te exploiteren, dat anders na ontvangst van het volledige bedrag van 300 miljoen EUR zonder kosten weer in handen van het Verbund overgaat. In geval van niet-inachtneming van één van de betaaldrempels ontvangt Oostenrijk nog [1-15] % van de aandelen van VBWB en het recht om deze zekerheden op te eisen. Bovendien moet het Verbund een nieuw herstructureringsplan voorleggen, dat Oostenrijk vervolgens bij de Commissie moet aanmelden.
- (113) De Commissie heeft het effect van de nieuwe terugbetalingsregeling op het herstructureringsplan onderzocht en is tot de conclusie gekomen dat het herstructureringsplan solide genoeg is om de terugbetaling zoals gepland te

<sup>(1)</sup> Punt 11.2 van de lijst met toezeggingen in de bijlage bij het besluit van 2012.

laten verlopen, zonder de kernkapitaalratio buitensporig te belasten. De drempel van [0-50] miljoen EUR voor [...] blijft zelfs in het aangemelde stressscenario haalbaar. De Commissie merkt echter op dat de gelijktijdige toepassing van alle geïdentificeerde RWA-verlagende maatregelen <sup>(1)</sup> de winstgevendheid van de bank kan aantasten, wat dan weer het terugbetalingsschema in gevaar kan brengen.

- (114) De Commissie is van oordeel dat de bestaande steunmaatregel door de nieuwe toezegging met betrekking tot de terugbetaling van de steun verenigbaar blijft, en wel om de volgende redenen:
- a) deze toezegging creëert een nieuwe vordering voor Oostenrijk die de weggevallen vordering op ÖVAG op adequate wijze vervangt. Van ÖVAG als liquidatie-entiteit wordt niet verwacht dat zij meer participatiekapitaal terugbetaalt dan zij als overschot uit de afwikkeling kan ontvangen;
  - b) de combinatie van cumulatieve drempels en de hierna beschreven vrijwillige dividenduitkeringen <sup>(2)</sup> vormen een redelijk compromis tussen een gewisse terugbetaling van de steun en het herstel van de levensvatbaarheid van het Verbund;
  - c) op deze basis kan ook worden ingestemd met de verlenging van de terugbetalingstermijn;
  - d) indien nodig kan Oostenrijk zijn blokkeringsminderheid gebruiken om het nieuwe herstructureringsplan te wijzigen.
- (115) De desbetreffende als bijlage bij het besluit van 2012 gevoegde toezegging inzake het verbod op dividenden <sup>(3)</sup> blijft in de gewijzigde versie overeind. Volgens de nieuwe toezegging kunnen dividenden aan externe investeerders worden uitgekeerd, voor zover
- a) de som van alle uitkeringen kleiner is dan [5-8] miljoen EUR;
  - b) overeenkomstig de afgesproken drempels in hetzelfde jaar en voor ten minste hetzelfde bedrag bij voorrang gebruik is gemaakt van het winstbewijs;
  - c) Oostenrijk een aanvullend compensatiebedrag van dezelfde omvang als de voorgestelde dividenden ontvangt; en
  - d) vers, extern tier 1-kernkapitaal van ten minste dezelfde omvang als de dividenden plus compensatie werd gegenereerd.
- (116) De Commissie stelt vast dat de combinatie van prioritaire verplichting tot terugbetaling, compensatiebetaling en het genereren van vers extern tier 1-kernkapitaal volstaat om te verzekeren dat de steunmaatregelen niet dienen als kapitaalvergoeding en dat eventuele dividenden uitsluitend uit winstrestanten worden uitgekeerd.
- (117) Over het geheel genomen is de Commissie van mening dat de nieuwe lijst met toezeggingen de verenigbaarheid van de bestaande steun ten aanzien van de eigen bijdrage en lastenverdeling verzekert.

### **Maatregelen om de verstoring van de mededinging te beperken**

- (118) De Commissie moet nagaan of de nieuwe lijst met toezeggingen de lijst van 2012 op passende wijze vervangt en de verenigbaarheid van de bestaande steun voor het Verbund kan blijven verzekeren. Bijgevolg moet worden onderzocht of eventuele mededingingsversturende effecten van de staatssteun zoveel mogelijk worden ingeperkt.
- (119) De lijst met toezeggingen van 2012 bevatte een aantal rechtstreeks op ÖVAG toegespitste maatregelen om mededingingsversturende effecten tot een minimum te beperken: i) vermindering van het balanstotaal en van de RWA, ii) beperking van de activiteiten van ÖVAG als centrale instelling van het Verbund tot Verbund-specifieke functies, iii) een verbod op acquisities, iv) een verbod op prijsleiderschap voor de ÖVAG-dochteronderneming Live Bank (onlinebanking), v) een verbod op het adverteren met de steunmaatregelen, en vi) gedragsregels voor beloning en risicobeheer.
- (120) De nieuwe bij dit besluit als bijlage opgenomen lijst met toezeggingen bewaart het oorspronkelijke evenwicht inzake de beperking van door de staatssteun veroorzaakte mededingingsverstoringen. Zo worden het balanstotaal en de RWA bij de afwikkeling van ÖVAG verminderd, terwijl de functies van de centrale instelling van het Verbund worden geregeld door deze over te hevelen naar VBWB. De nieuwe lijst met toezeggingen handhaaft ook het verbod op prijsleiderschap, acquisitie en het adverteren met de toekenning van staatssteun en heeft ook de andere gedragsregels overgenomen.

<sup>(1)</sup> Deze maatregelen worden nader toegelicht in overweging 100.

<sup>(2)</sup> Zie overweging 115.

<sup>(3)</sup> Zie punt 9.3 van de lijst met toezeggingen die als bijlage bij het besluit van 2012 is gevoegd.

- (121) In het kader van het verbod op prijsleiderschap mag Live Bank haar cliënten geen betere rentevoorzwaarden (voor alle looptijden) aanbieden dan die van de concurrent met de op twee na beste voorwaarden op de Oostenrijkse markt voor rechtstreekse onlinebanking.
- (122) Voor het Verbund geldt een acquisitieverbod, d.w.z. dat het geen controle- of minderheidsdeelnemingen noch gebundelde activa mag verwerven. De enige uitzonderingen zijn a) acquisities die nodig zijn voor het handhaven van de financiële stabiliteit en/of de stabiliteit van het Verbund of voor het verzekeren van een daadwerkelijke mededinging, mits deze acquisities vooraf door de Commissie zijn goedgekeurd, en b) acquisities die met het oog op het beheer van bestaande verplichtingen van cliënten met betalingsmoeilijkheden tot de normale lopende werkzaamheden van een bank behoren.
- (123) Voor het Verbund geldt verder een advertentieverbod, het mag dus niet adverteren met de toekenning van steunmaatregelen of met de voordelen die hieruit voortvloeien.
- (124) Op grond van de andere gedragsregels moet het Verbund zorgen voor passende belonings- en risicobeheersystemen. Het beloningsbeleid van het Verbund moet transparant zijn, berusten op stimulansen die het nemen van buitensporige risico's voorkomen en gericht zijn op duurzame langetermijndoelstellingen voor de onderneming. Het Verbund bouwt het risicobeheer verder uit en voert een voorzichtig, solide en op duurzaamheid gericht commercieel beleid.
- (125) Daarom is de Commissie van mening dat de nieuwe lijst met toezeggingen de mededingingsversturende effecten die de bestaande steun ten gunste van ÖVAG creëert, op passende wijze beperkt,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

#### *Artikel 1*

1. De maatregelen en de daarmee verbonden lijst met toezeggingen in het herstructureringsplan van 23 juni 2015 vormen geen nieuwe staatssteun.
2. De maatregelen en de daarmee verbonden lijst met toezeggingen in het herstructureringsplan van 23 juni 2015 zijn van dien aard dat de maatregelen waarnaar in artikel 1, lid 1, van Besluit 2013/298/EU wordt verwezen, verenigbaar met de interne markt blijven.

#### *Artikel 2*

1. Artikel 2 van Besluit 2013/298/EU luidt voortaan als volgt:

„Artikel 2

Oostenrijk draagt er zorg voor dat het op 23 juni 2015 ingediende herstructureringsplan, met inbegrip van de in de bijlage bij dit besluit genoemde toezeggingen, volledig ten uitvoer wordt gelegd.”.

2. De bijlage bij Besluit 2013/298/EU wordt vervangen door de bijlage bij dit besluit.

#### *Artikel 3*

Dit besluit is gericht tot de Republiek Oostenrijk.

Gedaan te Brussel, 2 juli 2015.

*Voor de Commissie*  
Margrethe VESTAGER  
*Lid van de Commissie*

BIJLAGE

„BIJLAGE

## LIJST MET TOEZEGGINGEN IN STEUNZAAK SA.31883 — ÖSTERREICHISCHE VOLKSBANKEN-AG

## PREAMBULE

Met het besluit van de Commissie van 19 september 2012 werd steunmaatregel SA.31883 (2011/C) van Oostenrijk ten gunste van Österreichische Volksbanken AG (ÖVAG) verenigbaar verklaard met de interne markt.

Op grond van de opnieuw noodzakelijk geworden herstructurering van de Volksbanken-sector is deze lijst met toezeggingen opgesteld, waarbij rekening is gehouden met de vroegere lijst met toezeggingen en het hieraan ten grondslag liggende herstructurerings- en ontwikkelingsplan voor ÖVAG (hierna „herstructureringsplan” genoemd). Hierdoor vervallen de bepalingen van de eerdere als bijlage bij het besluit van de Commissie van 19 september 2012 gevoegde lijst met toezeggingen.

Het aangepaste herstructureringsplan voorziet niet in aanvullende steunmaatregelen voor ÖVAG. De vermindering van het aandelenkapitaal van ÖVAG met inbegrip van het aandeel van Oostenrijk van 43,3 % (ongeveer 250 miljoen EUR) en de gelijktijdige vermindering van het Oostenrijkse participatiekapitaal van 300 miljoen EUR met 96,65 % vormen overeenkomstig artikel 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad <sup>(1)</sup> geen nieuwe staatssteun.

Oostenrijk formuleert de volgende toezeggingen met betrekking tot de Österreichische Volksbanken-Aktiengesellschaft (hierna „ÖVAG” genoemd) en het Volksbankenverbund, vertegenwoordigd door de Volksbank Wien-Baden AG (hierna „VBWB” genoemd) als nieuwe centrale instelling van het Verbund, opdat de Europese Commissie bij besluit overeenkomstig artikel 107, lid 3, onder b), VWEU kan vaststellen dat de aan ÖVAG toegekende steun verenigbaar is met de interne markt.

Deze tekst moet worden gelezen in de context van het algemene recht van de Unie, met inachtneming van Verordening (EG) nr. 659/1999 alsook met inaanmerkingneming van het besluit waaraan de toezeggingen als verbintenissen en/of voorwaarden en verplichtingen zijn gehecht.

**1. Algemeen**

- 1.1. Oostenrijk ziet erop toe dat het eind juni 2015 ingediende herstructureringsplan voor ÖVAG correct en volledig ten uitvoer wordt gelegd.
- 1.2. Oostenrijk ziet erop toe dat de hieronder vermelde toezeggingen bij de uitvoering van het herstructureringsplan volledig worden nagekomen.
- 1.3. De herstructureringsfase eindigt op de datum van de algemene vergadering van VBWB die beslist over de jaarrekening van 2019, uiterlijk echter op 30 juni 2020. De volgende toezeggingen zijn van toepassing tijdens de herstructureringsfase, tenzij in deze toezeggingen iets anders werd bepaald.

**2. Herstructurerings- en ontwikkelingsplan**

- 2.1. Het aandelenkapitaal van ÖVAG van 577 328 623,46 EUR (inclusief het aandeel van Oostenrijk ten belope van 43,3 %) wordt verminderd tot 19 335 951,23 EUR. Het participatiekapitaal van de staat van 300 miljoen EUR wordt pro rata met 96,65 % verminderd.
- 2.2. De functie van centrale instelling wordt op 31 december 2014 met terugwerkende kracht door ÖVAG als overdragende onderneming overgeheveld naar VBWB als overnemende onderneming, waarbij de overdragende onderneming tegen uitreiking van aandelen blijft bestaan.
- 2.3. Mits de bevoegde toezichthoudende autoriteit (ECB) haar goedkeuring verleent, trekt ÖVAG zich op 4 juli 2015 uit het Verbund terug en wordt daarna overeenkomstig § 162 van de Oostenrijkse wet betreffende het herstel en de afwikkeling van banken (BaSAG) na prudentiële goedkeuring als liquidatie-entiteit bestuurd en verliest zij haar banklicentie overeenkomstig § 1 van de Oostenrijkse bankwet (BWG). De naam van de liquidatie-entiteit wordt gewijzigd in „immigon portfolioabbau ag”.

<sup>(1)</sup> Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1).

- 2.4. Een aanspraak op de federale overheid als verstrekker van de activagarantie van 100 miljoen EUR is op grond van de overeenkomst betreffende een garantie tegen wanbetaling van 15 maart 2013 in de ontwerpversie van de aanvullende overeenkomst van 25 juni 2015 toegestaan vanaf 31 december 2015 tot en met de dag waarop de jaarrekening van ÖVAG voor het boekjaar 2017 wordt goedgekeurd.
- 2.5. De voorwaarden om een beroep te doen op de activagarantie zijn de gehele of gedeeltelijke oninbaarheid van de vorderingen van ÖVAG of de formele insolventie van de schuldenaar, alsook de noodzaak om een bestaande of dreigende faillissementsrechtelijke schuldenlast van ÖVAG te vermijden, mits voldaan is aan de andere voorwaarden in de bovengenoemde aanvullende overeenkomst. De einddatum voor de waardering van de zekerheden gedekte vorderingen uit de pool van vorderingen op basis van bijlage 1 van de overeenkomst inzake een garantie tegen wanbetaling van 15 maart 2013, zoals gewijzigd door de aanvullende overeenkomst, is 31 december 2015. Na die datum zullen geen verdere vorderingen worden aanvaard.
- 2.6. Het liquidatieplan van ÖVAG strekt tot liquidatie van de activa tot 31 december 2017. Bovendien zal het liquidatieplan ÖVAG een positieve restwaarde opleveren. Als gedeeltelijke compensatie voor de vermindering van het aandelenkapitaal van ÖVAG dat in handen is van Oostenrijk, zullen het Verbund en de Volksbanken Holding eGen hun vorderingen op de restwaarde van ÖVAG cederen aan Oostenrijk. Verder verbindt het Verbund zich ertoe om ernaar te streven dat ook de andere aandeelhouders van ÖVAG hun vorderingen aan Oostenrijk cederen.

### 3. **Verkoop van participaties van ÖVAG**

ÖVAG zal bij de toepassing van de onderhavige versie van de herstructureringsovereenkomst met Oostenrijk van 23 juni 2015 (hierna „herstructureringsovereenkomst” genoemd) alle aandelen in RZB vóór 31 december 2017 volledig van de hand doen („signing”).

### 4. **Maatregelen van de RZB**

Oostenrijk ziet erop toe dat de geplande maatregelen van de Raiffeisen Zentralbank Österreich AG (RZB) ter vermindering van het aandelenkapitaal van ÖVAG, zoals bepaald in de herstructureringsovereenkomst van 26 april 2012, op [...] voor het resterende bedrag van [0-20] miljoen EUR zijn uitgevoerd.

### 5. **Toekomstige winstuitkering door het Verbund**

- 5.1. Winstuitkeringen door in het Kreditinstituteverbund der Volksbanken geconsolideerde entiteiten op grond van § 30a lid 1 BWG aan derden (natuurlijke personen of rechtspersonen) zijn in principe enkel toegestaan mits aan de voorwaarden in de punten 5.2 tot 5.6 van deze overeenkomst is voldaan.
- 5.2. Het gebruik van het winstbewijs door Oostenrijk gebeurt volgens de voorwaarden van de herstructureringsovereenkomst; zo geeft de niet-inachtneming van de hierin omschreven drempelwaarden Oostenrijk het recht om te beschikken over de aandelen in VBWB die het overeenkomstig de herstructureringsovereenkomst heeft ontvangen.
- 5.3. Het gebruik van het winstbewijs door Oostenrijk overeenkomstig de herstructureringsovereenkomst gebeurt bij voorrang en voor ten minste het bedrag van de uitkering.
- 5.4. Het totale bedrag van alle uitkeringen is beperkt tot [5-8] miljoen EUR per jaar.
- 5.5. Oostenrijk ontvangt een van punt 5.3 onafhankelijke compensatie die even hoog is als de uitkering. Winstuitkeringen op bestanddelen van het eigen vermogen die na 29 juni 2015 ter versterking en tot herstel van het Verbund zijn getekend, geven geen aanleiding tot een compensatiebetaling aan Oostenrijk.
- 5.6. Het Verbund brengt vers extern tier 1-kernkapitaal aan (netto, na aftrek van terugbetalingen) voor ten minste een bedrag dat gelijk is aan de som van de jaarlijkse uitkeringen en compensaties (ter vervanging van ingehouden winsten).

### 6. **Verbod op dividenden van ÖVAG**

ÖVAG keert tot het einde van de afwikkeling geen dividenden uit. Voor zover zij juridisch gescheiden zijn, blijven betalingen ter vergoeding van steunmaatregelen hierdoor onverlet.

### 7. **Verbod op prijsleiderschap**

Zonder voorafgaande toestemming van de Commissie biedt Live Bank tot het einde van de afwikkeling voor deposito's geen betere rentevoorzwaarden (voor alle looptijden) aan dan de concurrent met de op twee na beste voorwaarden op de Oostenrijkse markt op het gebied van rechtstreekse onlinebanking.

## 8. **Vertegenwoordiging van Oostenrijk in de Volksbank Wien-Baden AG als centrale instelling van het Verbund**

- 8.1. Oostenrijk ontvangt vanaf de splitsing van ÖVAG en de overheveling van de functie van centrale instelling van het Verbund aan VBWB een deelneming van 25 % plus één aandeel („25 % + 1”), kosteloos overgedragen door het Verbund.
- 8.2. In geval van niet-terugbetaling overeenkomstig punt 9.3 van deze overeenkomst ontvangt Oostenrijk nog aandelen in VBWB tot een totaal aandeel van [26-40] %, die door het Verbund kosteloos worden overgedragen. Oostenrijk krijgt bovendien het recht te beschikken over alle aangehouden aandelen in overeenstemming met de bepalingen van de herstructureringsovereenkomst.
- 8.3. Het Verbund verzekert Oostenrijk het recht op de helft van de door de eigenaars aan te wijzen leden van de raad van toezicht van VBWB.

## 9. **Vergoeding voor de steun**

- 9.1. De door Oostenrijk aan ÖVAG toegekende activagarantie van 100 miljoen EUR blijft vergoed worden met een niet-winstafhankelijke premie van 10 % per jaar.
- 9.2. Overeenkomstig de herstructureringsovereenkomst verleent VBWB Oostenrijk een winstbewijs als compensatie voor het in ÖVAG ten gevolge van de splitsing verminderde participatiekapitaal van de overheid van 300 miljoen EUR. Op de betaling op dat winstbewijs dient het participatiekapitaal van de staat in mindering te worden gebracht, dat bij de splitsing behouden blijft en correct wordt terugbetaald.
- 9.3. De uitkering op het winstbewijs moet bij de goedkeuring van de jaarrekening van de VBWB van [...] ten minste [0-50] miljoen EUR en bij de goedkeuring van de jaarrekening van VBWB van [...] ten minste [0-100] miljoen EUR bedragen. Wanneer een van deze drempels niet wordt gehaald, moet een nieuw herstructureringsplan worden aangemeld. Er wordt opgemerkt dat de herstructureringsovereenkomst op het moment van de goedkeuring van de jaarrekening van VBWB van [...] voorziet in een betaaldrempel van ten minste [0-200] miljoen EUR en op het moment van de goedkeuring van de jaarrekening van VBWB van [2020-2025] in een volledige betaling.

## 10. **Andere gedragsregels**

- 10.1. ÖVAG en het Verbund verbinden zich tot een verbod op acquisities. Dit betreft zowel het verwerven van ondernemingen met een eigen juridische structuur, aandelen in ondernemingen alsook gebundelde activa die een activiteit of bedrijfs onderdeel vertegenwoordigen. Dit verbod geldt niet voor acquisities die moeten gebeuren met het oog op het behoud van de financiële stabiliteit en/of de stabiliteit van het Verbund, dan wel in het belang van een daadwerkelijke mededinging, voor zover zij vooraf door de Commissie zijn goedgekeurd. Het verbod geldt evenmin voor acquisities die met het oog op het beheer van bestaande verplichtingen van cliënten met betalingsmoeilijkheden tot de normale lopende werkzaamheden van een bank behoren.
- 10.2. ÖVAG en het Verbund gebruiken de toekenning van de steun of de daaruit voortvloeiende voordelen niet voor advertentiedoeleinden.
- 10.3. ÖVAG en het Verbund onderzoeken het stimulerende effect en het passende karakter van hun beloningssystemen en zorgen ervoor — in het kader van de door het burgerlijk recht geboden mogelijkheden — dat deze geen blootstelling aan onevenredige risico's veroorzaken en dat zij op duurzame ondernemingsdoelstellingen op lange termijn gericht zijn en transparant zijn.
- 10.4. Het Verbund breidt de risicomonitoring en het risicotoezicht verder uit en voert een voorzichtig, solide en op duurzaamheid gericht ondernemingsbeleid.

## 11. **De monitoring trustee**

- 11.1. Oostenrijk ziet erop toe dat de volledige en correcte uitvoering van het herstructureringsplan van ÖVAG evenals de volledige en correcte naleving van alle toezeggingen in deze lijst permanent worden gecontroleerd door een onafhankelijke, voldoende gekwalificeerde en tot geheimhouding gehouden monitoring trustee.
- 11.2. Voor de benoeming, de taakomschrijving, de verplichtingen en de kwijting van de monitoring trustee gelden de procedures zoals die in de bijlage over de trustee zijn beschreven.



- 11.3. Oostenrijk zorgt ervoor dat de Commissie of de trustee tijdens de tenuitvoerlegging van het onderhavige besluit onbeperkt toegang krijgen tot alle informatie die voor het toezicht op die tenuitvoerlegging noodzakelijk is. De Commissie of de trustee kunnen ÖVAG en het Verbund om nadere verklaringen en toelichtingen verzoeken. Oostenrijk, ÖVAG en het Verbund zullen met de Commissie en met de monitoring trustee zeer nauw samenwerken bij alle kwesties die verband houden met het toezicht op de tenuitvoerlegging van dit besluit.”
-

**BESLUIT (EU) 2016/154 VAN DE COMMISSIE****van 22 juli 2015****betreffende steunmaatregel SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) — Herclassificatie van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het hoogspanningsnet als kapitaal die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van EDF***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2015) 4959)***(Slechts de tekst in de Franse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea <sup>(1)</sup>,Na de belanghebbenden overeenkomstig het genoemde artikel te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken <sup>(2)</sup>,

En gezien deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) Bij besluit van 16 oktober 2002 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU (hierna „het inleidingsbesluit” genoemd) ingeleid ten aanzien van het voordeel dat voortvloeide uit de niet-betaling van de vennootschapsbelasting door het overheidsbedrijf „Électricité de France (E.D.F.), Service National” (hierna „EDF” genoemd, eind 2004 omgevormd tot naamloze vennootschap „Électricité de France SA”) over een gedeelte van de belastingvrije en als kapitaal geherclassificeerde boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het hoogspanningsnet (réseau d'alimentation générale, hierna „RAG” genoemd) bij de herindeling van haar balans in 1997.
- (2) In de aan de Commissie bij brief van 11 december 2002 toegezonden opmerkingen betwisten de Franse autoriteiten dat EDF een fiscaal voordeel heeft genoten, en voeren zij aan dat de aanvullende kapitaalinjectie een onderkapitalisatie corrigeerde en bijgevolg gerechtvaardigd was.
- (3) Bij brief van 21 januari 2003 heeft de Commissie de enige van een belanghebbende ontvangen opmerkingen aan de Franse autoriteiten doorgezonden en hen verzocht hun opmerkingen te maken. De Franse autoriteiten hebben niet gereageerd op deze opmerkingen.
- (4) Op 12 februari 2003 is een technische bijeenkomst tussen de Commissie en de Franse autoriteiten gehouden, gevolgd door een verzoek om inlichtingen van de Commissie van 4 juli 2003.
- (5) Op 11 november 2003 heeft Frankrijk verdere inlichtingen verstrekt. Op 17 november 2003 is opnieuw een technische bijeenkomst gehouden tussen de Commissie, de Franse autoriteiten en vertegenwoordigers van EDF. De Franse autoriteiten hebben op 20 november 2003 aanvullende inlichtingen verstrekt.
- (6) Bij beschikking van 16 december 2003 <sup>(3)</sup> heeft de Commissie de steunmaatregel ten gunste van EDF onverenigbaar met de interne markt verklaard en de terugvordering van deze steun, vermeerderd met rente, verlangd. De steun is in februari 2004 terugbetaald.

<sup>(1)</sup> Met ingang van 1 december 2009 zijn de artikelen 87 en 88 VEG respectievelijk de artikelen 107 en 108 VWEU geworden. De bepalingen in beide verdragen zijn inhoudelijk identiek. In het kader van dit besluit moeten verwijzingen naar de artikelen 107 en 108 van het VWEU waar nodig worden begrepen als verwijzingen naar, respectievelijk, de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag. Bij het VWEU zijn ook enkele wijzigingen in de terminologie aangebracht, zoals de vervanging van „Gemeenschap” door „Unie”, van „gemeenschappelijke markt” door „interne markt” en van „Gerecht van eerste aanleg” door „Gerecht”. In dit besluit wordt de terminologie van het VWEU gebruikt.

<sup>(2)</sup> PB C 280 van 16.11.2002, blz. 8.

<sup>(3)</sup> PB L 49 van 22.2.2005, blz. 9.

- (7) In zijn arrest van 15 december 2009 heeft het Gerecht de beschikking van de Commissie nietig verklaard <sup>(1)</sup>. Frankrijk heeft het in 2004 terugbetaalde steunbedrag opnieuw aan EDF uitbetaald.
- (8) In zijn arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof de door de Commissie tegen het arrest van het Gerecht ingestelde hogere voorziening afgewezen <sup>(2)</sup>.
- (9) Bij besluit van 2 mei 2013 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure uitgebreid (hierna „het besluit tot uitbreiding van de procedure” genoemd) <sup>(3)</sup>.
- (10) De Franse autoriteiten hebben hun opmerkingen aan de Commissie doen toekomen op 1 juli 2013.
- (11) Bij brief van 13 augustus 2013 heeft de Commissie de opmerkingen van één enkele belanghebbende, namelijk EDF, van 29 juli 2013, doorgezonden aan de Franse autoriteiten en hen verzocht hun opmerkingen te maken. Op 11 oktober 2013 hebben de Franse autoriteiten gereageerd op de opmerkingen van EDF.
- (12) Op 18 oktober 2013 heeft EDF de Commissie een studie van een consultant (Oxera) van 15 oktober 2013 doen toekomen. Op 22 oktober 2013 heeft de Commissie deze studie doorgezonden aan de Franse autoriteiten en hen uitgenodigd hun opmerkingen te maken. In die uitnodiging om opmerkingen te maken, was evenwel het voorbehoud opgenomen dat de studie meer dan tweeënhalve maand na de in het besluit tot uitbreiding van de procedure vastgestelde uiterste datum was toegezonden, en dat zij was opgesteld na de beslissing om te investeren in EDF waarop de Franse autoriteiten zich beriepen. Op 6 november 2013 hebben de Franse autoriteiten hun opmerkingen over de studie ingediend.
- (13) Op 14 november 2013 heeft een bijeenkomst tussen de Commissie en de Franse autoriteiten plaatsgevonden. Op 15 november 2013 heeft de Commissie verzocht om verdere inlichtingen en toelichtingen bij de opmerkingen van de Franse autoriteiten, die haar op 23 december 2013 zijn verstrekt.
- (14) Op 22 november 2013 heeft EDF de Commissie een juridisch advies op verzoek van EDF doen toekomen ter aanvulling en ondersteuning van haar opmerkingen van 29 juli 2013.
- (15) Op 12 maart 2014 heeft een bijeenkomst met de Commissie in aanwezigheid van de Franse autoriteiten plaatsgevonden.
- (16) Op 13 mei 2014 heeft de Commissie de Franse autoriteiten verzocht om eventuele opmerkingen bij het door EDF verstrekte juridische advies, evenals om toelichtingen en aanvullende gegevens, die haar bij brief van 19 juni 2014 zijn verstrekt.

## 1. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGEL

### 1.1. DE BEGUNSTIGDE: EDF, ONTWIKKELING VAN HAAR STATUS EN HAAR KAPITAAL

- (17) EDF is opgericht bij wet nr. 46-628 van 8 april 1946 betreffende de nationalisatie van elektriciteit en gas (hierna „wet nr. 46-628” genoemd). Op grond van artikel 1 van die wet zijn de productie, het transport, de distributie, de invoer en de uitvoer van elektriciteit in Frankrijk genationaliseerd. Bij deze wet is het beheer van de genationaliseerde elektriciteitsbedrijven toevertrouwd aan een nationale overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter, met name „Électricité de France (E.D.F.), Service National”.
- (18) In artikel 16 van wet nr. 46-628 is bepaald dat het nettosaldo van de aan EDF overgedragen goederen, rechten en verplichtingen haar kapitaal vormt, aan de Staat toebehoort, onvervreemdbaar is en, in geval van exploitatieverliezen, moet worden aangezuiverd door de resultaten van de latere boekjaren. Overeenkomstig artikel 1 van decreet nr. 56-493 van 14 mei 1956 betreffende de aan EDF verstrekte kapitaalinjecties zijn de regels van artikel 16 van voornoemde wet van toepassing op deze kapitaalinjecties. Overeenkomstig artikel 2 van datzelfde decreet geven deze kapitaalinjecties aanleiding tot de uitkering van een rente en een dividend aan de Staat.

<sup>(1)</sup> Arrest van het Gerecht van 15 december 2009, EDF/Commissie, T-196/04, ECLI:EU:T:2009:505.

<sup>(2)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

<sup>(3)</sup> PB C 186 van 28.6.2013, blz. 73.

- (19) Krachtens wet nr. 46-628 is EDF sinds haar oprichting, en ook nog in 1997, een nationale overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter die niet onder de voor naamloze vennootschappen geldende bepalingen valt. Een overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter heeft geen maatschappelijk kapitaal, in tegenstelling tot een naamloze vennootschap van publiek recht, die in handen is van haar aandeelhouders<sup>(1)</sup>. Ondanks de in de desbetreffende teksten gebruikte termen „kapitaal” en „kapitaalinjectie” beschikte EDF vanwege haar status van publiekrechtelijke rechtspersoon niet over een maatschappelijk kapitaal. Wet nr. 2004-803 van 9 augustus 2004 betreffende de openbare dienst voor elektriciteit en gas en elektriciteits- en gasbedrijven (hierna „wet nr. 2004-803” genoemd) voorzag in een toekomstige verandering van deze status. In artikel 24 van wet nr. 2004-803 was gepreciseerd dat EDF, waarvan meer dan 70 % van het kapitaal in handen van de Staat moest zijn, behoudens andersluidende bepalingen onder de regels voor naamloze vennootschappen zou vallen. In artikel 47 van deze wet was voorts bepaald dat de overheidsinstelling EDF later zou worden omgevormd tot naamloze vennootschap, onder voorbehoud van de publicatie van een decreet betreffende haar nieuwe status. In artikel 46 was gepreciseerd dat de balans van EDF per 31 december 2004 zou worden opgesteld op basis van de balans per 31 december 2003 en de resultaatrekening voor het boekjaar 2004 van de overheidsinstelling EDF.
- (20) De omvorming van EDF tot naamloze vennootschap is van kracht geworden bij decreet nr. 2004-1224 van 17 november 2004 betreffende de statuten van de naamloze vennootschap Électricité de France. In de aan het decreet gehechte statuten is bepaald dat EDF voortaan een naamloze vennootschap was die onder de wet- en regelgeving voor handelsondernemingen valt, met name het handelswetboek, voor zover er niet van wordt afgeweken door specifiekere bepalingen, met inbegrip van de statuten zelf.
- (21) In artikel 6 van de statuten van EDF is bepaald dat het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap, dat aanvankelijk volledig in handen van de Staat was, is vastgesteld op 8,129 miljard EUR, verdeeld in 1 625 800 000 aandelen van 5 EUR elk. Het maatschappelijk kapitaal van de nieuwe naamloze vennootschap EDF is in november 2004 vastgesteld op hetzelfde bedrag als het cumulatieve kapitaal en de cumulatieve kapitaalinjecties van de overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter EDF, namelijk 8,1 miljard EUR. Dit bedrag aan kapitaal en kapitaalinjecties was bereikt ingevolge wet nr. 1026 van 10 november 1997 houdende diverse economische en commerciële maatregelen (hierna „wet nr. 97-1026” genoemd), en is sinds 1997 ongewijzigd gebleven.
- (22) Zoals bepaald in wet nr. 2004-803 en de statuten van EDF moest — en moet — de Staat te allen tijde meer dan 70 % van het kapitaal van de maatschappij in handen hebben. In november 2005 zijn nieuwe, tot notering op Euronext toegelaten aandelen van EDF tegen open prijs aangeboden, waardoor het kapitaal van EDF werd opgesteld voor andere aandeelhouders dan de Staat.

#### 1.2. VORMING VAN BOEKHOUDKUNDIGE VOORZIENINGEN VOOR DE VERVANGING VAN HET FRANSE HOOGSPANNINGSNET

- (23) Bij artikel 36 van wet nr. 46-628 zijn alle genationaliseerde elektriciteitsconcessies aan EDF overgedragen. Voor deze concessies moet de concessiehouder zich volgens artikel 37 van de wet houden aan een typebestek. De verschillende aldus door de Staat aan EDF overgedragen concessies voor het elektriciteitsvervoer zijn in 1958 samengevoegd tot één enkele concessie, het zogenoemde „réseau d'alimentation générale” (het Franse hoogspanningsnet), hierna „het RAG” genoemd.
- (24) Bij gebrek aan specifieke boekhoudkundige regels voor concessies beschouwt EDF zich sinds 1946 als eigenaar van de goederen die deel uitmaken van het RAG, en heeft zij die goederen op de actiefzijde van haar balans opgevoerd. Op grond van artikel 8 van het bij decreet nr. 56-1225 van 28 november 1956 goedgekeurde bestek moet EDF alle onderhoudswerkzaamheden en vervangingen uitvoeren die nodig zijn om de in concessie gegeven installaties in goede staat te houden.
- (25) In 1987 heeft EDF, naar aanleiding van een wijziging in 1982 van het algemeen boekhoudkundig plan tot invoering van specifieke regels voor goederen die aan het eind van de concessie aan de Staat moeten worden teruggegeven, haar boekhoudkundige praktijk gewijzigd voor de activa van het RAG die tot dan als eigen vermogen werden beschouwd, en heeft zij deze activa onder de balanspost „in concessie gegeven goederen” opgenomen. Op deze activa heeft EDF de speciale boekhoudkundige regels toegepast die in Frankrijk zijn vastgesteld voor in concessie gegeven goederen die aan de Staat moeten worden teruggegeven wanneer de concessie is verstreken. Daarnaast heeft zij onbelaste boekhoudkundige voorzieningen aangelegd voor de vervanging van het RAG.
- (26) In een verslag van 1994<sup>(2)</sup> stelt de Franse Rekenkamer dat het, in het geval van één enkele permanente bij wet aangewezen concessiehouder van de Staat, zoals EDF, moeilijk was de goederen waaruit het RAG bestond, te beschouwen als goederen die aan het eind van de concessie moesten worden teruggegeven aan de Staat, in tegenstelling tot het eigen vermogen van het RAG, dat aan EDF toebehoorde. Met andere woorden, de door EDF

<sup>(1)</sup> Antwoord van de Franse autoriteiten van 23 december 2013, punten 71 en 72.

<sup>(2)</sup> Speciaal verslag nr. 1993 van 10 oktober 1994 over de concessies van EDF

in 1987 ingevoerde boekhoudkundige wijziging die ertoe leidde dat belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen werden aangelegd, leek de Franse Rekenkamer niet gerechtvaardigd. De onderneming en de toezicht houdende autoriteiten hebben snel maatregelen genomen om de situatie van EDF te regulariseren.

- (27) In 1997 had EDF in haar boekhouding twee soorten onbelaste boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het RAG: de nog niet aangewende voorzieningen, voor een bedrag van 38,5 miljard FRF, en de rechten van de concessiegever, die overeenkomen met reeds gerealiseerde vervangingen, voor een bedrag van 18,345 miljard FRF.

### 1.3. HERCLASSIFICATIE VAN DE BOEKHOUDKUNDIGE VOORZIENINGEN

- (28) Bij wet nr. 97-1026 is de status van de goederen waaruit het RAG bestaat, verduidelijkt. In artikel 4 van deze wet is het volgende bepaald:

- „I. De installaties van het hoogspanningsnet worden geacht aan Électricité de France in eigendom toe te behoren vanaf het tijdstip waarop haar de concessie voor dit net is verleend.
- II. Voor de toepassing van het bepaalde in punt I wordt op 1 januari 1997 de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het hoogspanningsnet, welke zijn vermeld aan de passiefzijde van de balans van Électricité de France, na aftrek van de desbetreffende herwaarderingsreserves, opgevoerd onder de post „Kapitaalinjecties”...”.

- (29) De wet moest worden toegepast voor alle transacties die betrekking hadden op het kapitaal van EDF. In de in 1997 geldende versie van artikel 16 van wet nr. 46-628 was namelijk bepaald dat het kapitaal van EDF onvervreemdbaar was en aan de Staat toebehoorde. De uit de herclassificatie van de voorzieningen voor de vervanging van het RAG voortvloeiende kapitaalinjecties in EDF vielen dan ook onder het Franse recht.

- (30) Bij wet nr. 97-1026 is de eigendom van de activa van het RAG vastgesteld. De balans is dus heringedeeld bij wet nr. 97-1026. De door EDF tussen 1987 en 1996 gevormde voorzieningen voor de vervanging van het RAG met het oog op de teruggave van deze al dan niet gebruikte activa aan de Staat werden overbodig als de goederen van het RAG als eigendom van EDF werden beschouwd.

- (31) In bijlage 1 bij een aan EDF gerichte brief van 22 december 1997 van de minister van Economische Zaken, Financiën en Industrie, van de staatssecretaris voor Begrotingszaken en van de staatssecretaris voor Industrie (hierna: „de brief van de minister van Economische Zaken” genoemd) wordt de nieuwe balansindeling van EDF overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 toegelicht:

„— Herclassificatie van de „rechten van de concessiegever” (18 345 563 605 FRF):

Consolidering in kapitaalinjecties van de tegenwaarde van in concessie verstrekte goederen in natura voor het RAG ter hoogte van 14 119 065 335 FRF.

Aggregatie van de herwaarderingsreserves voor het RAG van 1959 (2 425 miljoen FRF) en 1976 (niet-afschrijfbaar activa: 97 miljoen FRF) met de post „herwaarderingsreserves RAG”, waardoor dit bedrag stijgt van 1 720 miljoen FRF naar 4 145 miljoen FRF.

Aggregatie van gereglementeerde voorzieningen voor de herwaarderingsreserves van afschrijfbaar activa van 1976 (1 704 miljoen FRF), waardoor deze post toeneemt van 877 miljoen FRF naar 2 581 miljoen FRF.

Herclassificatie van de niet langer gerechtvaardigde voorzieningen voor vervanging (38 520 943 408 FRF), met het oog op de vernieuwing van het RAG, onder toepassing van advies nr. 97-06 van de „Conseil national de la comptabilité” van 18 juni 1997 betreffende boekhoudkundige wijzigingen.”.

- (32) In het kader van de nieuwe balansindeling van EDF hebben de Franse autoriteiten advies nr. 97-06 van 18 juni 1997 van de Conseil national de la comptabilité opgevolgd. In dit advies betreffende wijzigingen in boekhoudkundige methoden, wijzigingen in ramingen, wijzigingen in fiscale opties en foutcorrecties (hierna „het advies van de Conseil national de la comptabilité” genoemd) wordt aangeraden boekhoudkundige foutcorrecties, die per definitie betrekking hebben op de boekhoudkundige verwerking van eerdere bedrijfsactiviteiten, te boeken op de balans van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd.

- (33) Overeenkomstig wet nr. 97-1026 en de brief van de minister van Economische Zaken zijn de herwaarderingsreserves zonder fiscale gevolgen overgeboekt naar de rubriek „eigen vermogen”. Ze komen namelijk overeen met herwaarderingsmeerwaarden die zijn gerealiseerd in het kader van een belastingvrijstelling of een regeling inzake belastingneutraliteit uit hoofde van de herwaarderingswetten van 1959 en 1976.

#### 1.4. FISCALE GEVOLGEN VAN DE HERCLASSIFICATIE VAN DE BOEKHOUDKUNDIGE VOORZIENINGEN

- (34) In bijlage 3 bij de brief van de minister van Economische Zaken is ook aangegeven wat de fiscale gevolgen van de nieuwe balansindeling van EDF zijn. Er is een verschil van 38,5 miljard FRF in de nettoactiva geconstateerd als gevolg van de herclassificatie van de ongebruikte voorzieningen voor vervanging, waarover een vennootschapsbelasting van 41,66 % verschuldigd is (het in 1997 geldende tarief). De nog niet aangewende voorzieningen ter hoogte van 38,5 miljard FRF zijn dan ook normaal belast door de Franse autoriteiten. Over het gedeelte van de eveneens belastingvrije voorzieningen dat is geconsolideerd als kapitaalinjectie en dat overeenkomt met de rechten van de concessiegever, is daarentegen geen belasting geheven.
- (35) In een nota van het directoraat-generaal belastingen van 9 april 2002 aan de Commissie geven de Franse autoriteiten aan dat de RAG-rechten van de concessiegever een niet-verschuldigd bedrag vertegenwoordigen waarover ten onrechte geen belasting hoeft te worden betaald omdat dit is toegevoegd aan het kapitaal en dat voordat de reserve zou zijn toegevoegd aan het kapitaal, deze had moeten worden overgebracht vanaf de passiva van het bedrijf, waar de reserve nu ten onrechte is weergegeven als nettostaat. Zodoende is een positief verschil van het belastbare nettoactief ontstaan overeenkomstig artikel 38-2 van het algemene belastingwetboek. Zij merken op dat het aldus [in 1997 door EDF] verkregen belastingvoordeel op 5,88 miljard FRF kan worden geraamd ( $14,119 \times 41,66 \%$ ).

#### 2. INLEIDINGSBESLUIT

- (36) In haar inleidingsbesluit concludeert de Commissie dat de onregelmatige vorming van aanvullende voorzieningen voor de vervanging van het RAG over de periode 1987-1996 EDF heeft begunstigd in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze maatregel heeft EDF een selectief economisch voordeel verschafte dat voortvloeide uit het verschil tussen de gekapitaliseerde waarde van de niet-betaalde vennootschapsbelasting over de voorzieningen in diezelfde periode en het bedrag van de door EDF in 1997 ingevolge de inwerkingtreding van artikel 4 van wet nr. 97-1026 betaalde vennootschapsbelasting.
- (37) Hoewel EDF vóór de inwerkingtreding van Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad <sup>(1)</sup> tot liberalisering van de elektriciteitssector in Frankrijk activiteiten uitoefende op een reeks markten met monopolie-rechten, was de Commissie van oordeel dat de betrokken steunmaatregelen ten gunste van EDF de mededinging hadden vervalst of dreigden te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig hadden beïnvloed in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit was met name het gevolg van het feit dat, ondanks de exclusieve rechten van EDF bij de uitoefening van bepaalde activiteiten in Frankrijk, op deze markten toch een zeker handelsverkeer plaatsvond tussen lidstaten. Bovendien was er sprake van vrije mededinging op verwante markten waarop EDF haar activiteiten reeds had gediversifieerd tot buiten haar exclusieve rechten, zowel uit geografisch als sectoraal oogpunt. Deze gevolgen waren reeds geruime tijd vóór de liberalisering van de elektriciteitssector aanwezig.
- (38) De Commissie concludeerde ook dat het nieuwe steun betrof die in dat stadium niet leek te voldoen aan de voorwaarden van artikel 107, leden 2 en 3, VWEU. De Franse autoriteiten hebben zich overigens niet beroepen op de bepalingen van artikel 106, lid 2, VWEU.

#### 3. OPMERKINGEN VAN EEN BELANGHEBBENDE

- (39) Bij schrijven van 6 januari 2003 heeft de Nationale vakbond van onafhankelijke producenten van thermische elektriciteit (Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Électricité Thermique — SNPIET) de Commissie opmerkingen doen toekomen in het kader van de formele onderzoeksprocedure. Met betrekking tot de niet-betaling, in 1997, van de vennootschapsbelasting over een deel van de belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG heeft EDF zich volgens die opmerkingen in het kader van haar activiteiten niet gehouden aan de regelgeving voor industriële en commerciële ondernemingen, in tegenstelling tot het bepaalde in wet nr. 46-628 van 8 april 1946.

#### 4. OPMERKINGEN VAN FRANKRIJK OVER HET BESLUIT TOT INLEIDING VAN DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

- (40) De Franse autoriteiten hebben hun opmerkingen aan de Commissie doen toekomen bij schrijven van 11 december 2002. Ze beschouwen het feit dat EDF in 1997 geen vennootschapsbelasting heeft betaald over een gedeelte van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG niet als een vorm van staatssteun.

<sup>(1)</sup> Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB L 27 van 30.1.1997, blz. 20).

- (41) Allereerst betwisten de Franse autoriteiten het door de Commissie genoemde bedrag van de voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG. In de tweede plaats houden de Franse autoriteiten vol dat EDF, zelfs zonder voorzieningen voor de vervanging van het RAG, als gevolg van de overdracht van grote fiscale verliezen niet in staat zou zijn geweest de vennootschapsbelasting tussen 1987 en 1996 te betalen. Omdat de Staat bovendien zowel eigenaar van EDF als concessiegever van het RAG is, zijn de Franse autoriteiten van mening dat de rechten van de concessiegever geen daadwerkelijk invorderbare schuld vormen voor de Staat. Bij de nieuwe balansindeling van 1997 hebben ze deze rechten van de concessiegever bijgevolg opgevoerd als eigen vermogen van EDF om haar onderkapitalisatie te corrigeren zonder dat hierover vennootschapsbelasting hoefde te worden betaald.
- (42) De Franse autoriteiten zijn van mening dat de boekhoudkundige herindeling van 1997 kan worden beschouwd als een aanvullende kapitaalinjectie ter hoogte van de gedeeltelijke belastingvrijstelling, die er eveneens toe strekte een onderkapitalisatie te corrigeren. EDF en de Staat zouden een toewijzing van het quasi-eigen vermogen aan het kapitaal hebben gewenst, los van de vennootschapsbelasting. Er werd van uitgegaan dat het doeltreffender en neutraler zou zijn de rechten van de concessiegever rechtstreeks en voor het volledige bedrag ervan aan het eigen vermogen toe te wijzen dan een equivalente transactie uit te voeren die zou hebben bestaan in de toevoeging van een nettobedrag na vennootschapsbelasting aan het kapitaal, EDF te verzoeken vennootschapsbelasting te betalen ten bedrage van het verschil van het nettoactief, en ten slotte een aanvullende kapitaalinjectie te verrichten voor een bedrag dat overeenkomt met de betaalde belasting.
- (43) Volgens de Franse autoriteiten was een dergelijke aanvullende kapitaalinjectie gerechtvaardigd door de rentabiliteitsvooruitzichten van EDF in 1997, die zich in de daaropvolgende jaren overigens hebben geconcretiseerd. Volgens de Franse autoriteiten zou een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in vergelijkbare omstandigheden een dergelijke kapitaalinjectie hebben gedaan.
- (44) Voorts zijn de Franse autoriteiten het er niet mee eens dat de vergoeding van de Staat tussen 1987 en 1996 onrechtmatig is verlaagd door de vorming van de betrokken voorzieningen. Ze geven aan dat de vergoeding van de Staat zelfs bij een hoger nettoresultaat hetzelfde zou zijn geweest omdat de hoogte van de vergoeding in die periode niet was gekoppeld aan een vooraf vastgesteld percentage van het nettobedrijfsresultaat. Deze hoogte was door de Staat zelf vastgesteld als absolute waarde en was niet noodzakelijk gerelateerd aan de financiële situatie van het bedrijf. Bovendien werd deze vergoeding niet verplicht ingehouden op de nettowinst van elk boekjaar. Vanuit dit oogpunt en gelet op de overgedragen verliezen van EDF benadrukken de Franse autoriteiten dat de Staat tussen 1987 en 1996 uiteindelijk een dividend heeft geïnd dat aanmerkelijk boven de vennootschapsrechtelijke limieten lag.
- (45) Bovendien zijn de Franse autoriteiten van oordeel dat, zelfs als de vorming van voorzieningen voor de vervanging van het RAG tot een voordeel had geleid, dit voordeel zou zijn tenietgedaan door de verhoging van de vennootschapsbelasting in 1997. Ze zijn eveneens van mening dat EDF in de periode 1987-1996 over het geheel genomen meer vennootschapsbelasting aan de Staat heeft betaald dan zou zijn betaald door een handelsonderneming, die geen voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG zou hebben aangelegd en aan de aandeelhouder een dividend van 37,5 % over het nettoresultaat na belastingen zou hebben uitgekeerd.
- (46) De Franse autoriteiten zijn bovendien van mening dat, als er al sprake zou zijn van een onrechtmatig voordeel, het een bestaande en geen nieuwe steunmaatregel zou betreffen, gelet op de in artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999 **van de Raad** <sup>(1)</sup> vastgestelde verjaringstermijn van tien jaar, die is ingegaan op het moment van de eerste steunverlening. Aangezien het eerste verzoek om inlichtingen van de Commissie dateert van 10 juli 2001, zou eventuele vóór 1991 verleende steun zijn verjaard. De Franse autoriteiten zijn van mening dat de tussenkomst van de wetgever in 1997 er niet toe heeft geleid dat deze verjaringstermijn is opgeschort, aangezien alleen maatregelen van de Commissie een dergelijke werking kunnen hebben. Tot slot oordelen de Franse autoriteiten dat het hoe dan ook een bestaande steunmaatregel betreft, aangezien hij is genomen vóór de liberalisering van de elektriciteitsmarkt.
- (47) In hun brief van 20 november 2003 verwijzen de Franse autoriteiten naar hun argumenten betreffende de herwaarderingsreserves die zijn meegerekend in het bedrag voor de rechten van de concessiegever in de maatschappelijke rekeningen, en betreffende de toepassing van de verjaringsregel. Bovendien stellen zij dat op de nieuwe balansindeling van EDF een vennootschapsbelasting van 36,67 % (het tarief van 1996) en niet 41,66 % (het tarief van 1997) had moeten worden toegepast. Ze zijn namelijk van mening dat deze herindeling heeft plaatsgevonden op basis van een belastingaangifte van 23 december 1997, d.w.z. na sluiting van het boekjaar 1996 maar vóór sluiting van het boekjaar 1997.
- (48) De Franse autoriteiten betwisten dan ook de bewering van de Commissie dat EDF in 1997 in het voordeel is gesteld omdat zij geen vennootschapsbelasting heeft betaald over een gedeelte van de belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG.

<sup>(1)</sup> Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1).

## 5. DE ARRESTEN VAN DE VAN DE RECHTERLIJKE INSTANTIES VAN DE EUROPESE UNIE

- (49) In zijn arrest van 15 december 2009 heeft het Gerecht de beschikking van de Commissie van 16 december 2003 nietig verklaard op grond van het feit dat het aan de Commissie was om na te gaan of een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in dezelfde omstandigheden een investering van vergelijkbare omvang zou hebben gedaan. Volgens het Gerecht had de Commissie moeten nagaan of de transactie voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder. Het gerecht heeft dan ook geoordeeld dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, en artikel 107 VWEU heeft geschonden.
- (50) In zijn arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof de door de Commissie tegen het arrest van het Gerecht ingestelde hogere voorziening afgewezen. Het Hof was met name van mening dat de vaststelling van het Gerecht, namelijk dat de verplichting van de Commissie om na te gaan of de Staat het kapitaal heeft ingebracht onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, geldt ongeacht de vorm waarin het kapitaal door de Staat is ingebracht, niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Voorts oordeelde het Hof dat de beoordeling van het Gerecht dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing kan zijn zelfs wanneer fiscale middelen zijn aangewend, evenmin van een onjuiste rechtsopvatting getuigt.

## 6. BESLUIT TOT UITBREIDING VAN DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

- (51) Als gevolg van de nietigverklaring van de beschikking van 16 december 2003 moet de Commissie een nieuw besluit vaststellen krachtens artikel 266 VWEU en artikel 13 van Verordening (EG) nr. 659/1999 om de procedure af te sluiten met inachtneming van de rechtspunten die definitief zijn vastgesteld in het arrest van het Hof. Aangezien de beschikking van 16 december 2003 nietig was verklaard, moest de Commissie de kwesties met betrekking tot de artikelen 3 en 4 van deze beschikking opnieuw bezien.
- (52) Enerzijds had noch het Hof, noch het Gerecht geoordeeld dat het inleidingsbesluit onregelmatig was. Het kan dus de basis vormen voor een nieuw eindbesluit. Anderzijds heeft het Hof duidelijk toepasselijkheids- en toepassingscriteria voor het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie vastgesteld. Deze criteria zijn met name gebaseerd op het bestaan van objectieve en verifieerbare elementen waaruit blijkt dat de beslissing van de lidstaat er wel degelijk in bestond te investeren in het gecontroleerde overheidsbedrijf, op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou hebben doen uitvoeren alvorens deze investering te doen teneinde uit te maken of een dergelijke investering in de toekomst winst zal opleveren <sup>(1)</sup>.
- (53) In haar besluit tot uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure merkt de Commissie op dat er in dat stadium van de administratieve procedure geen enkel bewijs of document was ter staving van de bewering van de Franse autoriteiten dat de boekhoudkundige herindeling van 1997 kan worden beschouwd als een aanvullende kapitaalinjectie voor een bedrag dat overeenkomt met de gedeeltelijke belastingvrijstelling. In tegenstelling tot de opmerkingen van de Franse autoriteiten leek een dergelijke aanvullende kapitaalinjectie geen steun te vormen, maar veeleer een investering te zijn die een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in vergelijkbare omstandigheden ook zou hebben gedaan, en die wordt gerechtvaardigd door de rentabiliteitsvooruitzichten van EDF in 1997, die zich in de daaropvolgende jaren overigens hebben geconcretiseerd.
- (54) In het uitbreidingsbesluit geeft de Commissie in het licht van de beschikbare gegevens en documenten toelichtingen bij haar voorlopige analyse van het mogelijke economische voordeel als gevolg van de niet-betaling door EDF in 1997 van de vennootschapsbelasting over het gedeelte van de belastingvrije voorzieningen dat overeenkomt met 14,119 miljard FRF aan rechten van de concessiegever die zijn geherclassificeerd als kapitaalinjecties.
- (55) In dit verband leek de algemene beoordeling van de feiten van de zaak aan te tonen dat deze maatregel een overheidsmaatregel was, wat de toepasbaarheid van het beginsel van de particuliere investeerder uitsluit. De Franse autoriteiten hebben hun bewering namelijk niet gestaafd met gegevens of met een businessplan dat voorafging aan of samenviel met het besluit om aan EDF geen belasting aan te rekenen, en dat de rentabiliteit van een dergelijke transactie zou aantonen. Op materieel vlak merkte de Commissie met betrekking tot de door het Hof genoemde criteria op dat Frankrijk de datum van de verstekte documenten naar behoren moest vaststellen en het bewijs moest voorleggen dat zij vóór de litigieuze beschikking waren onderzocht door de bevoegde ministers en ambtenaren en door de kamers van het Parlement.
- (56) Bij ontstentenis van deze elementen leek Frankrijk daarentegen bij de uitoefening van haar fiscale bevoegdheden een afwijkende fiscale behandeling te hebben toegepast bij de herindeling van de balans van EDF wat betreft de herclassificatie van de rechten van de concessiegever overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026. Er waren geen uitdrukkelijke begrotingsbepalingen op grond waarvan deze fiscale middelen vooraf aan EDF werden toegewezen, en evenmin waren voorschriften of controles op investeringsgebied ten uitvoer gelegd om de vermeende investering een rechtsgrondslag te verschaffen.

<sup>(1)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 84.



- (57) In haar uitbreidingsbesluit merkt de Commissie subsidiair voorts op dat, ook al was het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing geweest, uit de toepassing van het beginsel in dat stadium kon worden geconcludeerd dat een particuliere investeerder in 1997 geen 5,88 miljard FRF zou hebben geïnvesteerd in een kapitaalinjectie in EDF. Bij gebrek aan door de Franse autoriteiten verstrekte elementen leek het uitgesloten dat een particulier investeerder in normale marktomstandigheden de vermeende investering zou hebben gedaan zonder vooraf objectieve en betrouwbare studies te hebben onderzocht, bij voorkeur van een onafhankelijke beleggingsadviseur en niet van, bijvoorbeeld, de begunstigde onderneming, die met name het rendement op het geïnvesteerde kapitaal, het uitzicht op rendement op investeringen en de aan een dergelijke investering verbonden intrinsieke risico's, zowel in absolute zin als ten opzichte van de vergoedingsregelingen, zouden aantonen.
- (58) De Commissie voegde in dit verband toe dat een voorzichtige particuliere investeerder, alvorens zijn middelen vast te leggen, onderzoek zou hebben gedaan naar de onzekerheid omtrent het bedrag en de ontwikkeling van de pensioenlasten waaraan EDF in 1997 het hoofd moest bieden in het kader van haar specifieke regeling, en naar de mogelijke beoordeling daarvan door een investeerder op dat ogenblik.
- (59) Gelet op het voorafgaande leek de gedeeltelijke vrijstelling van de vennootschapsbelasting in 1997 geen productieve investering door de Staat als aandeelhouder te zijn, maar veeleer een fiscale uitzonderingsmaatregel die EDF een economisch voordeel kon hebben verschaft.
- (60) Bovendien bleek dat met de niet-inning van de door EDF verschuldigde vennootschapsbelasting staatsmiddelen gemoeid waren en dat de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten daardoor ongunstig konden worden beïnvloed, zodat de andere voorwaarden voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU vervuld waren.
- (61) Bij gebrek aan een rechtsgrondslag om productiesteun die de positie van EDF versterkt ten opzichte van haar concurrenten, verenigbaar met de interne markt te kunnen verklaren, uit de Commissie in haar besluit van 2 mei 2013 twijfels ten aanzien van de verenigbaarheid van de steun met de interne markt. In het inleidingsbesluit waren reeds analoge twijfels gerezen.

#### 7. OPMERKINGEN VAN DERDEN

- (62) Bij brief van 29 juli 2013 heeft EDF opmerkingen over het uitbreidingsbesluit ingediend. EDF formuleert drie grote punten van kritiek ten aanzien van de in dit besluit ontwikkelde redenering: i) het besluit gaat voorbij aan de lering van het arrest van het Gerecht en aan de ware aard van de herkapitalisatie van EDF door de Staat, ii) het besluit is overdreven formalistisch in die zin dat het ten onrechte een businessplan voor de investering verlangt, terwijl de herkapitalisatie het resultaat is van een rijp beraad zoals blijkt uit talrijke documenten uit die periode en iii) in het besluit wordt, zonder bewijsvoering, gesteld dat geen enkele investeerder in een situatie die deze van de Staat zo dicht mogelijk benadert, een vergelijkbare investering zou hebben gedaan, in tegenstelling tot de door EDF ter staving van haar opmerkingen verstrekte feitelijke elementen.
- (63) Volgens EDF bleef de Commissie de door de Franse Staat in 1997 goedgekeurde maatregel dan ook louter vanuit het oogpunt van de vermeende fiscale gevolgen analyseren, terwijl het Gerecht deze benadering duidelijk heeft verworpen. Zoals het Gerecht heeft bevestigd, vormt de maatregel die door de Staat ten uitvoer is gelegd met de herclassificatie van de rechten van de concessiegever als kapitaalinjecties, een herkapitalisatie die bedoeld was om het onevenwicht in de balans van EDF te corrigeren in het vooruitzicht van de openstelling van de energiemarkten voor concurrentie. De brief van de minister van Economische Zaken van 22 december 1997 bevat geen afzonderlijk fiscaal besluit dat afwijkt van de wet van 1997, maar strekt ertoe de fiscale gevolgen ervan vast te stellen. Het is deze ene ondeelbare herkapitalisatiemaatregel die moet worden onderzocht, en niet de vermeende fiscale gevolgen die er in het besluit tot uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure artificieel van worden gescheiden.
- (64) Volgens EDF is een specifiek businessplan voor de investering niet verplicht op grond van de rechtspraak, die namelijk geen formaliteiten op dit gebied oplegt, maar objectieve en verifieerbare elementen van vóór of uit de periode van de maatregel verlangt. Voor het overige zou een dergelijk businessplan in 1997 niet noodzakelijk zijn geweest voor de Staat. Die beschikte over vijf vertegenwoordigers in de Raad van bestuur van EDF, had sinds 1946 en op het ogenblik van de feiten het hele kapitaal van EDF in handen, kende de onderneming perfect en was betrokken bij haar beheer en de vaststelling van haar strategische richtsnoeren vanuit een langetermijnperspectief. Volgens EDF was een dergelijk langetermijnperspectief in het geval van EDF met name belangrijk vanwege het kapitaalintensieve karakter van haar activiteiten en de levensduur van haar installaties die tientallen jaren, in sommige gevallen 30 tot 75 jaar, bedraagt.

- (65) Volgens EDF heeft de Staat een investering verricht op basis van nauwkeurige analyses en prognoses in de hoedanigheid van aandeelhouder en niet in de hoedanigheid van overheid, zoals ook blijkt uit talrijke documenten uit die periode. Zo zijn in 1995 besprekingen aangevat waarbij EDF en haar vakministers werden betrokken om de consequenties te trekken uit het in overweging 26 vermelde advies van de Franse Rekenkamer. Aandachtspunten hierbij waren met name de nieuwe balansindeling van de onderneming en de winstgevendheid van het kapitaal. De besprekingen leidden tot de ondertekening van de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF voor de periode 1997-2000, op 8 april 1997, en tot de gelijktijdige indiening van een wetsontwerp betreffende diverse economische en financiële bepalingen, waarvan artikel 45 identiek is aan artikel 4 van wet nr. 97-1026. Volgens EDF kan uit de voorbereidende werkzaamheden van de Nationale Vergadering en de Senaat en zelfs uit de wet zelf worden opgemaakt dat de aard van de overheidsinterventie die van een aandeelhouder is: een kapitaalinjectie om EDF te herkapitaliseren.
- (66) Zoals blijkt uit een veertigtal documenten uit die periode, die EDF bij haar documenten, analyses en overwegingen heeft gevoegd, liet de Staat zich leiden door vier belangrijke overwegingen:
- rekening houden met de nieuwe concurrentiesituatie waarbij de markten geleidelijk worden opengesteld als gevolg van Richtlijn 96/92/EG,
  - zijn financiële betrekkingen met EDF normaliseren op basis van het gemene recht door dubbelzinnigheden uit het verleden op te heffen,
  - het significante onevenwicht in de balansstructuur van EDF rechtekken door haar eigen middelen te versterken,
  - internationale vergelijkingen vergemakkelijken om de geloofwaardigheid van de onderneming bij de financiële gemeenschap te verhogen.
- (67) Tot slot is het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie voor EDF niet alleen van toepassing vanwege de genoemde overwegingen, maar is het in dit geval ook vervuld omdat de Staat heeft gehandeld zoals een particuliere investeerder zou hebben gehandeld. Volgens EDF is het, zoals het Hof in de punten 78 en 89 van het arrest stelt, zaak te bepalen of EDF hetzelfde voordeel had kunnen verkrijgen als het voordeel dat met staatsmiddelen ter beschikking is gesteld onder normale marktomstandigheden, en of dit voordeel, vanwege de gevolgen ervan, de mededinging kan vervalsen of dreigen te vervalsen.
- (68) Uit tal van documenten uit die periode blijkt ook hier dat de Staat de winstgevendheid van zijn investering wel degelijk heeft onderzocht en gekwantificeerd, zoals een investeerder als enige aandeelhouder van de onderneming zou hebben gedaan, vanuit een langetermijnperspectief. De vergoeding van de Staat is in de ondernemingsovereenkomst van EDF voor 1997-2000 op basis daarvan vastgesteld, en kwam op dat ogenblik overeen met de vergoedingen van aandeelhouders van vergelijkbare vennootschappen. Zo zijn de ramingen van de bedragen die EDF aan de Staat zou moeten betalen in de periode 1997-2000, door de Staat onderzocht voordat de overeenkomst werd gesloten.
- (69) Voorts liep EDF in haar opmerkingen van juli 2013 vooruit op een aan Oxera opgedragen studie, die nog niet was afgerond toen EDF haar opmerkingen indiende. EDF voerde aan dat de studie van Oxera de van de investering van de Staat in 1997 verwachte interne opbrengstvoet zou vergelijken met die welke voor een vergelijkbare investering werd verlangd door de kapitaalmarkten, en dat hieruit zou blijken dat een particuliere investeerder de investering zou hebben gedaan onder de in de ondernemingsovereenkomst voor 1997-2000 vastgestelde voorwaarden.
- (70) EDF heeft deze studie van Oxera van 15 oktober 2013 <sup>(1)</sup> op 18 oktober 2013 aan de Commissie doen toekomen zonder verdere opmerkingen. Zoals EDF in haar opmerkingen van juli 2013 voorspelde, wordt in de studie van Oxera geconcludeerd dat een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou hebben geïnvesteerd in de verhoging van het bedrag van de kapitaalinjecties voor EDF. Deze conclusie vloeit voort uit het feit dat het rendement (de interne opbrengstvoet) dat een investeerder in 1997 had kunnen verwachten, tussen de 35 % en de 15 % lag, met een gemiddelde van 27 % over vijf jaar, wat hoe dan ook meer was dan het rendement van 12,7 % dat een dergelijke investeerder zou hebben verlangd. Bij de berekening van het rendement wordt de waarde, aan het begin en aan het eind van de periode, van de verkoop van de rechten van de Staat in EDF in aanmerking genomen.

(1) „Does the 1997 recapitalisation of EDF by the French State meet the private investor test?“. Eindverslag van 15 oktober 2013.

- (71) De economische fundamentals van EDF waren naar eigen zeggen, afgezien van het zwakke eigen vermogen, gezond in 1997. Analisten hebben destijds evenmin twijfels geuit ten aanzien van de financiële levensvatbaarheid of de handelsperspectieven op het moment van de investering door de Staat. De rating van EDF was uitstekend (Aaa voor Moody's tussen 1992 en 1997, AAA voor Standard & Poor's in de periode 1996-1997), en zou dit nog steeds geweest zijn zelfs wanneer hij had moeten worden verlaagd met één of twee trappen om rekening te houden met de staatsgarantie die aan EDF was verleend als overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter. Uit meerdere documenten uit die periode blijkt dat de hoogte van de vergoeding van de Franse Staat door EDF vergelijkbaar was met de opbrengst uit dividenden van de vennootschappen van de CAC40 (4,5 tot 5 % van het kapitaal) en van de ondernemingen in de energiesector in Europa (voor 1996 en 1997 respectievelijk op 4,7 % en 5,27 % geraamd). Hieruit bleek overigens dat EDF op de kapitaalmarkt hetzelfde kapitaalbedrag had kunnen krijgen, zodat de mededinging niet kon worden vervalst door de gevolgen van de maatregel.
- (72) EDF is met name van mening dat een particuliere investeerder die het hele kapitaal van een dochteronderneming in handen heeft, in vergelijkbare omstandigheden in staat zou zijn geweest een vergelijkbare investering in die dochteronderneming te verrichten, door een vordering op laatstgenoemde, van welke aard ook, om te zetten in kapitaal. Deze analyse is kracht bij gezet door een op verzoek van EDF uitgebracht juridisch advies. Met zijn poging om een disproportionele financiële structuur als gevolg van het zwakke eigen vermogen in verhouding tot de financiële schuldenlast recht te trekken, zou de Staat het de onderneming mogelijk hebben gemaakt te concurreren met andere grote marktspelers uit die sector in de Unie. Diezelfde aandeelhouder zou dus niet bewust een significant onevenwicht in de balans van zijn dochteronderneming met gezonde economische fundamentals hebben laten voortduren, terwijl hij over een eenvoudig middel beschikte om dit onevenwicht recht te trekken door een vordering in kapitaal om te zetten.
- (73) Volgens EDF kan dus redelijkerwijs worden aangenomen dat een particuliere investeerder in een situatie die deze van de Staat zo dicht mogelijk benadert, namelijk een aandeelhouder die 100 % van de aandelen van de onderneming bezit en die handelt vanuit een langetermijnperspectief, op een zeer kapitaalintensieve markt die op het punt staat te worden opengesteld voor concurrentie, dezelfde investering zou hebben gedaan.

#### 8. OPMERKINGEN VAN FRANKRIJK OVER HET BESLUIT TOT UITBREIDING VAN DE PROCEDURE

- (74) De Franse autoriteiten zijn in de eerste plaats van mening dat de Staat bij de herclassificatie van de rechten van de concessiegever als kapitaal van EDF zonder vennootschapsbelasting te heffen, heeft gehandeld als een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie. Volgens hen is de maatregel die de Commissie moet analyseren, in tegenstelling tot het bepaalde in het besluit tot inleiding van de procedure van 16 oktober 2002 en het besluit tot uitbreiding van de procedure van 2 mei 2013, een eenmalige maatregel tot herkapitalisatie van EDF via de goedkeuring van artikel 4 van wet nr. 9-1026, en geen maatregel tot toekenning van een belastingvrijstelling voor de herclassificatie van de rechten van de concessiegever als kapitaal, die los zou kunnen worden gezien van die wet. Zij baseren zich op de gegevens in een aantal aan hun opmerkingen gehechte documenten van 1996 en 1997 die deze verklaring volgens hen ondersteunen en bevestigen. Deze documenten zijn vermeld in de overwegingen 87 tot en met 108. Voor de Franse autoriteiten zouden overigens ook andere, door EDF overgelegde documenten hun opmerkingen kracht bij zetten.
- (75) Daarnaast wijzen de Franse autoriteiten erop dat zij het steunbedrag betwisten en herhalen zij hun opmerkingen van 20 november 2003 volgens welke voor deze belasting het tarief van 1996 zou moeten gelden en niet dat van 1997, zoals uiteengezet in overweging 47.

#### **Betreffende de toepasselijkheid van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie**

- (76) De Franse autoriteiten betwisten dat zij de litigieuze belastingvrijstelling in hun hoedanigheid van openbare macht hebben toegekend, waardoor het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie niet kan worden toegepast. Volgens hen verlangt het Hof niet dat de lidstaat een echt businessplan voorlegt dat betrekking heeft op de litigieuze maatregel.
- (77) In dit verband merken zij in de eerste plaats op dat EDF in 1997 een industriële en commerciële overheidsinstelling was die onder toezicht van de Staat stond, die daardoor goed bekend was met de onderneming, alsook met haar industriële strategie en haar financiële perspectieven. Volgens hen zijn de gegevens en beoordelingen waarover de Staat beschikte alvorens de litigieuze maatregel te nemen, en die de winstgevendheid van de investering aantonen, dan ook ontvankelijk. De Commissie moet een algemene analyse verrichten die met name deze elementen, alsook alle andere relevante elementen bevat.

- (78) Ten tweede menen de Franse autoriteiten, gelet op de aard en het doel van artikel 4 van wet nr. 97-1026, dat de Staat bij de toekenning van een belastingvrijstelling voor de herclassificatie van de rechten van de concessiegever heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van aandeelhouder. Deze wet was namelijk voorafgegaan door de ondertekening van de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF op 8 april 1997, voor de periode 1997-2000, waarvan de uitvoering de goedkeuring van wetgevende maatregelen tot herindeling van haar balans veronderstelde. Voordien hadden de toezichthoudende autoriteiten bij schrijven van 12 juli 1996 aan EDF gemeld dat deze overeenkomst een ambitieuze doelstelling had wat betreft de vergoeding van de Staat. Titel III van de overeenkomst voorzag in een vergoeding van de Staat die twee elementen omvat: i) een vergoeding voor de kapitaalinjecties tegen een vast percentage van 3 %, en ii) een aanvullende vergoeding van 40 % van het nettobedrijfsresultaat van EDF, waarbij de som van beide elementen evenwel niet meer mag bedragen dan 6 % van het bedrag van de kapitaalinjecties.
- (79) De Staat heeft deze vergoeding onderzocht in de vorm van te verwachten dividenden, die hij, wat de aanvullende vergoeding betreft, heeft becijferd op 3,5 miljard FRF, en die aan het eind van de periode konden oplopen tot 6 miljard FRF, zoals blijkt uit een schrijven van de toezichthoudende autoriteiten aan EDF van 22 april 1997. Deze raming was gebaseerd op de economisch-financiële vooruitzichten die EDF op 19 februari 1997 aan de diensten van het ministerie van Financiën had verstrekt, en op de hypothesen in de ondernemingsovereenkomst. Het verslag van de rapporteur van de Senaat van september 1997 over wet nr. 97-1026 bevatte ook analyses van de diensten van het ministerie over de verwachte gevolgen voor de vergoeding van de Staat als aandeelhouder voor 1998, ten bedrage van 2,6 miljard FRF, waarvan 1,5 miljard uit een vaste rente bestond en 1,1 miljard uit een aanvullende vergoeding. De Staat heeft dus de te verwachten vergoedingen geraamd alvorens de betrokken maatregel vast te stellen, zoals elke aandeelhouder die wenst deel te nemen aan de kapitaalverhoging van zijn onderneming, dit zou doen.
- (80) Ten derde zijn de Franse autoriteiten van mening dat de herclassificatie van de rechten van de concessiegever, en meer in het algemeen, de nieuwe balansindeling van EDF en de versterking van het eigen vermogen, de zwakke kapitaalstructuur van de onderneming opvingen. Als deze zwakke kapitaalstructuur had aangehouden, dan was EDF wellicht voor een verhoging van de rente voor haar schuld komen te staan en voor een probleem met haar handelspartners als gevolg van een negatieve beoordeling van het tegenpartijrisico. Deze bezorgdheid van de Staat als aandeelhouder kwam naar voren in de toelichting bij artikel 4 van het wetsontwerp (later wet nr. 97-1026), en ook in de toespraak van de bevoegde minister die het wetsontwerp voor de Senaat presenteerde op 2 oktober 1997.
- (81) In de verslagen van de afgevaardigde en de senator die rapporteerden over het wetsontwerp in respectievelijk de Nationale Vergadering en de Senaat, wordt overigens het positieve effect benadrukt van de nieuwe balansindeling van EDF op de schuldquote ten opzichte van het eigen vermogen: in het eerste verslag was dit laatste met een bedrag van 24,2 miljard FRF als ontoereikend aangemerkt ten opzichte van de schuldvorderingen uit leningen (131,9 miljard FRF) en het nettoactief (696,4 miljoen FRF); de versterking van het eigen vermogen gaf EDF een balansstructuur die beter aansluit bij haar economische realiteit, en tevens relevantere vergelijkingen met de Europese concurrenten mogelijk maakt; in het tweede verslag wordt bovendien de nadruk gelegd op de positieve gevolgen voor EDF van een verhoogde geloofwaardigheid bij de financiële gemeenschap en bij haar potentiële partners. Volgens de Franse autoriteiten is de versterking van de financiële structuur van een onderneming een bezorgdheid van een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in een vergelijkbare situatie.
- (82) Hieruit vloeit volgens hen voort dat het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie wel degelijk van toepassing was, aangezien de Staat bij de herclassificatie, zonder belastingheffing, van de voorzieningen voor rechten van de concessiegever als kapitaal van EDF heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.

#### **Betreffende de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie**

- (83) In de eerste plaats herinneren de Franse autoriteiten eraan dat de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF voorzag in een vergoeding van de Staat die twee elementen omvat: i) een vergoeding voor de kapitaalinjecties tegen een vast percentage van 3 % en ii) een aanvullende vergoeding van 40 % van het nettobedrijfsresultaat van EDF, waaruit zou blijken dat de Staat beschikte over gegevens betreffende het verwachte rendement op het geïnvesteerde kapitaal. Zoals overigens blijkt uit vorengenoemd verslag van het Parlementslid heeft de herclassificatie van de voorzieningen voor rechten van de concessiegever als kapitaal door het bestaan van een vaste rente op de kapitaalinjecties geleid tot een verhoging van de absolute waarde van de vergoeding van de Staat als gevolg van de verbreding van de grondslag.
- (84) Voorts menen de Franse autoriteiten dat de winstgevendheid van de investering in EDF in 1997 moet worden bekeken vanuit een langetermijnperspectief, gelet op de toekomstige betalingen aan de Staat en de waardeverhoging van de onderneming. Bij de positieve nettoresultaten na belasting en vergoeding van de Staat (1,4 miljard FRF bovenop de vergoeding van de Staat van 2,5 miljard in 1998) zou in de periode 1997-2000 nog een aanzienlijk bedrag aan gegenereerde middelen van ongeveer 70 miljard FRF komen, zoals voorzien in de ondernemingsovereenkomst. Zoals wordt benadrukt in het schrijven van EDF van 19 februari 1997 had de Staat zich wel degelijk een verhoging van de vermogenswaarde tot doel gesteld die op dat bedrag was becijferd, en die voortvloeide uit de schuldafbouw, de vorming van activa en de investeringen in ontwikkeling, wat uitzicht bood op een verhoging van de kapitaalwaarde van EDF.

- (85) Tot slot zou de Staat als aandeelhouder bij de inschatting van de risico's van de investering rekening hebben gehouden met de kenmerken van de hoofdactiviteit van EDF, die zich vooral in Frankrijk ontwikkelde en stoelt op het principe van gereguleerde tarieven die de kosten van de onderneming moeten dekken. Deze kenmerken beperkten het aan de investering verbonden risico en bijgevolg ook de rentabiliteitseis. Uit een nota van EDF van 27 juli 1996, die aan de Senaat is toegezonden op 15 september 1997, zou overigens blijken dat de vergoedingen van de aandeelhouders in buitenlandse ondernemingen aanzienlijk verschilden naargelang van het institutionele en regelgevende kader van de sector in de verschillende landen.
- (86) Volgens de Franse autoriteiten betekent dit dat de Staat bij de herclassificatie van de voorzieningen voor rechten van de concessiegever als kapitaal zonder heffing van vennootschapsbelasting heeft gehandeld als een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie. Deze conclusie wordt bovendien bevestigd door de opmerkingen van EDF, en door de in de overwegingen 62 tot en met 73 vermelde studies en analyses waarop die gebaseerd zijn. Met zijn de Franse autoriteiten van mening dat de Commissie dezelfde analyse als in de door EDF verstrekte economische studie van Oxera moet verrichten om vast te stellen of de herkapitalisering van EDF door de Staat in 1997 al dan niet het karakter van een voorzichtige investering heeft.

### Door Frankrijk overgelegde documenten ter staving van haar opmerkingen

- (87) Ter staving van hun reactie op het besluit tot uitbreiding van de procedure hebben de Franse autoriteiten negen documenten overgelegd aan de Commissie als bijlage bij hun opmerkingen van 1 juli 2013. Deze negen documenten zijn overgelegd ter staving van hun argument in hun opmerkingen van 11 december 2002 dat een aanvullende kapitaalinjectie die overeenkomt met de opbrengst van de niet-geïnde belasting, werd gerechtvaardigd door rentabiliteitsvooruitzichten van EDF in 1997, die zich in de daaropvolgende jaren overigens hebben geconcretiseerd. Onverminderd de door Frankrijk in haar opmerkingen naar voren gebrachte elementen dient een systematische analyse te worden verricht van de belangrijkste elementen in deze documenten.
- (88) De documenten hebben betrekking op hetzij de voorbereiding, of de uitvoering van de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF voor de periode 1997-2000, hetzij de bespreking van het wetsontwerp dat vervolgens wet nr. 97-1026 is geworden. Het betreft stukken van 1996 tot en met 1997, dus uit de periode van de vermeende beslissing tot investeringen. Concreet betreft het de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 <sup>(1)</sup>, brieven van de toezichthoudende ministers <sup>(2)</sup>, brieven van de onderneming aan de diensten van het ministerie of de Senaat <sup>(3)</sup> en documenten en twee verslagen van de Nationale Vergadering en de Senaat ter voorbereiding van de bespreking van het wetsontwerp <sup>(4)</sup>. De inhoud van de documenten wordt hieronder nader toegelicht.
- (89) In een schrijven van 12 juli 1996 aan de voorzitter van EDF tonen de toezichthoudende ministers zich verheugd over de resultaten van de beheersovereenkomst 1993-1996 tussen EDF en de Staat en beginnen zij, met het oog op de vervaldatum van 31 december 1996, met de voorbereiding van de beheersovereenkomst 1997-2000. Voorts wordt in het schrijven gepreciseerd dat voor het financieel evenwicht van de beheersovereenkomst 1997-2000 een nieuw kader moest worden vastgesteld dat de boekhoudkundige en fiscale situatie van EDF moest harmoniseren na de sinds 1995 verrichte werkzaamheden. In het schrijven wordt verzocht de werkzaamheden en de besprekingen tussen de bevoegde diensten en EDF aan te vatten, en worden de drie belangrijkste, in de toekomstige overeenkomst in aanmerking te nemen doelstellingen aan de onderneming bekendgemaakt:
- in de eerste plaats vonden de ministers dat de door de onderneming gerealiseerde productiviteitswinst haar in staat moest stellen haar prijsverlagingsbeleid voor te zetten en bij te dragen aan het concurrentievermogen van de Franse industrie en aan de verhoging van de koopkracht van de particuliere consument,
  - EDF moest tegelijkertijd ook haar inspanningen op het vlak van schuldafbouw voortzetten en een ambitieuze doelstelling voor de vergoeding van de Staat vaststellen, met een stimuleringsmechanisme voor EDF om haar resultaten te verbeteren,
  - tot slot moest de beheersovereenkomst ook voorzien in strategische richtsnoeren voor de internationale ontwikkeling van EDF, waarbij prioriteiten moeten worden gesteld.

<sup>(1)</sup> Ondernemingsovereenkomst Staat/EDF 1997-2000, ondertekend op 8 april 1997.

<sup>(2)</sup> Brief van 12 juli 1996 van de minister van Economische zaken en Financiën en van de minister van Industrie, Post en Telecommunicatie aan de voorzitter van EDF; brief van 22 april 1997 van de minister van Economische zaken en Financiën, van de viceminister van Begroting en van de minister van Industrie, Post en Telecommunicatie aan de voorzitter van EDF.

<sup>(3)</sup> Brief van de financieel directeur van EDF aan het hoofd van de dienst financieringen en deelnemingen van het ministerie van Financiën van 19 februari 1997; analysenota van EDF van 27 juli 1996 over de vergoeding van de aandeelhouder, toegezonden aan de Senaat op 15 september 1997.

<sup>(4)</sup> Toelichting bij artikel 45 van het wetsontwerp houdende diverse economische en financiële bepalingen, goedgekeurd in de ministerraad op 5 april 1997; verslag van de commissie van Financiën, Algemeen economisch beleid en Plan van de Nationale Vergadering, ingediend door Parlementslid Didier MIGAUD, van 10 september 1997 over wetsontwerp nr. 201 houdende fiscale en financiële spoedmaatregelen; verslag van senator Alain Lambert over het wetsontwerp houdende fiscale en financiële spoedmaatregelen, ingediend op 24 september 1997; toespraak van de minister van Economische Zaken, Financiën en Industrie bij de indiening van het wetsontwerp MUFF bij de Senaat op 2 oktober 1997.

- (90) Na de voorbereidende werkzaamheden voor de overeenkomst heeft de financieel directeur van EDF op 19 februari 1997 een nota van EDF van 18 februari 1997 aan de directeur van de Schatkist doen toekomen. De nota bevatte de belangrijkste hypothesen van het financieel scenario dat ten grondslag lag aan de ondernemingsovereenkomst voor de periode 1997-2000, met de jaarlijkse resultaatrekeningen en de voorlopige financieringstabellen voor de periode.
- (91) De nota voorzag in een jaarlijkse tariefverlaging (– [...] (\*) %, – [...] %, – [...] %, – [...] %), industriële investeringen in ontwikkeling voor [...] FRF, waarvan [...] voor internationale ontwikkeling, en investeringen voor [...] FRF in de hoofdactiviteit in de periode 1997-2000. Voorts is ook sprake van een vergoeding van 3 % die fiscaal aftrekbaar is van de kapitaalinjecties op een grondslag die op 50 miljard FRF is geraamd na de nieuwe balansindeling, en van 40 % van het resultaat na het vaste vergoedingsgedeelte en de vennootschapsbelasting. De schuld aan het eind van het jaar moest van [...] FRF eind 1996 op [...] eind 2000 worden gebracht. Evenzo moest het saldo van de schuld minus de activa van [...] FRF eind 1996 op [...] FRF eind 2000 worden gebracht.
- (92) Van de documenten die door de Franse autoriteiten als bijlage bij hun opmerkingen zijn toegezonden, is de nota van EDF van 18 februari 1997, die de volgende dag aan de toezichhoudende autoriteiten is toegezonden, het enige document dat systematische en becijferde vooruitzichten en prognoses voor de economische en financiële bedrijfsresultaten bevat. Op basis van die prognoses van februari 1997 kon de Staat als aandeelhouder rekenen op een rendement op het geïnvesteerde kapitaal van 2,1 miljard FRF in 1997, 2,5 miljard in 1998, 2,4 miljard in 1999 en 2,4 miljard in 2000, d.w.z. een jaargemiddelde van 2,35 miljard FRF. De in de nota opgenomen voorlopige resultaatrekening van EDF voor 1997-2000 zag er als volgt uit:

Tabel 1

**Voorlopige resultaatrekening van EDF 1997-2000 (in miljard FRF — actuele waarde)**

	1997	1998	1999	2000
Ontvangsten	186,3	184,2	185,7	187,5
Uitgaven	177,0	177,2	179,1	180,9
waarvan brandstof en aangekochte energie	36,9	36,8	37,8	38,5
waarvan exploitatiekosten	88,3	91,2	93,6	95,7
Resultaat van de hoofdactiviteit	9,3	7,0	6,6	6,6
Resultaat vóór vergoeding van de Staat	6,8	6,5	6,1	6,1
Vergoeding voor de kapitaalinjecties	1,5	1,5	1,5	1,5
Aanvullende vergoeding	0,6	1,0	0,9	0,9
Vennootschapsbelasting	3,9	2,6	2,4	2,3
Nettoresultaat	0,9	1,4	1,3	1,4

Bron: Nota van EDF van 18 februari 1997 „Contrat d'Entreprise — Perspectives Economico-Financières” (Ondernemingsovereenkomst — economisch-financiële vooruitzichten).

- (93) Zoals gepreciseerd in de nota van EDF was de aan de Staat betaalde vergoeding fiscaal aftrekbaar. Dit is een afwijking op het beginsel volgens hetwelk vennootschapsbelasting wordt geheven op het resultaat van de onderneming na afschrijvingen en renten, wat het nettoresultaat en bijgevolg het eventueel voor de betaling van dividenden bestemde bedrag verlaagt. Deze ad-hocafwijking hield een potentiële verhoging van de aan de Staat als aandeelhouder betaalde vergoeding in en een overeenkomstige vermindering van de aan de Staat als belastingontvanger te betalen belasting. In hun antwoord van 23 december 2013 preciseren de Franse autoriteiten dat de vergoeding voor de kapitaalinjecties met ingang van 2001 is gelijkgesteld met een gewoon dividend en dat de fiscale aftrekbaarheid van deze vergoeding bijgevolg is afgeschaft. Deze gelijkstellingsregel is toegepast voor het groepscontract tussen EDF en de Staat voor de periode 2001-2003, dat in de plaats kwam van het contract voor de periode 1997-2000.

(\*) Bedrijfsgevoelige informatie.

- (94) Op 8 april 1997 is een ondernemingsovereenkomst gesloten tussen de Staat en EDF voor de periode 1997-2000, die door de toezichthoudende ministers en de voorzitter en directeur-generaal van EDF is ondertekend. In de overeenkomst waren de belangrijkste krachtlijnen gepreciseerd die EDF in haar maatregelen op middellange termijn moest opnemen, alsook de wederzijdse verbintenissen van de ondertekenaars, en werd erop gewezen dat deze verbintenissen waren aangegaan op basis van brede referentiehypothesen en slechts ter discussie konden worden gesteld in geval van een significante verandering in de omgeving van de onderneming. De overeenkomst bevatte diverse verbintenissen onder drie titels: de belangrijkste taken van het overheidsbedrijf herbevestigen (titel I), vandaag beginnen met de voorbereiding van de toekomst van de onderneming (titel II) en voorzien in een hernieuwd financieel en institutioneel kader voor de onderneming (titel III). Bijlage I bij de overeenkomst bevatte de prestatie-indicatoren voor de uitvoering, en bijlage II de per jaar voorziene tariefbewegingen voor de periode 1997-2000.
- (95) De belangrijkste in de overeenkomst vastgelegde verbintenissen en krachtlijnen die verband houden met het onderwerp van dit besluit, worden hieronder weergegeven:
- de Staat herbevestigde zijn wil om de status van de onderneming te handhaven die, samen met andere factoren, zijn doeltreffendheid had bewezen en een stabiele referentie moest blijven bij de verdere ontwikkelingen, zoals mogelijk werd gemaakt door de Europese richtlijn betreffende de organisatie van de interne markt voor elektriciteit <sup>(1)</sup>. EDF moest van haar kant bijdragen aan ruimtelijke ordening en nationale solidariteit, met name via een ambitieus beleid ter ondersteuning van de economische activiteit en de werkgelegenheid, door zich ten dienste te stellen van de overheden om hen te helpen bij het creëren van banen en door de situatie van haar meest behoeftige klanten te verbeteren (titel I);
  - de ontwikkeling van EDF moest „de versterking van het concurrentievermogen van de Franse ondernemingen” begunstigen; de productiviteitswinst waartoe de onderneming zich verbond, moest bijvoorbeeld in de eerste plaats voor de verlaging van het gemiddelde prijsniveau worden bestemd. De tariefaanpassingen moesten leiden tot gemiddelde dalingen, in constante FRF, met [...] % in april 1997, [...] % in april 1998, [...] % in april 1999 en [...] % in april 2000. Tegelijkertijd moest de ontwikkeling van EDF erop zijn gericht nieuwe, bij voorkeur Europese markten te veroveren (titel II);
  - de balans van EDF moest worden geherstructureerd met het doel zowel de nettobalanspositie van de onderneming te versterken als de financiële betrekkingen met de Staat te stabiliseren op grondslagen die nauwer aansluiten bij het gemene recht; zo verbond de regering zich ertoe het Parlement een wetgevende maatregel voor te leggen voor een nieuwe balansindeling van EDF met ingang van 1 januari 1997. De overeenkomst voorzag in een vergoeding van de Staat als aandeelhouder die twee elementen omvat: een vergoeding voor de kapitaalinjecties met een rentevoet van 3 % en een aanvullende vergoeding van 40 % van het nettobedrijfsresultaat van EDF, waarbij de som van beide elementen niet meer mag bedragen dan 6 % van het bedrag aan kapitaalinjecties, zonder een raming van de bedragen in absolute waarde op te nemen. Bovendien verbond EDF er zich voor de periode 1997-2000 toe [...] FRF te besteden aan industriële investeringen op internationaal niveau, en haar brutoschuld eind 2000 terug te brengen tot [...] FRF door ze te verminderen met [...] FRF, met als doel tegen de vernieuwing van het productiepark schuldvrij te zijn. Tot slot was in de overeenkomst bepaald dat een eventueel overschot in geval van overschrijding van de streefcijfers in de eerste plaats voor een extra tariefverlaging moest worden bestemd, alvorens de vergoeding van de Staat als aandeelhouder te betalen of de winstdeling aan het personeel van de onderneming uit te keren (titel III).
- (96) In een brief van 22 april 1997 die de medeondertekenende ministers van de ondernemingsovereenkomst aan de voorzitter van EDF hebben gericht, wordt het consensuele en definitieve karakter bevestigd van de in de nota van de EDF van 18 februari 1997 vervatte referentiehypothesen en financiële prognoses die ten grondslag lagen aan de ondernemingsovereenkomst 1997-2000. Zo wordt in de brief uitdrukkelijk verwezen naar het voorafgaande overleg tussen EDF en de overheid bij de voorbereiding van het financiële scenario. Er wordt gestreefd naar een gemiddelde daling van de tarieven van EDF met [...] % over vier jaar.
- (97) De brief van 22 april 1997 bevat de bepalingen van het decreet van 14 mei 1956 zoals gewijzigd, en de in titel III van de ondernemingsovereenkomst vervatte voorwaarden voor de aan de Staat betaalde vergoeding. In overeenstemming met deze bepalingen is in de brief gepreciseerd dat het referentiescenario resulteerde in een aanvullende vergoeding ten bedrage van 3,5 miljard FRF over de periode 1997-2000, en dat onder deze voorwaarden een totaalbedrag aan betalingen aan de Staat van 5,1 miljard FRF in 1997 kon worden bereikt, inclusief de vaste rente en het voorschot op de vennootschapsbelasting. Deze bedragen komen overeen met die in de nota van EDF van 18 februari 1997. De overeenkomst tussen de bedragen van de op basis van de ondernemingsresultaten berekende aanvullende vergoeding bevestigt dat alle bedragen (inkomsten, lasten, nettoresultaat enz.) in de voorlopige exploitatierekening van EDF voor de periode 1997-2000 door de toezichthoudende autoriteiten zijn onderzocht, gevalideerd en in aanmerking genomen.

<sup>(1)</sup> In de overeenkomst wordt verwezen naar Richtlijn 96/92/EG. Deze richtlijn, evenals die tot vervanging ervan, voorziet niet in regels betreffende de status van producenten, transporteurs of distributeurs van elektriciteit binnen de interne markt.

- (98) In de brief van de toezichthoudende ministers van 22 april 1997 wordt er ook op gewezen dat de basisevenwichten in de overeenkomst pasten in het boekhoudkundige en fiscale kader van de nieuwe balansindeling van EDF die, onder voorbehoud van de nodige wetgevende bepalingen, zou ingaan op 1 januari 1997. In dit verband wordt in de brief gepreciseerd dat over de gedetailleerde bepalingen voor de uitvoering van deze nieuwe balansindeling, zowel op boekhoudkundig als op fiscaal vlak, aanvullend overleg tussen de toezichthoudende autoriteiten en de onderneming zal plaatsvinden op basis van het vastgestelde schema.
- (99) Kort vóór deze briefwisseling had de regering bij de Nationale Vergadering een wetsontwerp betreffende diverse economische en financiële bepalingen ingediend, dat op 5 april 1997 in de ministerraad was goedgekeurd. Artikel 45 daarvan voorzag in de herclassificatie van de boekhoudkundige voorzieningen van EDF. In de toelichting bij dit ontwerp staat dat de balans van EDF dankzij de geplande boekhoudkundige aanpassingen beter zou aansluiten bij haar reële economische situatie, met een eigen vermogen dat in verhouding staat tot haar activiteiten. Door de ontbinding van de Nationale Vergadering op 21 april 1997 is het wetsontwerp niet onderzocht.
- (100) Nadat het wetsontwerp betreffende dringende fiscale en financiële maatregelen, dat later is aangenomen als wet nr. 97-1026, was toegezonden aan het Parlement, hebben de Nationale Vergadering en de Senaat hun rapporteurs aangewezen. In verslag nr. 204 van de Nationale Vergadering wordt de achtergrond geschetst van de noodzaak om de eigendom van de elektriciteitstransmissie-infrastructuur van EDF te verduidelijken, waardoor de door de Franse Rekenkamer in haar specifiek verslag nr. 1993 van 10 oktober 1994 over de concessies van EDF betwiste boekhoudkundige praktijken zouden komen te vervallen. In het verslag worden de als noodzakelijk beschouwde boekhoudkundige wijzigingen toegelicht en worden ramingen verstrekt van de gevolgen ervan voor de verschillende balansposten, zoals hieronder aangegeven:

Tabel 2

**Uit artikel 4 van de wet betreffende dringende fiscale en financiële maatregelen („la loi MUFF”) voortvloeiende gevolgen van de reorganisatie van het eigen vermogen van EDF voor de rekeningen 1996 (in miljard FRF)**

	Eind 1996	Gevolgen van het artikel
Eigen vermogen	24,2	79,8
waarvan (posten aan de passiefzijde)		
Kapitaal	2,6	2,6
Kapitaalverhogingen	36,6	50,7
Herwaarderingsreserves	2,1	6,2
Voorgescreven reserves	0,15	0,15
Ingehouden winst <sup>(1)</sup>	- 20,2	18,3
Resultaat van het boekjaar na vergoeding van de Staat	1,9	1,9

Bron: Ministerie van Economische Zaken en Financiën.

<sup>(1)</sup> De wijzigingen betreffende de ingehouden winst maken strikt genomen geen deel uit van de gevolgen van het artikel, doch zijn er een logisch gevolg van.

- (101) In het verslag van de Nationale Vergadering wordt gewezen op de gevolgen van het wetsontwerp om de vergelijkingen met de schuldratio's van andere Europese concurrenten (Oostenrijk, Groot-Brittannië, Zweden, Spanje, Duitsland) relevanter te maken: na de nieuwe balansindeling zou de ratio nettoschuld/eigen vermogen van EDF dalen van 480 % tot 148 %.
- (102) Voorts wordt in het verslag van de Nationale Vergadering gewezen op de veranderingen in de financiële betrekkingen tussen de Staat en EDF, en wordt uitleg verschaft over het rechtskader en de vergoeding voor de kapitaalinjecties aan EDF, die worden geregeld bij decreet nr. 56-493 van 14 mei 1956, zoals gewijzigd bij decreet nr. 86-1360 van 30 december 1986. Dit stelsel voorzag in een vergoeding tegen een vast percentage van maximaal 8 % en een aanvullende vergoeding op het resultaat van EDF na belastingen en vaste rente. De in het verslag vermelde, door EDF voor de periode 1991-1996 verrichte betalingen, bereikten in die periode gemiddeld 3,41 miljard FRF per jaar; in verhouding tot het eigen vermogen eind 1996 leverden deze betalingen een gemiddeld rendement van 14,1 % op voor de Staat als aandeelhouder <sup>(1)</sup>; onderstaande tabel geeft een overzicht van deze betalingen:

<sup>(1)</sup> De winstgevendheid voor de Staat als aandeelhouder wordt verklaard door de zwakke grondslag van de kapitaalinjecties van 36 miljard FRF (noemer van de ratio) en door de omvang van de boekhoudkundige voorzieningen. Na boeking daarvan was het jaarlijks nettoresultaat tot in 1996 negatief. De negatieve ingehouden winst van de resultaatrekening komt tot uiting in het gebruik van het eigen vermogen, dat is vastgesteld op 24,2 miljard FRF (zie tabel 2, kolom „Eind 1996”, waarin is aangegeven hoe het eigen vermogen van EDF is verminderd met een negatieve ingehouden winst van 20,2 miljard FRF vóór de bij artikel 4 van wet nr. 97-1026 ingevoerde wijziging). Aangezien op negatieve resultaten geen belasting werd geheven, was de hoge winstgevendheid voor de Staat als aandeelhouder in het nadeel van de Staat als belastingontvanger.



Table 3

**Financial relations between the state and EDF (FRF million current value)**

	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Rente over de kapitaalinjecties (AB — post 407)	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816
Aanvullende vergoeding van de kapitaalinjecties (AB — post 116)	500	665	965	1 938	1 500	4 002
Totaal	2 316	2 481	2 781	3 754	3 316	5 818

Bron: Verslag Algemene Vergadering blz. 77, berekeningen Commissie voor „het totaal”.

- (103) In het verslag van de Nationale Vergadering wordt met betrekking tot de geplande wijzigingen in de balans van EDF gepreciseerd dat, aangezien de kapitaalinjecties de grondslag van de vaste rente vormen, de door dit artikel teweeggebrachte verhoging daarvan de heffing voor EDF dreigde te verzwaren. De op 8 april 1997 ondertekende overeenkomst tussen de Staat en de onderneming voorziet derhalve in een wijziging van de voorwaarden voor de vergoeding. De vaste rente is teruggebracht tot 3 % om het grondslageffect te compenseren. In het verslag wordt er bovendien op gewezen dat EDF ondanks de sinds 1990 geboekte winsten geen vennootschapsbelasting had betaald, en dat dankzij de toename van de voorzieningen in verband met de RAG-concessie de opgebouwde boekhoudkundige en fiscale tekorten in één keer konden worden aangezuiverd. In het verslag is aangegeven dat de overheidsinstelling (EDF) volgens het toezichthoudende ministerie 3 miljard FRF in 1997 en 2,5 miljard FRF in 1998 aan vennootschapsbelasting zou moeten betalen.
- (104) In het verslag van de Nationale Vergadering wordt een parlementair amendement op de ingediende wettekst genoemd dat in de commissie is onderzocht en verworpen. Het amendement strekte ertoe te preciseren dat de vrijvallende boekhoudkundige voorzieningen moesten worden omgezet in eigen vermogen door een boeking die niet via de resultaatrekening van EDF gaat, om te vermijden dat een zeer aanzienlijke winst ontstaat die de Staat wellicht gedeeltelijk zou willen inhouden. Met het oog hierop werd in het amendement voorgesteld de boekhoudkundige procedure bij wet vast te leggen en te preciseren dat de Staat EDF geen aanvullende heffing mag opleggen bij de overdracht van de eigendom van de goederen van het RAG. In het verslag staat dat de opnemings van de boekhoudkundige procedure van omzetting van de voorzieningen in eigen vermogen in de wet op verzoek van de Raad van State is verworpen omdat het geen wetgevingsprocedure betreft; volgens meerdere in het verslag vermelde parlementaire opinies moet de Staat andere heffingen voor EDF kunnen instellen, moet de onderneming vennootschapsbelasting over haar winst betalen en is de echte vraag hoeveel de regering zou innen bij EDF en hoe.
- (105) In het verslag van de Senaat ter voorbereiding van de bespreking van het wetsontwerp wordt erop gewezen dat de vorming van boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van de goederen van het RAG sinds 1987 ongerechtvaardigd was. In de toespraak van de bevoegde minister voor de Senaat op 2 oktober 1997, bij de indiening van het wetsontwerp, wordt gewezen op het „fictieve” karakter uit fiscaal oogpunt van de verliezen van EDF en op de niet-betaling van de uit deze voorzieningen voortvloeiende vennootschapsbelasting. De minister heeft de Senaat in zijn toespraak gerustgesteld dat de regeling de monopoliepositie van EDF geenszins in het gedrang bracht. In het verslag van de Senaat worden de gevolgen van het onderzochte artikel voor de rubrieken van de balans van EDF gepresenteerd, vóór en na de herclassificatie van de voorzieningen, volgens een kwantificering die vergelijkbaar is met die in het verslag van de Nationale Vergadering, zoals weergegeven in tabel 2 hierboven. In het verslag wordt gepreciseerd dat de opschoning van de balans de vergelijking met de balansen van de concurrenten van EDF zou vergemakkelijken; dit zou EDF geloofwaardiger maken bij de financiële gemeenschap, wat des te belangrijker is omdat de kosten van de schuldherschikking met name afhangen van de ratio nettoschuld/eigen vermogen.
- (106) Met betrekking tot de „opheldering” van de financiële betrekkingen tussen EDF en de Staat wordt in het verslag van de Senaat gepreciseerd dat de op 8 april 1997 ondertekende ondernemingsovereenkomst in ruil voor de fiscale inkomsten die de overheidsinstelling voortaan aan de Staat zal betalen, voor de jaren 1997 tot en met 2000 voorziet in een lichte verlaging van de uitkeringen van EDF aan de Staat. Als gevolg van de positieve boeking van de reserve voor de vervanging ten bedrage van 38,5 miljard FRF, waardoor EDF vennootschapsbelasting verschuldigd zou zijn, wordt in het verslag van de Senaat gepreciseerd dat de financiële betrekkingen tussen de Staat en EDF naar beneden zijn bijgesteld.

- (107) Tot slot bevatten de andere door Frankrijk ingediende documenten een begeleidend schrijven van de financiële directie van EDF aan de administratie van de Senaat van 15 september 1997. Bij het schrijven van EDF was een tabel gevoegd met de kwantificering van de gevolgen van artikel 4 van het wetsontwerp en de gevolgen voor de balans, een kopie van het onderzoek van 27 juli 1993 betreffende de elektriciteitsdistributieconcessies en een interne discussienota van EDF van 27 juli 1996 over buitenlandse ervaringen op het vlak van de vergoeding van de aandeelhouders in de elektriciteitssector. In dit laatste document worden de belangrijkste principes voor de vergoeding van aandeelhouders en de discrepantie en de rentabiliteitscijfers voor bepaalde ondernemingen in de sector toegelicht: 60-80 % van de winst in de Verenigde Staten, 40 % voor National Power en Power Gen, 78 % voor Union Fenosa en 30 % voor Endesa, die de Spaanse Staat een rendement van 28 % verschaftte in de periode 1991-1996, rekening houdend met de dividenden en de appreciatie van de koers van het aandeel.
- (108) Ondanks de twee andere documenten die EDF bij brief van 15 september 1997 aan de Senaat verstrekke, zijn de beginselen, de berekeningen en de toepassing daarvan op de vergoeding van de aandeelhouder door EDF, zoals weergegeven in de nota van 27 juli 1996, niet geanalyseerd, noch overgenomen in het verslag van de Senaat. Integendeel, in het verslag van de Senaat wordt evenals in dat van de Nationale Vergadering gepreciseerd dat de geplande verlaging van de door EDF aan de Staat te betalen vergoeding in het kader van de door de Staat als aandeelhouder verrichte kapitaalinjecties is uitgevoerd „om rekening te houden met de uit dit artikel voortvloeiende verhoging van de kapitaalinjecties”.

#### 9. BEOORDELING VAN DE MAATREGELEN: IS ER SPRAKE VAN STAATSSTEUN?

- (109) In artikel 107, lid 1, van het VWEU is het volgende bepaald: „Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn 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 interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.” Of deze cumulatieve voorwaarden van toepassing zijn op de door Frankrijk aan EDF toegekende belastingvrijstelling, wordt hieronder onderzocht.

##### 9.1. SELECTIEF VOORDEEL VOOR EEN ONDERNEMING

- (110) Aangezien bij wet nr. 97-1026 is bepaald dat EDF wordt beschouwd als de eigenaar van het RAG aan wie de concessie was verleend, dient te worden nagegaan of de eigendom van het RAG niet impliciet wordt overgedragen bij deze wet.
- (111) Volgens de door de Franse autoriteiten verstrekte gegevens kan EDF vóór de inwerkingtreding van genoemde wet redelijkerwijs worden beschouwd als eigenaar van het RAG. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende elementen: de kenmerken van de verschillende soorten concessiecontracten binnen het Franse recht, de specifieke kenmerken van de oorspronkelijke aan EDF verleende concessie (die geen expliciete clausule inzake retrocessie bevatte), de procedure voor de verwerving van de betrokken activa (waarvoor EDF een met een onteigeningsvergoeding vergelijkbaar recht heeft moeten betalen) en de financieringsvoorwaarden voor het onderhoud en de ontwikkeling van het RAG ten laste van EDF. De in wet nr. 97-1026 verstrekte „opheldering” met betrekking tot de eigendom van het RAG lijkt op zich bijgevolg geen economisch voordeel voor EDF in te houden.
- (112) Derhalve dient te worden nagegaan of in wet nr. 97-1026 alle fiscale consequenties zijn getrokken uit de „opheldering” met betrekking tot de eigendom van het RAG en, zo niet, of EDF geen fiscaal economisch voordeel heeft genoten.

##### 9.1.1. *Het niet heffen van de belasting door EDF vormt op het eerste gezicht een selectief voordeel*

- (113) In de periode 1987-1996 heeft EDF belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG aangelegd, die door de Franse Rekenkamer als onregelmatig zijn aangemerkt. Aangezien EDF in artikel 4 van wet nr. 97-1026 als eigenaar van het RAG wordt beschouwd, zijn deze voorzieningen overbodig geworden en moesten ze bijgevolg worden overgebracht naar andere balansposten.
- (114) Uit de brief van de minister van Economische Zaken, waarin de fiscale gevolgen van de nieuwe balansindeling van EDF worden beschreven, blijkt dat de Franse autoriteiten een vennootschapsbelasting van 41,66 % (het in 1997 geldende tarief) hebben berekend over de ongebruikte voorzieningen voor de vervanging van het RAG.

- (115) Het gedeelte van deze voorzieningen dat overeenkomt met de reeds gerealiseerde vervangingswerkzaamheden (ook rechten van de concessiegever genoemd), is daarentegen geherclassificeerd als kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF. Hierover is geen vennootschapsbelasting berekend. De belastingdienst erkent het onrechtmatige karakter van deze transactie, zoals blijkt uit de aan de Commissie gerichte nota van het directoraat-generaal belastingen van 9 april 2002 zoals vermeld in overweging 35.
- (116) Conform het advies van de „Conseil national de la comptabilité” moeten de foutcorrecties boekhoudkundig worden verwerkt in het resultaat van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd. Ook al is in 1997 een vennootschapsbelasting van 41,66 % berekend over de ongebruikte belastingvrije voorzieningen ten bedrage van 38,5 miljard FRF, is er geen enkele objectieve reden om niet dezelfde belasting te heffen over het andere gedeelte van de belastingvrije voorzieningen.
- (117) Over de rechten van de concessiegever had tegelijkertijd dezelfde belasting moeten worden betaald als over de andere belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen. Dit betekent dat het bedrag van 14,119 miljard FRF aan rechten van de concessiegever had moeten worden opgeteld bij de 38,5 miljard FRF aan ongebruikte voorzieningen, zodat hierover een belasting van 41,66 % kon worden berekend (het op de nieuwe balansindeling van EDF toegepaste percentage). Door niet de volledige vennootschapsbelasting te betalen bij de nieuwe balansindeling heeft EDF 5 882 849 762 FRF bespaard.
- (118) De fiscale maatregel heeft EDF in 1997 begunstigd, aangezien het in het bedrag van 14,119 miljard FRF opgenomen belastingvrije bedrag van 5,88 miljard FRF op de balans van EDF was opgevoerd als rechten van de concessiegever, die door de Staat met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 1997 zijn geherclassificeerd bij de tenuitvoerlegging van wet nr. 97-1026. De fiscale gevolgen van de wet zijn uiteengezet in de brief van de minister van Economische Zaken, met ingang van dezelfde datum van 1 januari 1997.
- (119) De Franse autoriteiten stellen dat EDF, zelfs zonder toevoegingen aan de voorzieningen voor de vervanging van het RAG, door de overdracht van fiscale verliezen niet in staat zou zijn geweest de vennootschapsbelasting tussen 1987 en 1996 te betalen. Dit argument houdt geen steek. Het fiscale voordeel dateert van 1997 en niet van de jaren daarvoor. Bovendien hebben de onregelmatige toewijzingen de overdracht van fiscale verliezen deels uitgelokt. De overgedragen fiscale verliezen zouden tussen 1987 en 1996 geleidelijk zijn verdwenen zodat het bedrag van de door EDF verschuldigde belasting in 1997 aanzienlijk hoger zou zijn geweest dan voordien, zelfs wanneer de niet-betaling van de belasting voor de herclassificatie van de rechten van de concessiegever niet in aanmerking wordt genomen.
- (120) Voorts zijn de Franse autoriteiten van mening dat, zelfs als de vorming van voorzieningen voor de vervanging van het RAG tot een voordeel zou hebben geleid, dit voordeel moet worden geneutraliseerd door de verhoging van de in 1997 betaalde vennootschapsbelasting. Zoals de Franse autoriteiten zelf opmerken in hun in overweging 35 vermelde nota van 9 april 2002, zijn de rechten van de concessiegever, ook al zijn de belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG normaal belast, geherclassificeerd als kapitaalinjecties zonder dat hierover vennootschapsbelasting is betaald. In 1997 heeft EDF dus minder belasting betaald dan zij eigenlijk verschuldigd was.
- (121) De Franse autoriteiten stellen ook dat EDF in de periode 1987-1996 over het geheel genomen meer vennootschapsbelasting aan de Staat heeft betaald dan een handelsonderneming zou hebben betaald, die namelijk geen voorzieningen voor de vervanging van het RAG zou hebben aangelegd en die aan de aandeelhouder een dividend van 37,5 % over het nettoresultaat na belastingen zou hebben uitgekeerd. Voorts had op de nieuwe balansindeling van EDF het vennootschapsbelastingtarief van 1996 en niet dat van 1997 moeten worden toegepast.
- (122) Zoals aangegeven in de overwegingen 32 en 116 moeten de boekhoudkundige fouten volgens de „Conseil national de la comptabilité” worden gecorrigeerd in het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd. Aangezien de voorzieningen voor de vervanging van het RAG als gevolg van wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 overbodig zijn geworden, moesten zij worden overgebracht naar het boekjaar 1997 en moest hierover derhalve de vennootschapsbelasting van dat boekjaar worden berekend. Anderzijds hebben de Franse autoriteiten zelf de vennootschapsbelasting van 1997 toegepast op het belaste gedeelte van de voorzieningen, zoals aangegeven in overweging 34.
- (123) De niet-betaling van 5 882 849 762 FRF aan vennootschapsbelasting door EDF in 1997 vormt een economisch voordeel voor deze onderneming. EDF heeft dit bedrag kunnen aanwenden om haar eigen vermogen te versterken zonder een beroep te doen op externe financiële middelen. Als de belasting daadwerkelijk was betaald en de verhoging van het eigen vermogen was gefinancierd door de bedrijfsresultaten van de onderneming, dan had deze laatste haar kosten moeten beperken, haar inkomsten moeten verhogen of moeten afzien van investeringsuitgaven. Doordat EDF beschikte over bedragen die uit hoofde van de vennootschapsbelasting aan de Franse Staat hadden moeten worden betaald, heeft zij geprofiteerd van een maatregel die alleen voor haar geldt en die haar heeft begunstigd ten opzichte van de Franse ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, en die op grond van artikel 38-2 van het in 1997 geldende algemene belastingwetboek (Code général des impôts) vennootschapsbelasting over de herclassificatie van onregelmatige voorzieningen moesten betalen, zoals uitgelegd in overweging 35.

- (124) In hun opmerkingen van 11 december 2002 hebben de Franse autoriteiten zich echter beroepen op de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie. Zoals de rechterlijke instanties van de Unie er met name in de in de overwegingen 7 en 8 vermelde arresten op wijzen, zou een aanvullende kapitaalinjectie ten gunste van EDF ten bedrage van de verschuldigde belasting de onderneming in dit geval niet begunstigen door haar een economisch voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te verschaffen, als aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie was vastgesteld dat een hypothetische particuliere aandeelhouder onder vergelijkbare voorwaarden en in een vergelijkbare situatie eenzelfde bedrag zou hebben geïnvesteerd in EDF.
- (125) In punt 99 van vorengenoemd arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof gepreciseerd dat het Gerecht in het bestreden arrest niet is vooruitgelopen op de toepasbaarheid van dit criterium in casu, noch op de uitkomst van de toepassing van dit criterium. Derhalve dienen achtereenvolgens de toepasbaarheid en de toepasselijkheid van dit beginsel te worden getoetst aan de feiten in deze zaak, met name rekening houdend met de door het Hof genoemde criteria.

#### 9.1.2. *Betreffende de toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie*

- (126) Om te bepalen of het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing is, dient in het kader van een algemene beoordeling te worden vastgesteld of de Franse Republiek de belastingvrijstelling heeft verleend in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel in de hoedanigheid van openbare macht. Het Hof geeft in zijn arrest van 5 juni 2012 meerdere elementen aan die bij deze algemene beoordeling in aanmerking moeten worden genomen. Deze elementen, die hieronder nader worden getoetst aan de omstandigheden van de zaak, zijn de volgende:
- bij twijfel is het aan de lidstaat om ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aan te tonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd <sup>(1)</sup>; uit deze gegevens moet duidelijk blijken dat de betrokken lidstaat vóór of tegelijk met de toekenning van het economische voordeel heeft beslist om met de daadwerkelijk ten uitvoer gelegde maatregel te investeren in een door hem gecontroleerd overheidsbedrijf <sup>(2)</sup>;
  - daartoe kunnen met name gegevens noodzakelijk zijn waaruit blijkt dat deze beslissing is genomen op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere investeerder in een markteconomie die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de lidstaat benadert, in de concrete omstandigheden van het geval zou hebben doen uitvoeren alvorens deze investering te doen teneinde uit te maken of een dergelijke investering in de toekomst winst zal opleveren <sup>(3)</sup>; de Commissie mag weigeren bewijsstukken te onderzoeken die dateren van na het tijdstip waarop de beslissing om de betrokken investering te doen is genomen <sup>(4)</sup>;
  - in dit verband kunnen met name relevant zijn, de aard en het voorwerp van deze maatregel, de context waarin hij is genomen, alsmede de daarmee nagestreefde doelstelling en regels waaraan deze maatregel is onderworpen <sup>(5)</sup>;
  - aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder moet dus kunnen worden uitgemaakt of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden een bedrag gelijk aan de verschuldigde belasting, had ingebracht in een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie als EDF bevond <sup>(6)</sup>.
- (127) In hun in overweging 42 vermelde opmerkingen van 11 december 2002 stellen de Franse autoriteiten dat het voor EDF doeltreffender en neutraler zou zijn geweest de rechten van de concessiegever rechtstreeks en voor het volledige bedrag ervan toe te wijzen aan het eigen vermogen, zonder vennootschapsbelasting te betalen. In geen van de door de Franse autoriteiten aan EDF ter staving van hun opmerkingen bij het besluit tot uitbreiding van de procedure voorgelegde documenten die voorafgaan aan of dateren van het vermeende besluit om geen belasting te heffen, is direct of indirect sprake van de vermeende beslissing tot investeren, en van de gevolgen, voordelen en nadelen daarvan, noch van de analoge beslissing om het bedrag aan kapitaalinjecties te verhogen door geen belasting te heffen. In de door de Franse autoriteiten overgelegde en in de overwegingen 87 tot en met 108 vermelde documenten worden de voor- en nadelen voor de Staat van het besluit om geen vennootschapsbelasting te heffen op het gedeelte van de rechten van de concessiegever dat krachtens wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 is geherclassificeerd als kapitaalinjecties van EDF, niet vermeld, laat staan geanalyseerd.
- (128) In geval van twijfels ten aanzien van de toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, zoals die door de Commissie zijn geuit, is het aan de Franse autoriteiten om

<sup>(1)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 82.

<sup>(2)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 83.

<sup>(3)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 84.

<sup>(4)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 104.

<sup>(5)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 86.

<sup>(6)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 95.

ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aan te tonen dat zij de maatregel in hun hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer hebben gelegd. Uit de verstrekte elementen blijkt echter dat de beslissing om te investeren en af te zien van de heffing van de belasting die EDF in principe had moeten betalen, moet worden geacht stilzwijgend te zijn genomen, zonder gemotiveerde rechtshandeling aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of nagegaan wat de precieze inhoud, de redenen en de rechtsgrond van die beslissing waren, en door welke bevoegde autoriteit en op welke datum zij is genomen. In het licht van de door het Hof genoemde elementen om de toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie na te gaan, met name de noodzaak om te beschikken over objectieve en controleerbare gegevens, een daadwerkelijk ten uitvoer gelegde maatregel of voorafgaande economische ramingen, moet het ontbreken van referenties of materiële bewijzen worden gezien als een eerste indicatie dat dit beginsel niet van toepassing is.

- (129) Bij gebrek aan documenten betreffende de vermeende beslissing dient de eventuele investeringsmaatregel die de Franse Staat ten uitvoer zou hebben gelegd, te worden beschreven. In casu oordeelde het Hof dat aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder moet kunnen worden uitgemaakt of een particuliere aandeelhouder in vergelijkbare omstandigheden een bedrag van 5,88 miljard FRF zou hebben ingebracht in een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie bevond als EDF. Een investering door Frankrijk zou inhouden dat wordt afgezien van de inning van dit bedrag om een winst te verkrijgen die meer bedraagt dan de initieel ingebrachte middelen. Bij de analyse moet dus worden gekeken naar het bedrag van de vennootschapsbelasting.
- (130) In dit verband maakt het gebrek aan specifieke studies, referenties of analyses van de winstgevendheid van de investering ten bedrage van de belastingvrijstelling het moeilijk de gevolgen van de vermeende investering uit de door Frankrijk of EDF verstrekte gegevens te lichten. Dit is geen onoverkomelijk probleem voor zover met het oog op de analyse van de meeste factoren die relevant zijn om de toepasbaarheid en de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie na te gaan, wordt geoordeeld dat voor de extra inbreng in het kapitaal van EDF voor het bedrag aan niet-geheven belasting de aan alle kapitaalinjecties verbonden rechten golden. Als de kapitaalinjecties werden vergoed tegen een bepaalde rentevoet, moest die dus worden toegepast op het bedrag aan niet-betaalde belasting (wat in de praktijk ook is gebeurd). In de gevallen waarin het marginale of het incrementele effect in aanmerking is genomen, kan uit de door Frankrijk of EDF verstrekte gegevens op het eerste gezicht echter niet worden opgemaakt dat het bedrag van de toewijzingen is toegenomen met het bedrag van de niet-geheven belasting.
- (131) Het niet heffen van de belasting heeft tot gevolg gehad dat de inbreng in het kapitaal van EDF en, bijgevolg het aanvullend eigen vermogen van EDF, is toegenomen met 5,88 miljard FRF op een totaal van 14,119 miljard FRF aan geherclassificeerde voorzieningen. Deze voorzieningen, die niet overeenkwamen met een voorafgaande inbreng van vers kapitaal van de Staat als aandeelhouder, zijn geherclassificeerd als kapitaalinjecties en opgenomen onder de post op de creditzijde van de balans van EDF, samen met de andere eigenvermogensposten (kapitaal, toewijzingen, enz.) — tabel 2 -). Zonder de belastingvrijstelling zou het eigen vermogen van EDF, dat in 1997 moest zijn opgelopen tot 79,8 miljard FRF, volgens de destijds onderzochte documenten 72,1 miljard FRF hebben bedragen (overweging 100, tabel 2). In plaats van 50,7 miljard FRF zouden de kapitaalinjecties van de Staat in EDF 44,8 miljard FRF hebben bedragen.

#### De vermeende beslissing tot investeren: analysegegevens

- (132) In de eerste plaats is, zoals de Franse autoriteiten benadrukken, de absolute waarde van de vergoeding van de Staat toegenomen door de vrijstelling of het niet heffen van de belasting, doordat de opnemings van het bedrag aan niet-betaalde belasting de grondslag van de kapitaalinjecties verhoogde en deze werd vergoed tegen een vaste rentevoet (3 %) (overweging 83). De met de belastingvrijstelling overeenkomende toename van de kapitaalinjectie heeft evenwel niet geleid tot een relatieve verhoging van de vergoeding van de Staat. In dat verband staat vast dat in de vergoeding voor de inbreng van kapitaal door de Staat in EDF werd voorzien sinds decreet nr. 56-1360 van 30 december 1956 (overwegingen 18 en 103). Zoals aangegeven in de overwegingen 93 en 102 is in de ondernemingsovereenkomsten vóór en na die voor de periode 1997-2000 dan ook voorzien in — weliswaar andere — vergoedingen. Het principe van een vergoeding bestond reeds vóór de vermeende beslissing en is daarna verder gehandhaafd.
- (133) Bovendien blijkt uit het onderzoek van de feiten dat de betrokken belastingvrijstelling kan hebben geleid tot een verlaging van de vergoeding van de investering van de Staat. Uit het door de Nationale Vergadering in september 1997 opgestelde verslag blijkt duidelijk dat de verhoging van het totaalbedrag van de kapitaalinjectie verband houdt met de verlaging van de vergoeding ervan om „de fiscale last van EDF niet te verzwaren” (overweging 103). In het verslag van de Senaat wordt die bewust door de overheid gekozen verlaging bevestigd (overweging 108).
- (134) Tussen 1991 en 1996 heeft EDF de Staat beter vergoed voor een lagere grondslag van de kapitaalinjecties ten opzichte van de vergoeding die in de periode 1997-2000 werd betaald voor een hogere grondslag. De gemiddelde jaarlijkse vergoeding van 3,41 miljard FRF in absolute waarde voor de periode 1991-1996, toen de

kapitaalinjecties 36,6 miljard FRF bedroegen, lag aanzienlijk hoger dan die van 2,35 miljard, die was vastgesteld voor een grondslag die in de periode 1997-2000 was verhoogd tot 50,7 miljard FRF (overweging 92 en overwegingen 102 en 103, tabel 3). Hieruit volgt dat het door de Staat als aandeelhouder voor de periode 1997-2000 verwachte lopende marginale rendement van de verhoging van het bedrag van de kapitaalinjectie met 5,88 miljard FRF als negatief ten opzichte van de periode 1991-1996 kon worden beschouwd.

- (135) De Franse autoriteiten hebben er namelijk voor gezorgd dat de absolute en relatieve vergoeding die aan de Franse Staat in het kader van de kapitaalinjectie werd betaald, in absolute en relatieve waarde daalde naarmate de grondslag van de kapitaalinjectie breder werd, zoals duidelijk blijkt uit de verslagen van de Nationale Vergadering en de Senaat. Hieruit volgt dat door de verhoging van het bedrag van de totale kapitaalinjectie, die minder goed werd vergoed dan de kapitaalinjectie van vóór wet nr. 97-1026, de beslissing om een belastingvrijstelling te verlenen, niet noodzakelijk een investering vormt.
- (136) Ten tweede is de vergoeding van de verhoging van de kapitaalinjecties niet opgezet en vastgesteld zoals een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie dat zou hebben gedaan.
- (137) Zoals blijkt uit de verwijzingen in zowel de brieven van de toezichthoudende ministers als in de in de overwegingen 97, 103 en 106 vermelde parlementaire verslagen, hebben de Franse autoriteiten in 1997 bij het onderzoek van de vergoeding van de Franse staat na de nieuwe balansindeling van EDF namelijk zowel de strikt genomen aan de Staat als aandeelhouder toekomende vergoeding van de kapitaalinjecties in aanmerking genomen, als ook het verwachte bedrag aan belastingen dat de Staat vanaf 1997 zou innen na meerdere jaren van negatieve fiscale overdrachten, en dat de Staat als belastingheffende overheid toekomt bij de heffing van de belasting. Zoals aangetoond in overweging 93 was de vergoeding van de kapitaalinjecties in afwijking van het gemene recht op haar beurt aftrekbaar van de vennootschapsbelasting.
- (138) Het door de Franse autoriteiten in 1997 onderzochte en gevalideerde concept was dus dat van één enkele heffing, namelijk de belasting plus de vergoeding van de aandeelhouder. Het totaalbedrag van de op EDF geheven belasting, ook los van de litigieuze belastingvrijstelling, die onder de fiscale voorrechten valt, en de aan de Staat als aandeelhouder betaalde vergoeding, worden in de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten door elkaar gehaald. Volgens hen kan uit deze documenten evenwel een beslissing tot investeren worden opgemaakt. Het feit dat de betaling van door EDF verschuldigde belastingen aan de Staat als belastingontvanger constant in aanmerking wordt genomen, inclusief bij de regularisering en de goedkeuring van de niet-geheven belasting vóór wet nr. 97-1026 met het oog op het onderzoek en de vaststelling van de vergoeding van de Staat als aandeelhouder, lijkt er veeleer op te wijzen dat de litigieuze belastingvrijstelling is verleend door de Staat als openbare macht en niet door de Staat als investeerder.
- (139) Deze indruk wordt overigens versterkt door de aard van de doelstellingen die de Staat voor EDF in 1997 had vastgesteld vanuit bezorgdheden en doelstellingen van een openbare macht en niet van een aandeelhouder. Deze bezorgdheden komen duidelijk tot uiting bij de vaststelling van de tarieven van EDF in de ondernemingsovereenkomst voor de periode 1997-2000, waarvan de vergoeding van de Staat als aandeelhouder afhankelijk was. De Staat verzocht EDF namelijk bij te dragen aan de versterking van het concurrentievermogen van de Franse industrie en van de koopkracht van de Franse huishoudens. Deze bezorgdheden staan niet alleen ver van die van een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, maar staan bovendien haaks op de financiële belangen van die hypothetische investeerder. Hetzelfde geldt voor de voor EDF vastgestelde doelstelling in de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 om een ambitieus beleid ter ondersteuning van de economische activiteit en de werkgelegenheid ten uitvoer te leggen door zich ten dienste te stellen van de lokale overheden (overwegingen 89 en 95).

Economische ramingen met het oog op de vaststelling van de rentabiliteit van de vermeende investering

- (140) De op 8 april 1997 ondertekende ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF bevatte aan het financieel scenario voorafgaande ramingen, met prognoses van het rendement op de investering in kapitaalinjecties van EDF voor de Staat als aandeelhouder (overweging 92). Deze door de Franse autoriteiten verstrekte documenten en analyses hebben betrekking op de verwachte gevolgen van de herclassificatie van alle door EDF gevormde voorzieningen, ongeacht of zij al dan niet zijn belast en ongeacht of zij al dan niet voortvloeiden uit de tenuitvoerlegging van wet nr. 97-1026. De enige door de Franse autoriteiten in de nota van 18 februari 1997 (overweging 92) verstrekte systematische raming is algemeen van aard en beperkt tot de gereguleerde vergoeding die is toegepast op de kapitaalinjecties, inclusief die van vóór de nieuwe balansindeling van EDF, zonder bijvoorbeeld de vergoeding van het kapitaal exclusief de toewijzingen of de vergoeding van het eigen vermogen op te nemen.
- (141) Uit geen enkel door Frankrijk of EDF verstrekt document blijkt dat de beweerdelijke beslissing tot investeren en met name een grotere kapitaalinjectie aan EDF te verstrekken door geen belasting op de herclassificatie te heffen, is onderzocht, bestudeerd of geanalyseerd. Gelet op de betrokken bedragen had een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie echter naar alle waarschijnlijkheid een financiële en economische analyse laten

verrichten alvorens te beslissen of, rekening houdend met het geregementeerde rendement van de kapitaalinjecties, het bedrag van 5,88 miljard aan belastingvrijstelling nodig was om de rentabiliteit op lange termijn van de totale investering van de onderneming en een toereikende vergoeding van de aandeelhouder te garanderen. Dit soort voorafgaande economische studie, zoals het Hof in punt 84 van zijn arrest noemt als één van de elementen waaruit kan worden geconcludeerd dat het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing is, ontbreekt in dit geval.

- (142) Opmerkelijk is dat, afgezien van de vergoeding die in de periode 1997-2000 aan de Staat zou worden toegekend, geen enkele studie over de vergoeding of het rendement op langere termijn is verricht, terwijl Frankrijk juist beweert een langetermijninvestering te hebben verricht. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou echter niet hebben nagelaten een kosten-batenanalyse van een investering voor de periode na 2000 te verrichten.
- (143) Ook al kan er redelijkerwijs worden van uitgegaan dat een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie de gevolgen van de vermindering van de schuldquote van EDF in aanmerking had genomen, zij vastgesteld dat het voordeel voor EDF om te lenen tegen lagere kosten als gevolg van een verbeterde ratio schuld/eigen vermogen in algemene zin wordt genoemd in bepaalde door Frankrijk en EDF overgelegde documenten (overwegingen 101 en 105). In geen van de documenten is echter sprake van de voordelen en de winstgevendheid voor de Staat als aandeelhouder van een vermindering van de leningskosten van EDF of een lage schuldquote. Volgens de in overweging 101 weergegeven berekeningen van dat ogenblik moest de ratio nettoschuld/eigen vermogen van EDF met de volledige nieuwe kapitaalinjectie ten bedrage van 50,7 miljard FRF, inclusief de litigieuze belastingvrijstelling van 5,88 miljard FRF, 148 % bereiken. Zonder de belastingvrijstelling zou deze ratio ongeveer 163 % hebben bedragen, d.w.z. ongeveer drie keer minder dan de ratio van 480 % van vóór wet nr. 97-1026. Wanneer de bijdrage van de belastingvrijstelling aan de verbetering van deze ratio los wordt gezien van de andere gevolgen van de herclassificatie van de diverse voorzieningen, is zij weinig significant en is het bijzonder twijfelachtig of zij zich concreet vertaalt in een vermindering van de leningskosten voor EDF (overwegingen 170 tot en met 172). In de door de Franse autoriteiten ingediende documenten wordt hoe dan ook noch de uit een ratio van 148 % resulterende vergoeding voor de aandeelhouder, noch, a fortiori, de uit een ratio van 163 % resulterende vergoeding als investering vermeld of geanalyseerd. Op dit punt is er geen enkele voorafgaande economische raming die vergelijkbaar is met die welke een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou hebben laten opstellen, zoals vermeld door het Hof in punt 84 van zijn arrest.
- (144) In dit verband is in de door EDF ter staving van haar opmerkingen gepresenteerde economische studie (overwegingen 69 en 70) niet vastgesteld dat Frankrijk als investeerder en niet als openbare macht heeft gehandeld. De studie is opgesteld na de vermeende beslissing tot investeren van 1997, en is niet onderzocht door de autoriteiten die bevoegd zijn om een dergelijke beslissing te nemen. Alleen al daarom is de studie overeenkomstig de aanwijzingen van het Hof niet ontvankelijk als bewijs (overweging 126, punt 104, van het arrest van 5 juni). Dat de studie is verricht op basis van authentieke, op dat ogenblik beschikbare basisgegevens, doet niet af aan deze conclusie. Aanleiding voor de studie was de uitbreiding van de procedure in mei 2013, en EDF was kennelijk reeds in juli 2013 op de hoogte van de conclusies waartoe zij zou leiden, hoewel de studie dateert van oktober 2013. Er zijn nog andere redenen die de becijferde resultaten in de studie ongeldig maken en de conclusies die EDF eruit trekt ter staving van haar opmerkingen, dan ook ondermijnen: —
- in de studie wordt uitgegaan van basisgegevens die vrijwel allemaal van toen dateren, en wordt gebruikgemaakt van algemeen erkende methodologische benaderingen voor de waardering van ondernemingen, onder de hieronder weergegeven belangrijke voorbehouden. Toch is het een bijzonder complexe economische analyse, waar vrij diepgaande opzoekingen aan zijn voorafgegaan, en waarvan de uitvoering en de validering ongeveer drie maanden tijd kostten. Deze uitwerking impliceert talrijke opeenvolgende en soms betwistbare methodologische keuzes. Zonder deze uitwerking is het totaal onmogelijk om op basis van de versnipperde basisgegevens van diverse bronnen een overzicht te krijgen of een mogelijke prognose te maken van de becijferde resultaten in de studie met betrekking tot de winstgevendheid die de Franse Staat in 1997 zogenaamd kon verwachten, zoals aangegeven in de studie. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie steunen op de evaluaties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen (punt 105 van het arrest van 5 juni 2012). In tegenstelling tot wat EDF beweert, kan uit het feit dat de bevoegde diensten van de Franse Staat op basis van de in 1996-1997 beschikbare gegevens zelf geen dergelijke uitgebreide en complexe studie hebben verricht of besteld, worden opgemaakt dat de rentabiliteit van de vermeende investering voor de aandeelhouder niet doorslaggevend was bij de beslissing van de Franse autoriteiten;
  - in de studie wordt het gedrag van de Franse Staat getoetst aan het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie aan de hand van gegevens en hypothesen die sterk verschillen van die in de overwegingen 87 tot en met 108 en die, volgens de Franse autoriteiten, de beweerdelijk genomen beslissing tot investeren hebben gemotiveerd en gerechtvaardigd. Het is echter niet EDF die de beslissing heeft genomen om te investeren, en volgens het Hof (punten 82 en 83 van zijn arrest van 5 juni 2012) is het aan Frankrijk om de elementen aan te voeren waaruit de aard en de context van de genomen beslissing blijken.

Aangezien de Franse autoriteiten aanvoeren dat zij hun beslissing hebben genomen in het licht van de verstrekte gegevens, komen de studie, en bijgevolg ook EDF, de facto in de plaats van de vermeende investeerder en beweren zij meer inzicht te hebben in de overwegingen en gegevens die de reeds genomen beslissing daadwerkelijk hebben gemotiveerd, alsook in de gehanteerde hypothesen, dan de Franse Staat. De studie is dan ook gebaseerd op speculaties en veronderstellingen over de gegevens en hypothesen die de Franse autoriteiten — naast andere, die niet kunnen worden uitgesloten — in 1997 in aanmerking hadden kunnen nemen, en heeft in 2015 (of oktober 2013, toen zij werd verricht) derhalve geen bewijskracht om de daadwerkelijk door de Franse autoriteiten in 1997 genomen beslissing, die zij verklaren aan de hand van andere gegevens en hypothesen, uit te leggen en toe te lichten;

- deze bewijswaarde ontbreekt des te meer daar de studie, om tot de in overweging 70 uiteengezette resultaten te komen, steunt op arbitraire of riskante hypothesen die hetzij niet zijn bevestigd door de feiten, hetzij in tegenspraak zijn met de informatie in de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten die volgens hen de toepasbaarheid en de daadwerkelijke toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in deze zaak illustreren. In de eerste plaats wordt in de studie bijvoorbeeld aangenomen dat de aan de Staat betaalde vergoeding na 2000 niet bij decreet zou worden geregeld en niet zou uitmonden in een ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF, maar zou worden vastgesteld op basis van de dividenden die andere ondernemingen in de sector in 1996-1997 betaalden <sup>(1)</sup>. De vergoeding van de kapitaalinjecties in EDF werd sinds 1956 geregeld bij decreet (overweging 102) en werd vóór en geruime tijd na 1997 reglementair vastgelegd in meerjarige ondernemingsovereenkomsten op basis van overwegingen die geen verband hielden met de dividenden die ondernemingen in de sector op andere markten dan Frankrijk betaalden (overwegingen 94 en 95). Ten tweede worden in de studie zonder enige rechtvaardiging voorzieningen uit de maatschappelijke rekeningen van EDF opnieuw opgenomen voor een bedrag van 11,6 miljard FRF (exclusief belasting) en 7,3 miljard FRF (na belasting) <sup>(2)</sup> waardoor de waarde van EDF kunstmatig wordt verhoogd zonder rekening te houden met de in 1997 beschikbare gegevens en voorzienbare ontwikkelingen met betrekking tot de verplichtingen van EDF uit hoofde van de pensioenregeling voor haar personeel (overwegingen 168-(169));
- ten derde is de uit de toename van het rendement en de resultaten voortvloeiende toename van de waarde van EDF in de studie berekend op basis van de „marktvooruitzichten” in 1997 <sup>(3)</sup>. De Franse autoriteiten beschikten echter over specifieke en becijferde prognoses van voor EDF voor de periode 1997-2000 berekende inkomsten en resultaten, die zijn gevalideerd in het kader van de opstelling van de ondernemingsovereenkomst voor diezelfde periode, en hebben zich naar eigen zeggen gebaseerd op die prognoses en gegevens om hun beslissing te nemen (overwegingen 78, 79, 90, 94 en 96), hoewel zij in 1997 over een degelijke kennis van de onderneming en haar financiële vooruitzichten beschikten (overweging 77). De „marktvooruitzichten” van derden die zijn gebruikt om in fine de waarde van EDF te bepalen, zijn noch bewaarheid, noch coherent met de argumenten waarmee Frankrijk de beslissing die haar autoriteiten beweerdelijk hebben genomen, verklaart en staft. Dit geldt des te meer daar de Franse autoriteiten aanvoeren dat de hoofdactiviteit van EDF in 1997 in Frankrijk plaatsvond tegen gereguleerde tarieven (overweging 85). Bovendien waren de tarieven met het oog op de versterking van het concurrentievermogen van de Franse industrie en de koopkracht van de Franse huishoudens op een laag niveau vastgesteld (overwegingen 89 en 95). In de studie wordt niet uitgelegd, en nog minder naar behoren gerechtvaardigd, waarom de vergoeding, de dividenden en de resultaten van ondernemingen die zijn opgericht in de vorm van beursgenoteerde naamloze vennootschappen die niet sterk vertegenwoordigd waren in Frankrijk, en die actief waren op markten met andere concurrentiële en regelgevende beperkingen (bijvoorbeeld Endesa, Gas Natural en Union Fenosa in Spanje, RWE, EON en Verbund in Duitsland, Fluxys in België enz.) van invloed zouden zijn op de resultaten, de vergoeding en de dividenden van EDF, wat één van de hypothesen is waarop de in overweging 70 gepresenteerde resultaten zijn gebaseerd <sup>(4)</sup>;
- ten vierde wordt in de studie ten slotte zonder enige rechtvaardiging gesteld dat een verhoging van de inbreng in het kapitaal van EDF in 1997 op zijn minst potentieel overeenkwam met de verwerving van liquide financiële activa <sup>(5)</sup>. In 1997 was EDF echter een industriële en commerciële overheidsinstelling zonder maatschappelijk kapitaal (overweging 19), en de Franse autoriteiten en EDF verklaarden destijds dat die status zou worden behouden (overwegingen 95 en 105). Het riskante karakter van deze hypothese, waar de resultaten van de studie grotendeels op zijn gebaseerd, wordt nader aangetoond in de overwegingen 179 tot en met 181.

Aard, doel en context van de maatregel en geldende regels

- (145) Het Hof benadrukt dat de aard van de genomen maatregel deel uitmaakt van de relevante factoren die in aanmerking moeten worden genomen om te kunnen concluderen dat het beginsel van de voorzichtige

<sup>(1)</sup> Studie van Oxera, punten 3.3, 3.24 en 3.25.

<sup>(2)</sup> Studie van Oxera, tabel A2.2.

<sup>(3)</sup> Studie van Oxera, punt 3.3.

<sup>(4)</sup> Studie van Oxera, punt 3.3, 3.15, tabel 3.2, tabel 3.8 voor de betacoëfficiënt en bijlage 5.

<sup>(5)</sup> Studie van Oxera, punten 3.5, 3.13 en 3.20 tot en met 3.23.



particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing is (punt 86 van het arrest). De beslissing om extra kapitaal in EDF in te brengen en geen belasting te heffen op de herclassificatie van onregelmatige voorzieningen voor het RAG is zowel een boekhoudkundige beslissing tot herbestemming van posten op de balans van EDF (overwegingen 100 en 105) als een fiscale beslissing, aangezien de bevoegde autoriteiten vinden dat de vennootschapsbelasting moest worden geheven vóór de herclassificatie (overweging 35), terwijl de belasting is betaald op andere geherclassificeerde boekhoudkundige voorzieningen. In tegenstelling tot wat de Franse autoriteiten beweren, is dus niet vastgesteld dat het boekhoudkundige en het fiscale deel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn in één enkele maatregel die is ingevoerd bij wet nr. 97-1026 van 10 november 1997.

- (146) In artikel 4, lid 2, van de wet is bepaald dat de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het RAG, die zijn vermeld aan de passiefzijde van de balans van EDF, na aftrek van de desbetreffende herwaarderingscorrecties, moet worden opgevoerd onder de post „kapitaalinjecties” (overweging 28). Hieruit kan worden afgeleid dat volgens de wet, afgezien van eventuele waarderingscorrecties, geen enkele boekhoudkundige of fiscale aanpassing het bedrag van de tegenwaarde, dat als inbreng in het kapitaal van EDF moest worden opgevoerd, mocht verlagen. De beslissing om aan EDF al dan niet belasting aan te rekenen, valt overeenkomstig artikel 34 van de Franse grondwet niet onder het toepassingsgebied van de wet. Wet nr. 97-1026 kon dus geen uitsluitel hierover geven. Bij vorengenoemd artikel worden de wetgevende bevoegdheden van het Parlement op fiscaal gebied beperkt tot de vaststelling van de grondslag, de rentevoet en de voorwaarden voor de inning van de diverse belastingen. Zo heeft EDF in het kader van dezelfde herclassificatie ingevolge de wet voor bepaalde boekhoudkundige voorzieningen vennootschapsbelasting betaald en voor andere niet.
- (147) Uit de door de Franse autoriteiten verstrekte en in overweging 104 vermelde voorbereidende documenten blijkt overigens dat de Raad van State in 1997 van oordeel was dat de niet-wetgevende bepalingen in de tekst van het wetsontwerp moesten worden geschrapt; daarnaast is ook een wijzigingsvoorstel voor het wetsontwerp van de regering verworpen waarmee werd beoogd de heffingen die de Staat krachtens de wet aan EDF kon aanrekenen, te beperken. Tot slot waren de bevoegde ministers in april 1997 van oordeel dat voor de gedetailleerde voorschriften voor de uitvoering van de nieuwe balansindeling van EDF op boekhoudkundig en fiscaal vlak aanvullend overleg tussen de toezichhoudende autoriteiten en de onderneming nodig was (overweging 98).
- (148) Deze elementen, die zijn gepreciseerd en gekwantificeerd in de brief die de toezichhoudende ministers op 22 december 1997, na de goedkeuring van de wet, aan EDF hebben toegezonden (overweging 31), wijzen erop dat de fiscale uitvoeringsaspecten los kunnen worden gezien van de bepalingen van wet nr. 97-1026 van 10 november 1997. In hun brief aan EDF lichten deze ministers de nieuwe balansindeling van EDF overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 toe, en lijken zij stilzwijgend te beslissen over de fiscale gevolgen van deze herindeling, zonder dat er sprake is van enige rendabele investering of dwingende bepalingen in de wet.
- (149) Met betrekking tot de context van de maatregel, die het Hof noemt als een van de relevante factoren om de eventuele toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie te beoordelen, blijkt uit de voorbereidende bijeenkomsten en de bewijsstukken voor de periode, die hebben geleid tot de op 8 april 1997 ondertekende ondernemingsovereenkomst, dat de herclassificatie van de voorzieningen paste in het kader van de gedeeltelijke liberalisering van de elektriciteitsmarkten in de Unie sinds 1996. Het streven om de activiteiten van EDF sterker te internationaliseren is dan ook terug te vinden in de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 en in de voorbereidende documenten, alsook in de parlementaire documenten. In de ondernemingsovereenkomst zelf wordt aangenomen dat voor de uitvoering ervan een wetgevende regularisatiemaatregel als bedoeld in wet nr. 97-1026 nodig is, waardoor een feitelijke continuïteit wordt vastgesteld tussen de doelstellingen van de overeenkomst en die van de wetgever. Noch in de in april 1997 gesloten overeenkomst, noch in de voorbereidende documenten en de contacten met de toezichhoudende autoriteiten van EDF, wordt een standpunt ingenomen over het precieze belastingbedrag.
- (150) Deze context, die wordt geschetst aan de hand van de door de Franse autoriteiten in hun opmerkingen genoemde feiten, maakt het echter niet mogelijk om met zekerheid te stellen dat de maatregel een handeling betreft van een aandeelhouder die een investering verricht. De noodzaak om de door de Rekenkamer in oktober 1994 vastgestelde onregelmatigheden te corrigeren, maakt namelijk ook deel uit van die context. Terwijl het er enerzijds om ging een boekhoudkundige onregelmatigheid te corrigeren die het EDF mogelijk heeft gemaakt jarenlang geen vennootschapsbelasting te betalen, benadrukten de Franse autoriteiten dat de regeling het monopolie van EDF niet in het gedrang bracht (overweging 105) en dat het stabiele kader dankzij de liberalisering van de markt moest worden gehandhaafd (overweging 95). Het is inderdaad zo dat de liberalisering perspectieven voor uitbreiding op nationale markten in andere lidstaten opende en dat de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 voorzag in bepaalde maatregelen om EDF sterker te internationaliseren. Daar staat tegenover dat het streven van de overheid om nationale ondernemingen te bevoordelen door financiële steunmaatregelen aan de vooravond van een liberalisering, zich niet beperkt tot overheidsbedrijven en niet kenmerkend is voor het gedrag van een voorzichtige aandeelhouder van een overheidsbedrijf.
- (151) Tot slot geeft het Hof aan dat het onderzoek van de voor de litigieuze maatregel geldende regels relevant is om te bepalen of het een investering door de Staat als aandeelhouder, dan wel een overheidsprerogatief betreft. Bij de

indeling van de maatregel in de ene of de andere categorie kan dus rekening worden gehouden met de naleving van de desbetreffende regels die erop van toepassing zijn. Het is derhalve dienstig de regels te onderzoeken die van toepassing zijn op de investering van fiscale middelen in ondernemingen zoals EDF. Zonder de betrokken maatregel zou de opbrengst van de niet-geheven vennootschapsbelasting zijn toegewezen aan de algemene inkomsten uit de begroting van de Franse Staat in 1997. Zoals bepaald in artikel 18 van beschikking nr. 59-2 van 2 januari 1959 houdende organieke wet inzake financieringswetten, die ten tijde van de feiten van toepassing was, worden alle inkomsten die de uitvoering van alle uitgaven garanderen, alle inkomsten en alle uitgaven van de Staat op een enkele rekening, de „algemene begroting”, geboekt. De inkomsten van de begroting worden toegewezen aan de begroting, ten gunste van de Staat, en niet van de overheidsbedrijven.

- (152) Voor deze begroting geldt het grondwettelijk beginsel van universaliteit, krachtens hetwelk alle inkomsten en alle kredieten worden ingeschreven op twee afzonderlijke blokken, zonder dat een bijzondere link tot stand wordt gebracht tussen bijvoorbeeld inkomsten uit een vennootschapsbelasting en een toewijzing zoals een inbreng in het kapitaal van een overheidsbedrijf zoals EDF. De voorafgaande toewijzing van fiscale middelen aan een andere rechtspersoon dan de Staat, als subsidie of als investering, is in het Franse recht mogelijk voor zover voor uitdrukkelijke bepalingen hierin voorzien. Zo was in artikel 18 van beschikking nr. 59-2 bepaald dat, behalve voor met name leningen en voorschotten, de toewijzing van inkomsten van de Staat uitzonderlijk is en slechts mag voortvloeien uit een door de overheid vastgestelde bepaling in de begrotingswet.
- (153) Wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 was echter geen begrotingswet, waardoor op grond van deze wet geen fiscale middelen aan het kapitaal van EDF konden worden toegewezen. Voorts ziet het er niet naar uit dat op initiatief van de overheid specifieke bepalingen in de voor de begroting 1997 geldende begrotingswetgeving zijn vastgesteld om de opbrengst van de door EDF verschuldigde belasting vooraf toe te wijzen aan de uitgaven van de Franse Staat uit hoofde van een investering in het kapitaal van EDF in het kader van dezelfde begroting. Deze regel, die een investering van aan de Staat toegewezen fiscale overheidsmiddelen mogelijk maakt voor een andere rechtspersoon dan de Staat, zoals EDF, lijkt dus niet te zijn toegepast.
- (154) De overgrote meerderheid van de bovenstaande elementen geven duidelijk aan dat Frankrijk vóór of op het moment van de toekenning van het uit de niet-betaling van de vennootschapsbelasting voortvloeiende economische voordeel, niet heeft beslist te investeren in EDF door middel van de belastingvrijstelling. Het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie lijkt dan ook niet van toepassing te zijn op deze maatregel. De hiernavolgende overwegingen, die betrekking hebben op de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, hebben bijgevolg een subsidiair karakter.

#### 9.1.3. *Betreffende de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie*

- (155) In zijn arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof in deze zaak geoordeeld dat aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder moet kunnen worden uitgemaakt of een particuliere aandeelhouder in vergelijkbare omstandigheden een bedrag gelijk aan de verschuldigde belasting had ingebracht in een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie als EDF bevond (punt 95 van het arrest). Het eventuele verschil in de kosten voor een particuliere investeerder en voor de Staat als aandeelhouder kan ook in aanmerking worden genomen om te weten of aan de voorwaarden van het beginsel is voldaan (punt 96 van het arrest).
- (156) De beoordeling gebeurt op basis van objectieve en controleerbare gegevens en evoluties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen (punten 102 en 105 van het arrest). Bij deze beoordeling dient alleen rekening te worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die de Staat heeft in zijn hoedanigheid van aandeelhouder en niet met die welke voortvloeien uit zijn hoedanigheid van overheid (punt 79 van het arrest).
- (157) Gelet op de situatie en de kenmerken van EDF, een overheidsinstelling die sinds meer dan 50 jaar volledig door de Franse Staat wordt gecontroleerd, dient als referentie een investeerder die een winstgevendheid op lange termijn nastreeft, te worden gehanteerd en dienen meer bepaald de door Frankrijk in de overwegingen 87 tot en met 108 uiteengezette gegevens te worden onderzocht. Het is namelijk op die elementen dat de Franse autoriteiten zich beroepen als basis voor hun beslissing in 1997.

- (158) In de eerste plaats moet het door EDF in 1997 aan haar aandeelhouder geboden rendement worden onderzocht. Dit rendement moet worden vergeleken met referentiewaarden. In 1997 bedroeg het gemiddelde rendement op langlopende obligaties (30 jaar) van Frankrijk 6,35 %. Zelfs voor kortere looptijden (10 jaar), die minder bedroegen dan de levensduurcyclus van de installaties van EDF, bedroeg de gemiddelde rente op obligaties van de Franse staat 5,58 % <sup>(1)</sup>. Deze waarden zijn een afspiegeling van zowel het rendement van weinig risicovolle financiële activa als van de toenmalige financieringskosten van de Franse Staat op lange termijn. Een investering in een onderneming zoals EDF in 1997 vormde een risicovollere investering dan het aanhouden van staatsobligaties op dat ogenblik. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou dan ook een hoger rendement hebben verlangd dan dat van de staatsobligaties.
- (159) Uit het onderzoek van het lopende rendement dat de Franse Staat in 1996-1997 kon verwachten, zoals dat blijkt uit de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten, kan echter niet worden opgemaakt dat de investering voldoet aan het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie.
- (160) De Franse autoriteiten hebben de voorlopige resultaatrekening van EDF voor de periode na de nieuwe balansindeling verstrekt, die in 1997 door de betrokken autoriteiten is onderzocht (overweging 92, tabel 1). De ramingen in de tabel worden bevestigd door andere documenten uit die periode (overwegingen 96, 97 en 103). Deze ramingen van het referentiescenario van EDF voor de daaropvolgende periode waren gevalideerd door de overheden (overweging 97). Op basis van deze resultaatrekening en de verwachte bedragen van de door de Staat in EDF geïnvesteerde middelen (overweging 100, tabel 2) kan het rendement worden berekend dat de Staat kon verwachten van respectievelijk de kapitaalinjecties, het totale kapitaal (startkapitaal en toewijzingen) en het eigen vermogen van EDF (totaal kapitaal, herwaarderingsreserves, voorgeschreven voorzieningen en ingehouden winst) <sup>(2)</sup> (zie tabel 4).

Tabel 4

**Geraamde vergoeding van het kapitaal op de balans van EDF 1997-2000 (miljard FRF)**

	1997	1998	1999	2000	1997-2000
Vast gedeelte tegen 3 %	1,5	1,5	1,5	1,5	6,0
Variabel gedeelte	0,6	1,0	0,9	0,9	3,4
Vast en variabel gedeelte	2,1	2,5	2,4	2,4	9,4
Rendement op eigen vermogen (79,8 miljard FRF) %	2,63	3,13	3,01	3,01	2,94
Rendement op kapitaal en toewijzingen (53,3 miljard FRF) %	3,94	4,69	4,50	4,50	4,41
Rendement op toewijzingen aan het kapitaal (50,7 miljard FRF) %	4,14	4,93	4,73	4,73	4,64

Bron: Berekeningen Commissie op basis van de tabellen 1 en 2.

<sup>(1)</sup> Jaarlijks gemiddelde van de dagrente van de Franse staatslening over 30 en 10 jaar, bron Banque de France: Referentierente van de obligaties en met schatkistpapier gelijkgestelde obligaties van de Franse staat (OAT — Obligation Assimilable du Trésor), <http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux>.

<sup>(2)</sup> De relevantie van een berekening van het rendement op het totaalbedrag van het vaste eigen vermogen van de onderneming ten opzichte van louter het geïnvesteerde kapitaal in de vorm van kapitaalinjecties wordt bevestigd door het feit dat in de overeenkomst tussen de Staat en EDF voor de periode 2001-2003 de vergoeding van de Staat, berekend als percentage (37,5 %) van het nettoresultaat, is vastgesteld tussen minimaal 1,5 % en maximaal 4,5 % van de grondslag voor het eigen vermogen. Antwoord van de Franse autoriteiten van 23 december 2013, punt 53.

- (161) Uit de door de Franse autoriteiten in 1997 genoemde en verstrekte documenten bedroeg de door de Staat als aandeelhouder van EDF verwachte vergoeding voor de hele periode 1997-2000 9,4 miljard FRF, waarvan 6 miljard FRF uit hoofde van het vaste gedeelte tegen 3 % en 3,4 miljard FRF voor de hele periode uit hoofde van het aanvullende gedeelte, na de bij wet nr. 97-1026 ingevoerde herclassificatie. Op basis van de destijds gevalideerde schattingen bedroeg het toekomstige lopende rendement dat de Staat als aandeelhouder kon verwachten, gemiddeld 2,94 % van het totale eigen vermogen van EDF, 4,41 % van het totale door de Staat in EDF geïnvesteerde kapitaal en 4,64 % van het bedrag van de toewijzingen aan het kapitaal. Deze vergoeding, die gold voor het bedrag van de kapitaalinjectie geherclassificeerde belastingvrijstelling, lag ruim onder het percentage van 6,35 % voor obligaties die de Franse Staat in 1997 uitgaf met het oog op zijn eigen financiering op lange termijn. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou het verwachte lopende rendement op een bedrag van 5,88 miljard FRF, dat overeenkomt met de belastingvrijstelling, ontoereikend hebben gevonden om de investering te rechtvaardigen.
- (162) Voorts heeft het Hof in punt 96 van zijn arrest van 5 juni 2012 geoordeeld dat in het kader van de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie rekening kan worden gehouden met het verschil in de kosten voor een particuliere investeerder en voor de Staat. Dit komt erop neer dat het rendement, dat volgens de Franse autoriteiten de herclassificatie van de voorzieningen aan rechten van de concessiegever ten bedrage van de belastingvrijstelling rechtvaardigde, wordt vergeleken met het rendement dat een particuliere aandeelhouder zou hebben verkregen die dezelfde herkapitalisering verricht in een onderneming die in alles vergelijkbaar is met EDF, behalve wat betreft het voorrecht, dat een particulier investeerder niet toekomt, om de kapitaalinjectie vrij te stellen van vennootschapsbelasting.
- (163) Een dergelijke onderneming waarvan de aandeelhouder over 5,88 miljard FRF zou hebben beschikt voor haar herkapitalisering onder dezelfde voorwaarden als die van EDF, zou een uitzicht op een rendement van jaarlijks 4,64 % hebben gehad op het aanvullende door de aandeelhouder ingebrachte kapitaal, d.w.z. 272 miljoen FRF per jaar, zonder rekening te houden met de vennootschapsbelasting. Met een vennootschapsbelasting van 41,66 % in 1997 zou het uitzicht op rendement voor diezelfde kapitaalbreng 159 miljoen FRF per jaar bedragen, d.w.z. een nominale jaarlijkse rentevoet van 2,7 %. Een dergelijke rentevoet voor een deelneming in het kapitaal van een onderneming met de aan een dergelijke investering verbonden risico's moet worden vergeleken met het percentage van 6,35 % dat destijds werd betaald voor obligaties van Frankrijk. Het lage rendement zou een particuliere investeerder die niet beschikt over de fiscale voorrechten van de Staat, bijgevolg van een investering hebben weerhouden. Met dermate ongunstige rentabiliteitsvooruitzichten voor het geïnvesteerde kapitaal lijkt het uitgesloten dat een voorzichtige particuliere investeerder wiens onderneming vennootschapsbelasting op de kapitaalinjecties zou moeten betalen, in de plaats van Frankrijk zou hebben deelgenomen aan de kapitaalverhoging van EDF in 1997.
- (164) Derhalve moet worden nagegaan of de door Frankrijk verstrekte gegevens uit de periode van de beslissing tot herclassificatie van de voorzieningen zonder belastingheffing, aanvullende aanwijzingen bevatten die een voorzichtige particuliere investeerder zouden hebben overtuigd de vermeende investering te doen ondanks het ogenschijnlijk lage rendement. Deze aanwijzingen kunnen met name betrekking hebben op het vermogen van EDF om: i) haar inkomsten uit arbeid op lange termijn te verhogen, ii) haar bedrijfsresultaten te verbeteren door efficiëntieverbetering, iii) de nettowaarde van de productieve activa van de onderneming te verhogen, of iv) een constante en toereikende vergoeding te betalen aan haar aandeelhouder. Bij gunstige vooruitzichten zijn dit op lange termijn potentieel waardecreërende factoren voor de aandeelhouder, die bij ongunstige vooruitzichten echter waardevernietigend zijn.
- (165) In dit verband bevat geen van de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten een kwantificering, noch een kwalitatieve beoordeling, van een eventuele waardecreatie voor de aandeelhouder, die de Franse autoriteiten zouden hebben onderzocht en in aanmerking hebben genomen voor de periode 1997-2000 of later. Er zijn alleen algemene verwijzingen naar een betere behartiging van de belangen van de Staat als aandeelhouder te vinden. Dit zou erop wijzen dat de waardeverhoging van de onderneming als investering voor de Staat als aandeelhouder bij de vermeende beslissing tot investeren niet in aanmerking is genomen. Hoe dan ook kan uit het onderzoek van vier potentieel waardecreërende factoren voor de aandeelhouder niet worden geconcludeerd dat op basis van de in 1997 beschikbare gegevens (met name de voorlopige exploitatierekening 1997-2000 van EDF en de door de toezichthoudende autoriteiten gehanteerde prognoses in het financiële scenario) een groei kon worden verwacht (overweging 92, tabel 1, en overweging 96).
- (166) Met betrekking tot de totale inkomsten van EDF kon de Staat als aandeelhouder een zeer zwakke groei verwachten, namelijk 0,64 %. Deze quasi-stagnatie kan worden verklaard door de door de Staat vastgestelde doelstelling om bij te dragen tot het concurrentievermogen van de Franse industrie en de verhoging van de koopkracht van de particuliere consument, die zich vertaalde in een gemiddelde verlaging van de tarieven van EDF met [...] over vier jaar (overwegingen 89, 95 en 96), d.w.z. een jaarlijkse verlaging met [...] %. EDF oefende haar activiteiten voornamelijk in Frankrijk uit, aangezien voor de periode 1997-2000 meer dan 89 % van de inkomsten van EDF afkomstig waren van de Franse markt. Haar inkomsten waren bijgevolg grotendeels afhankelijk van de beslissingen van de Staat op het gebied van de vaststelling van de elektriciteitstarieven. Een voorzichtige particuliere investeerder zou zeker hebben opgemerkt dat de vaststelling van doelstellingen van het overheidsbeleid die in tegenspraak zijn met haar aandeelhoudersbelangen, schadelijk is voor zijn vermogensbelangen. Geen enkele voorzichtige particuliere investeerder zou een vermindering van de vergoeding van zijn investering ter bevordering van het concurrentievermogen van de Franse ondernemingen hebben geaccepteerd.

- (167) Ook de post op de voorlopige exploitatierekening 1997-2000 met de resultaten van de hoofdactiviteit van EDF zou in die periode met 29 % afnemen, van 9,3 miljard FRF in 1997 tot 6,6 miljard FRF in 2000. De operationele kosten zouden toenemen met 2,2 %, vooral door de toename van de operationele uitgaven, aangezien de financiële lasten, de aflossingen en de rente, met uitzondering van de vergoeding van het kapitaal, zouden afnemen. De optelling van de resultaten van de hoofdactiviteit bij de kapitaalinjecties en de financiële lasten geeft voor de periode 1997-2000 eveneens een negatieve ontwikkeling te zien, aangezien dit totaalbedrag zou dalen met 13,9 %, van 62,6 miljard FRF tot 53,9 miljard FRF. Het is echter de ontwikkeling van de resultaten van de lopende activiteiten vóór afschrijvingen en rente die op termijn bepalend is voor het vermogen van de onderneming om waarde en positieve kasstromen te genereren. Bij het nastreven van doelstellingen van economisch beleid of regelgeving had de Staat tegen de achtergrond van de verwachte verslechtering bepaald dat EDF haar eventuele efficiëntie- en productiviteitswinsten prioritair moest aanwenden voor een extra tariefverlaging, alvorens te voorzien in een betere vergoeding van de aandeelhouder (overweging 95). Hieruit volgt dat de lopende activiteiten van EDF, die worden belemmerd door de doelstellingen van economisch beleid van de Staat, geen uitzicht op een bevredigende toekomstige vergoeding zouden hebben geboden.
- (168) Zoals de Commissie in haar besluit tot uitbreiding van de procedure opmerkte, zou een voorzichtige particuliere investeerder rekening hebben gehouden met de onzekerheid over het bedrag en de ontwikkeling van de kosten voor de financiering van de pensioenen waaraan EDF in 1997 het hoofd moest bieden in het kader van de specifieke regeling voor de elektriciteits- en gasector. In het geval van EDF in 1997 vormden de pensioenlasten en, a fortiori, de desbetreffende verplichtingen buiten de balansstelling, een zware last die onttrekkingen met zich bracht die het zwakke nettoresultaat van de onderneming nog zouden verlagen.
- (169) Terwijl de pensioenmassa van EDF in 1997 12,2 miljard FRF bedroeg, zou zij, bij een ongewijzigde wetgeving, voor het hele stelsel (inclusief GDF en niet-genationaliseerde bedrijven) in de daaropvolgende jaren aanzienlijk toenemen, van 20 miljard FRF in 2010 tot 25 miljard FRF in 2020 <sup>(1)</sup>. Bij toepassing van een verdeelsleutel voor EDF van 78,4 %, die een afspiegeling is van het gewicht van de loonmassa in de sector, zou het aan EDF toekomende deel in 2010 15,7 miljard FRF hebben bedragen en in 2020 19,6 miljard FRF, zonder rekening te houden met een eventuele reserveringen voor toekomstige verplichtingen bij een ongewijzigde wetgeving <sup>(2)</sup>. De verwachte toename van de pensioenlasten was dus aanzienlijker dan het voor de periode 1997-2000 verwachte nettoresultaat, na vergoeding van de Staat en belastingen, zoals geïllustreerd in tabel 1. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, die net als de Franse Staat goed op de hoogte zou zijn geweest van de situatie van de onderneming, zou er na een beoordeling in 1997 bijgevolg toe zijn gebracht de toekomstige lasten van de onderneming te verhogen en de rentabiliteitsvooruitzichten voor de investering overeenkomstig te verlagen.
- (170) Bovendien kon de voorzichtige particuliere investeerder een aanzienlijke vermindering van de schuld van EDF van [...] FRF tot [...] FRF over een periode van vier jaar verwachten (overwegingen 91 en 95). Vast staat evenwel dat EDF de Aaa-rating door Moody's in de periode 1992-1996 heeft behouden met een schuldquote van 480 %. De Franse autoriteiten verwijzen ook vaag naar nieuw gegenereerde middelen voor een bedrag van 70 miljard FRF in de periode 1997-2000 (overweging 84). De schuldafbouw van EDF en het mechanische effect daarvan op de waarde van de nettoactiva van de onderneming zou zich evenwel niet vertalen in een verbetering van de vergoeding van de Franse Staat in diezelfde periode, maar veeleer in een duidelijke verslechtering ten opzichte van de periode 1991-1996 (overweging 134).
- (171) Zoals EDF opmerkt, had zij ook bij een eventuele verlaging van de rating van EDF door bureaus als Moody's of Standard & Poor's een uitstekende rating kunnen behouden (overweging 71). Tot de in de periode 1997-2000 vastgestelde doelstellingen behoorde overigens ook de vermindering van de schuldquote van EDF ten bedrage van [...] FRF. Hieruit zou dus een aanzienlijke vermindering van de totale door EDF gedragen rentelasten volgen. Noch de vermindering van de totale schuld van EDF, noch de kosten daarvan, noch de eventuele daaruit voortvloeiende voordelen voor de Staat als aandeelhouder, zouden dus in het gedrang zijn gekomen door een lagere kapitaalinjectie van 44,8 miljard FRF in plaats van 50,7 miljard FRF. Een ratio schuld/eigen vermogen van 163 % in plaats van de als gevolg van de belastingvrijstelling verwachte 148 % zou de belangen van de aandeelhouder niet hebben geschaad. Op dit gebied is er geen optimale financiële structuur en in het verslag van de Nationale Vergadering (overweging 100) is sprake van ratio's in de sector van 250 % (Verbund, Oostenrijk) tot 10-15 % (Veba, Duitsland, en PowerGen, Groot-Brittannië).
- (172) De schuldenlast heeft het EDF mogelijk gemaakt haar groei en haar resultaten te financieren zonder extra middelen van de aandeelhouder, en de rentabiliteit van de reeds door de Staat geïnvesteerde middelen met een hefboom-effect te verhogen. Er werd echter prioriteit verleend aan de schuldafbouw, hoewel EDF vóór de vermindering van de schuld over een uitstekende rating beschikte (overweging 71). De uitstekende rating, die het

<sup>(1)</sup> Jaarverslag EDF 1997, blz. 103.

<sup>(2)</sup> Bij artikel 2 van besluit (C(2003)4637fin) van 16 december 2003 (PB L 49 van 22.2.2005, blz. 9), heeft de Commissie besloten geen bezwaar te maken tegen de hervorming van het voor de elektriciteits- en gasector geldende pensioenstelsel waaraan EDF was onderworpen. Deze hervorming heeft ertoe geleid dat de lasten en verplichtingen van de specifieke pensioenregeling voor het personeel van EDF en de andere deelnemende ondernemingen werden overgedragen naar het algemene socialezekerheidsstelsel.

terugbetalingsvermogen van EDF ten aanzien van haar schuldeisers vóór 1996 weergeeft, is overigens niet onverenigbaar met een lage vergoeding van de aandeelhouder. Integendeel, hoe lager de door de aandeelhouder van EDF toegepaste heffing, hoe beter de rating met betrekking tot de door EDF uitgegeven schuldpapieren zou zijn. Binnen de in de door de Franse autoriteiten verstrekte prognoses genoemde termijn zou de verwachte vermindering van het hefboomeffect en de hoe dan ook beperkte invloed van het belastingbedrag op de schuldquote een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie ertoe hebben gebracht hetzij de rentabiliteitsvooruitzichten van zijn investering te verlagen, hetzij er niet van uit te gaan dat de investering in eigen middelen ter hoogte van het belastingbedrag werd gerechtvaardigd door de noodzaak om de schuldenlast van EDF in 1997 te verbeteren.

- (173) Ten slotte zou een voorzichtige particuliere investeerder geneigd zijn geweest zijn beslissing tot investeren te baseren op de beoordeling van het vermogen van de onderneming om hem een stabiele en toereikende vergoeding te garanderen. In dit verband bleek de vergoeding voor de Staat als aandeelhouder voor de periode 1997-2000, zoals geïllustreerd door de Franse autoriteiten, ruim onder het percentage van 6,35 % te liggen, dat in diezelfde periode voor obligaties van Frankrijk werd betaald. Bovendien kon deze vergoeding de facto worden verlaagd om rekening te houden met de aan de Staat als belastingontvanger betaalde belasting (overwegingen 103 en 106). De vergoeding van de aandeelhouder was ook aanzienlijk verlaagd toen de Staat de vermeende investering deed. Elke aandeelhouder zou de plotse en zeer aanzienlijke daling van de vergoeding van de kapitaalinjecties negatief hebben beoordeeld. Deze vergoeding zou van een daadwerkelijk percentage van gemiddeld 9,32 % voor de periode 1991-1996 op 4,64 % voor de periode 1997-2000 worden gebracht, d.i. een vermindering met meer dan de helft. In termen van eigen vermogen daalde de rentabiliteit van gemiddeld 14,1 % eind 1996 tot 2,94 % voor diezelfde periode (overwegingen 92 en 102, tabellen 1 en 3).
- (174) Een voorzichtige particuliere investeerder kan weliswaar een vermindering van zijn lopende vergoeding accepteren in het vooruitzicht van een groei van de onderneming die zich hetzij vertaalt in een betere toekomstige vergoeding, hetzij in een waardeverhoging van de onderneming die een meerwaarde kan genereren bij een verkoop van haar activa die een eigendomsrecht op de onderneming inhoudt. In dit verband had de lopende rentabiliteit die in 1997 kon worden verwacht, de plotse vermindering van de rentabiliteit in de periode daarvoor niet kunnen compenseren. Anderzijds kan door de aandeelhouder uit het onderzoek van vier voor de aandeelhouder potentieel waardecreërende factoren, die zijn aangegeven in de overwegingen 164 tot en met 173, op basis van de gegevens in de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten geen te verwachten verhoging van de waarde van de onderneming worden geconcludeerd.
- (175) Voorts kan uit de beschikbare gegevens niet worden geconcludeerd dat een voorzichtige particuliere investeerder die handelde in de plaats van de Franse Staat, in 1997 op basis van de beschikbare informatie had kunnen rekenen op een meerwaarde die de lage aan de Staat betaalde lopende vergoeding zou compenseren. De Franse autoriteiten hebben geen enkele studie verricht naar de waarde van EDF vóór en na de herclassificatie van de voorzieningen in 1997.
- (176) Bovendien was EDF in 1997 al meer dan vijftig jaar een overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter, en geen naamloze vennootschap. Overeenkomstig artikel 16 van wet nr. 46-628 behoorde haar kapitaal aan de Franse natie toe en kon het niet worden vervreemd (overweging 18). Voorts zij vastgesteld dat zelfs na de in 1997 bij wet nr. 97-1026 ingevoerde herindeling van de balans van EDF de totale nettoschuld van EDF ten bedrage van ongeveer 118 miljard FRF significant boven de waarde van haar eigen vermogen lag, dat 79,8 miljard FRF bedroeg (overweging 101, tabel 2).
- (177) In geen van de documenten waarin de vermeende beslissing van de Franse autoriteiten tot investeren wordt toegelicht, is sprake van het plan van een eventuele privatisering van EDF door de gehele of gedeeltelijke verkoop van het kapitaal in handen van de Staat. Hiertoe had voorafgaandelijk de status van naamloze vennootschap moeten zijn aangenomen en had moeten worden afgezien van de status van overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter. Integendeel, de enige verwijzing naar de status van EDF in deze documenten was de herbevestiging door de Staat van zijn wil om de specifieke status van EDF, die een stabiele referentie moest blijven bij de verdere ontwikkelingen, op de interne elektriciteitsmarkt te handhaven (overweging 95). Volgens Frankrijk is de beslissing tot investeren op basis van die gegevens genomen. Deze feiten moeten dus het referentiekader voor de analyse van de vermeende beslissing blijven.
- (178) Gelet op het voorafgaande zou het dus noch redelijk, noch voorzichtig zijn geweest om als investeerder te hopen op een meerwaarde die afhankelijk zou zijn geweest van de interventie van de wetgevende macht ten aanzien

van, enerzijds, de door de Franse autoriteiten in 1946 vastgestelde en consequent toegepaste wettelijke voorschriften, en anderzijds de uitdrukkelijke wil van de Staat, die ten tijde van de feiten, in 1997, door de bevoegde minister voor overheidsparticipaties is bevestigd, om de specifieke rechtsvorm van EDF op een interne energiemarkt die op het niveau van de Unie is geliberaliseerd, te handhaven. Bij de hypothesen die ten grondslag liggen aan de conclusies van EDF met betrekking tot de winstgevendheid van de investering waarop een voorzichtige particuliere investeerder op basis van de oorspronkelijke en toekomstige waarde van aandelen van EDF in 1997 zou hebben gehoopt (overwegingen 69 en 70), is geen rekening gehouden met de status van EDF in 1997. Bovendien zijn ze in tegenspraak met de desbetreffende door de Franse autoriteiten verstrekte documenten.

- (179) Zoals de Franse autoriteiten benadrukken, had EDF als overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter in 1997 geen maatschappelijk kapitaal, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een naamloze vennootschap, waarvan het kapitaal in handen is van de aandeelhouders (overweging 19), die hun aandelen te allen tijde kunnen doorverkopen. De referentie-investeerder had in 1997 dan ook een aantal factoren moeten vaststellen of hypothesen moeten formuleren die noodgedwongen kritisch moesten worden beoordeeld, met name: i) op welk bedrag de Staat het maatschappelijk kapitaal van een toekomstige naamloze vennootschap zou vaststellen, en meer bepaald of het quasi-eigen vermogen al dan niet zou worden opgenomen, wat bepalend is voor het vermogen van de vennootschap om een stabiel dividend te garanderen; ii) in hoeveel aandelen dit kapitaal zou worden verdeeld, wetende dat een hoger respectievelijk lager bedrag deels bepalend is voor de aantrekkelijkheid ervan op de markt; iii) in welke vorm het kapitaal zou worden opengesteld via de uitgifte van nieuwe aandelen, en voor welk bedrag, wat bepalend is voor de mogelijke mate van verwatering van zijn participatie, en ten slotte iv) wanneer de transactie zou worden uitgevoerd, wat, gelet op de zwakke valorisatievooruitzichten die de voorlopige resultaten van EDF tot in 2000 te zien gaven, pas in een verre toekomst kon worden overwogen. Niets in de door de Franse autoriteiten voor de periode vóór de vermeende investering verstrekte documenten wijst erop dat in 1997 duidelijkheid had kunnen worden verkregen over deze onbekenden.
- (180) Gelet op het voorafgaande zou de eventuele uit de litigieuze kapitaalinjectie voortvloeiende waardeverhoging van het recht van de Staat in het kapitaal van EDF, in de veronderstelling dat die is vastgesteld — wat duidelijk niet het geval is — hebben geïmpliceerd dat een voorzichtige investeerder vermoedens had in verband met ten minste vier essentiële factoren waarop hij, in tegenstelling tot de wetgever en de regelgever, geen grip zou hebben gehad, en waarover in 1997 hoe dan ook geen betrouwbare informatie beschikbaar was. Een voorzichtige particuliere investeerder zou het gebrek aan liquiditeit van zijn investering niet hebben genegeerd. Hieruit volgt dat een voorzichtige particuliere investeerder op het moment van zijn beslissing om al dan niet te investeren, met deze omstandigheid rekening zou hebben gehouden. Dit gebrek aan liquiditeit kan het belang van een eventuele waardeverhoging van de onderneming doen afnemen.
- (181) Voorts moet de toets van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, zoals aangegeven in overweging 144, hoofdzakelijk gebaseerd zijn op gegevens die de lidstaat heeft verstrekt in een situatie waarin de beslissing reeds is genomen, aangezien de lidstaat aanvoert dat het die gegevens zijn, en niet andere, meer hypothetische gegevens die zelfs in tegenspraak zijn met de verstrekte gegevens, die door de lidstaat in aanmerking zijn genomen. Het Hof stelt evenwel dat de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie moet steunen op de evaluaties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen (punt 105 van het arrest van 5 juni 2012). Zo verklaarden de Franse autoriteiten in 1997 dat de status van EDF, die belette dat aandelen konden worden uitgegeven en doorverkocht, zou worden gehandhaafd als een stabiele referentie, ook op een geliberaliseerde Europese markt (overweging 95). Uitgaan van hypothesen die de verklaring van de Franse autoriteiten tegenspreken, impliceert dat de toets in een situatie wordt geplaatst die die van de lidstaat niet zo dicht mogelijk benadert, in tegenstelling tot wat de rechtspraak vereist (overweging 126).
- (182) Zelfs als voor analysedoeleinden wordt aangenomen dat een voorzichtige particuliere investeerder een toekomstige beoordeling van de waarde van zijn investering op een onzekere datum bovenop het geboden regelmatige rendement in aanmerking had kunnen nemen om te beslissen over de vermeende investering, had hij niettemin rekening gehouden met het vermogen van de onderneming om dividenden op lange termijn te genereren, en had hij de tijdshorizon van de Franse Staat gevolgd, die EDF controleert sinds 1946. Om de waarde van zijn eigendomsrecht in EDF te schatten, zou een voorzichtige particuliere investeerder de boekwaarde van de nettoactiva van de onderneming buiten beschouwing hebben gelaten, en zelfs hebben ingezet op het genereren van door de Franse autoriteiten aangevoerde middelen (overweging 84). De waarde van de activa, de investeringsbedragen of de schuldafbouw komt niet noodzakelijk overeen met de reële economische waarde, op basis waarvan transactieprizen worden vastgesteld. Derhalve dient niet te worden vastgehouden aan het feit dat de volledige terugbetaling van de schulden van EDF in 1997 bedragen zou hebben vereist die ver uitstegen boven het eigen kapitaal van EDF (overweging 177). Op lange termijn is de waarde van een onderneming afhankelijk van haar vermogen om waarde voor de aandeelhouder in de vorm van dividenden of een kapitaalverhoging te genereren, veeleer dan van de boekwaarde van haar activa of haar vermogen.

- (183) De meest gebruikte methode voor de schatting van de alternatieve kosten of het vereiste rendement van een tegen betaling overdraagbaar eigendomsrecht in het kapitaal van een onderneming is het evaluatiemodel voor financiële activa (Capital Asset Pricing Model, hierna „het CAPM” genoemd) <sup>(1)</sup>. Zoals is aangegeven in tabel 5 wordt aan de hand van het CAPM op een investering in het kapitaal van EDF in 1997 een streefwaarde voor het vereiste rendement van ongeveer 12 % vastgesteld, die voor liquide activa zoals een aandeel van EDF 13,4 % kan bedragen. Deze streefwaarde moet evenwel als een plafond worden gezien. Zij veronderstelt dat niet alleen een eigendomsrecht op EDF zoals een aandeel mogelijk en overdraagbaar was, maar dat er bovendien een liquide markt was, terwijl de Staat 100 % van het kapitaal in handen had en EDF geen aandelen kon uitgeven. Aan het voor liquide activa vereiste rendement moet een premie tussen 0,5 % en 1,5 % <sup>(2)</sup> worden toegevoegd om de grote onzekerheid weer te geven die naar voren komt in de overwegingen die zijn onderzocht in de overwegingen 179 en 180 met betrekking tot de liquiditeit van de effecten van EDF die een voorzichtige particuliere investeerder in 1997 kon hebben.
- (184) Hoe dan ook ligt waarde van de grootteorde van 12 % exclusief liquiditeitspremie lager dan, maar om en bij het lopende rendement op het eigen vermogen van 14 % waarmee EDF de Staat had vergoed tussen 1991 en 1996 (overweging 102, tabel 3). Het uitzicht op rendement in de toekomst is normaliter gebaseerd op het effectief verkregen rendement. De geldigheid van deze grootteorde van 12 % wordt ook bevestigd door het gebruik van andere parameters op basis van destijds beschikbare cijfers, inclusief die welke zijn gebruikt in de voor rekening van EDF verrichte en in overweging 70 vermelde studie, waarin een streefwaarde is vastgesteld tussen 11,9 % en 13,5 %, met een gemiddelde van 12,7 %. Aangezien de resultaten van de analyse niet veranderen met een liquiditeitspremie bovenop het beoogde rendement van ongeveer 12 %, of wanneer het reële rendement vanaf 1997 wordt toegepast op het recente verleden, dienen deze premie en de reële rentabiliteit niet in aanmerking te worden genomen.

Tabel 5

**Vereist rendement voor een investering in aandelen van EDF in 1997: berekeningswaarden**

Parameter	Waarde	Bron
Risicovrij percentage	6,35 - 5,58	Jaarlijks gemiddelde in 1997 van de dagrente van de staatslening van de Franse Republiek over 30 en 10 jaar, bron Banque de France: Referentierente van de obligaties en met schatkistpapier gelijkgestelde obligaties van de Franse staat (OAT — Obligation Assimilable du Trésor), <a href="http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux">http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux</a> .
Beta van EDF (met schuldenlast)	0,45 - 0,54 - 0,62	1/Bèta van EDF, Vernimmen et alii op.cit., grafiek blz. 427. 2/et 3/Studie van Oxera, tabel 3.8, Bèta van EU-ondernemingen in de sector.
Schuldenlast (%)	60	Kapitaalstructuur van EDF na herstructurering 1997
Beta van EDF (zonder schuldenlast)	0,84 - 0,89 - 1,36	1/en 2/Berekening Commissie. 3/Studie van Oxera, tabel 3.8

<sup>(1)</sup> In dit model wordt het beoogde rendement geëvalueerd dat een investeerder in het kapitaal van een onderneming ( $k$ ) verlangt als resultaat van een verhoging van de rentabiliteit van risicovrije of weinig risicovolle financiële activa, namelijk een staatsobligatie op de financiële referentiemarkt ( $r_f$ ), een marktrisicopremie die het risicovollere karakter van een investering in aandelen weergeeft ( $K_m - r_f$ ), vermenigvuldigd met een specifieke risicocoefficiënt van het aandeel van de betrokken onderneming ( $\beta$ ), bij voorkeur die van de onderneming of, bij ontstentenis daarvan, die van vergelijkbare, als referentie gebruikte ondernemingen. De parameter  $\beta$  moet worden geschat voor een onderneming zonder schuldenlast (gearing) om het intrinsieke risico van (het aandeel) van de onderneming ten opzichte van de markt te meten. Het modelformule is  $k = r_f + \beta \times (K_m - r_f)$ . De Commissie heeft het CAPM toegepast om de vereiste rentabiliteit te schatten van kapitaalinvesteringen in een onderneming, zoals goedgekeurd door het Gerecht van de Europese Unie: Arrest van het Gerecht van 3 juli 2014, Spanje/Commissie, „Ciudad de la Luz”, T-319/12, ECLI:EU:T:2014:604, punten 48 tot en met 66. Zie Vernimmen e.a. „Corporate Finance” John Wiley & Sons ed. 2<sup>nd</sup> edition, 2009, ch. 22, voor een nadere beschrijving; zie blz. 460 voor de onderzoeksresultaten over de gebruiksfrequentie van evaluatiemethoden. De theoretische grondslagen en een digitale toepassing van het CAPM op dit geval zijn ook opgenomen in bijlage I bij de door Oxera voor rekening van EDF verrichte studie (overweging 70).

<sup>(2)</sup> Zie Vernimmen e.a. „Corporate Finance” John Wiley & Sons ed. 2<sup>nd</sup> edition, 2009, blz. 433-4.



Parameter	Waarde	Bron
Marktrisicopremie	6,3 - 7,3	1/Vernimmen op.cit. p. 423 onder verwijzing naar Mehra Prescott 2/2003 T.2 FR 1973-98. 2/Gemiddelde in de periode 1988-1996 in Frankrijk vooruitbetaalde risicopremie (in 1996 bedroeg deze premie 10,1 %). „An examination of Equity Risk Premium Forecasts in the G-6 Countries”, Khorana, Moyer & Pattel, I/B/E/S Working Paper, augustus 1997, blz. 25.
Beoogde rendementsmarge	11,7 - 12,1 - 13,4	Berekening Commissie
Mediaan rendement	12	Berekening Commissie

- (185) Bij zijn beslissing om te investeren in 1997 zou een voorzichtige particuliere investeerder in een situatie die zo dicht mogelijk die van de Franse autoriteiten benadert, zijn uitgegaan van de systematische schattingen van de toekomstige resultaten van EDF die zijn gevalideerd door de bevoegde autoriteiten en als financieel scenario zijn gebruikt, zoals opgenomen in de voorlopige exploitatierekening van EDF over de periode 1997-2000 (overwegingen 90-92, tabel 1, overweging 97). De belastingvrijstelling bedroeg 11 % van de 53,3 miljard FRF aan kapitaal en kapitaalinjecties van EDF in 1997 na de nieuwe balansindeling. Bijgevolg kan worden aangenomen dat de investering het recht opende op 11 % van de dividenden (vergoeding van de kapitaalinjecties zoals geschat in de tabellen 1 en 4) en van de waarde van EDF). Voor de bepaling van deze waarde moet een model voor de berekening van de waarde van de onderneming op lange termijn worden toegepast, namelijk het dividendverdisconteringsmodel (in het Engels, „dividend discount model”, hierna „het DDM” genoemd <sup>(1)</sup>).
- (186) De resultaten van de analyse met het DDM van een investering van 5,88 miljard FRF op basis van de dividenden in de voorlopige resultaatrekening van EDF over de periode 1997-2000 (vergoeding van de kapitaalinjecties en aanvullende vergoeding in tabel 1) zijn weergegeven in tabel 6, met vermelding van de interne opbrengstvoet van de financiële stromen en de netto contante waarde voor een beoogd rendement van 12 %, 6,35 % en 5,58 % <sup>(2)</sup>. Deze resultaten worden berekend voor een referentiescenario dat gebaseerd is op de vaste praktijk voor analyses (tabel 6.1), met drie minder plausibele gevoeligheidsanalyses die de hypothesen van het referentiescenario buiten beschouwing laten en derhalve een grotere rentabiliteit voor de aandeelhouder simuleren dan het referentiescenario (tabellen 6.2, 6.3 en 6.4).

Tabel 6

### Schatting van het rendement (netto contante waarde) van een investering van 5,88 miljard FRF op basis van het DDM en van de voorlopige resultaatrekening van EDF 1997-2000 (tabel 1) (miljard FRF)

#### 6.1. Centraal scenario (Verwachte groei van de dividenden eind 1999/2000)

	1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
	Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
	- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	2,21
netto contante waarde tegen 12 %	- 3,43					
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 3,17					
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 3,12					
interne opbrengstvoet	- 13 %					

NB: De tabel kan als volgt worden gelezen: Voor de tussen 1 januari 1997 en 31 december 2000 verwachte financiële stromen bedraagt de netto contante waarde met een disconteringspercentage van 12 % - 3,43 miljard FRF [...] en bedraagt de interne opbrengstvoet - 13 %.

- <sup>(1)</sup> Het DDM staat voor de waarde van de onderneming op basis van het (laatst) uitgekeerde dividend (Dt), het groeipercentage van de dividenden (d'D) en van de beoogde vergoeding, of de alternatieve kosten van het kapitaal (K) volgens de formule  $Vr = Dt (1 + d'D) / (K - d'D)$ . Het DDM wordt ook in de studie van Oxera voor rekening van EDF gebruikt (punten 3.27 tot en met 3.31), maar met andere (in een aantal gevallen onrealistische) waarden. In de studie van Oxera wordt uitgegaan van een groeipercentage van de dividenden van 9,3 % per jaar. Groeipercentages van het dividend gaan bij een berekening ad infinitum zoals die van het DDM samen met de groei van de onderneming. Groeipercentages van 9,3 %, die veel hoger liggen dan de inflatie en het groeipercentage van het bruto binnenlands product (bbp) op lange termijn, impliceren dat EDF op termijn het hele bbp van Frankrijk voor haar rekening zou nemen.
- <sup>(2)</sup> Een negatieve netto contante waarde voor een gegeven rentevoet (discontering — financiering) geeft aan dat de investering bij deze rentevoet niet rendabel is. Een positieve interne-opbrengstvoet geeft de effectieve rentevoet aan waartegen een investering wordt vergoed door de verwachte financiële stromen.

## 6.2. Gevoeligheid 1 (d dividenden = 4,51 % jaarlijks percentage 1997-2000)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	3,69
netto contante waarde tegen 12 %	- 2,68						
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 2,14						
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 2,05						
interne opbrengstvoet	- 4,7 %						

## 6.3. Gevoeligheid 2 (Centraal scenario + Toevoeging van 11 % quasi-aandelenkapitaal)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	4,93
netto contante waarde tegen 12 %	- 2,06						
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 1,29						
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 1,16						
interne opbrengstvoet	0,3 %						

## 6.4. Gevoeligheid 3 (Gevoeligheid 1 + toevoeging van 11 % quasi-aandelenkapitaal)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	6,41
netto contante waarde tegen 12 %	- 1,30						
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 0,26						
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 0,08						
interne opbrengstvoet	5,2 %						

(187) Uit de schattingen van tabel 6 blijkt dat als het beweerdelijk geïnvesteerde bedrag van 5,88 miljard FRF een recht had geopend om te beschikken over een evenredig percentage van de dividenden en de waarde van EDF, de transactie een zeer negatieve netto contante waarde had vertoond (- 3,43 miljard FRF). Om financieel belang te hebben bij de investering, had een voorzichtige particuliere investeerder, volgens de meest gebruikte hypothese (tabel 6.1), zich tevreden moeten stellen met een vergoeding die aanzienlijk lager ligt dan de alternatieve kosten van het kapitaal van 12 % voor een belegging in liquide aandelen van EDF, en zelfs lager dan de voor de obligaties van de Franse Staat over 30 jaar betaalde vergoeding (6,35 %) en 10 jaar (5,58 %) in 1997. Een voorzichtige particuliere investeerder zou de investering uiteraard niet onder deze voorwaarden hebben verricht.

- (188) Kwalitatief gezien veranderen die conclusies niet wanneer als gevoeligheidstest andere hypothesen worden toegepast die, hoewel ze minder plausibel zijn, de vermeende investering valoriseren (tabellen 6.2 tot en met 6.4) <sup>(1)</sup>. Het geboden rendement ligt in alle gevallen lager dan 12 %, en zelfs lager dan dat op de obligaties van de Franse Staat over 30 en 10 jaar in 1997. Tot slot zou het onderzoek van andere beschikbare variabelen in de verwachte bedrijfsresultaten van EDF, zoals de ramingen van de ontvangsten, van de resultaten van de hoofdactiviteit of van het nettoresultaat (overwegingen 166 tot en met 168) het de voorzichtige particuliere investeerder niet mogelijk hebben gemaakt een volledige omkering van de tendens te voorzien die kon leiden tot betere vergoedingen of waardecreatie voor de Staat als aandeelhouder. Deze in 1997 voorzienbare en voorziene ontwikkelingen bevestigen nogmaals de conclusies en de uitbreiding ervan tot de periode na 2000, zoals een voorzichtige particuliere investeerder die kon voorzien op basis van door de Franse autoriteiten verstrekte gegevens.
- (189) Zelfs in de veronderstelling dat de voorzichtige particuliere investeerder zou hebben gehoopt op een kapitaalwinst bovenop de regelmatige rentabiliteit van EDF, wat niet kan worden opgemaakt uit de door de Franse autoriteiten verstrekte gegevens, en wat bovendien een gewaagde verwachting zou zijn geweest gezien de status van EDF in 1997, is uitgesloten dat hij de vermeende investering zou hebben gedaan. Gelet op het voorafgaande blijkt uit de toepassing van de toets van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie dat deze transactie, zelfs wanneer de belastingvrijstelling van 5,88 miljard FRF de facto een beslissing tot investeren van de kant de Staat als aandeelhouder zou zijn geweest, niet zou zijn verricht door een voorzichtige particuliere investeerder die beschikte over de door de Franse autoriteiten naar voren gebrachte gegevens.
- (190) In dit opzicht worden de in overweging 71 weergegeven opmerkingen van EDF, volgens welke de belastingvrijstelling noch nadelige gevolgen voor de mededinging zou hebben gehad, noch een voordeel zou hebben verschaft, aangezien EDF hoe dan ook een vergelijkbare financiering op de kapitaalmarkten had kunnen vinden, tegengesproken door de feiten. Het staat vast dat EDF op de markten geen aandelen had kunnen uitgeven om dit bedrag te verkrijgen. Ook al had EDF wellicht een kredietverstrekker kunnen vinden, had de desbetreffende lening of obligatie-emissie naar alle waarschijnlijkheid moeten worden vergoed tegen een hogere rente dan die welke de Franse Staat verwachtte voor de kapitaalinjecties ten behoeve van EDF voor de periode 1997-2000, en dan die van de herfinancieringskosten voor staatsobligaties in 1997. Had EDF kunnen beschikken over een equivalent bedrag in hoofdsom, dan hadden de gedragen financieringskosten meer bedragen dan die van de vermeende investering. Zelfs dan zou, zonder rekening te houden met een terugbetaling in hoofdsom waartoe EDF niet verplicht was voor het bedrag van de belastingvrijstelling of het equivalente bedrag aan kapitaalinjecties in 1997, de maatregel door de vermindering van haar financiële kosten een economisch voordeel aan EDF hebben verschaft.
- (191) Hoewel het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing zou zijn, kan in het licht van de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten, waarin volgens hen de rentabiliteitsvooruitzichten en de aan de vermeende investering verbonden risico's zijn toegelicht, uit de toepassing van de toets van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie worden geconcludeerd dat een voorzichtige particuliere investeerder geen bedrag ter hoogte van de verschuldigde belasting in de kapitaalverhoging van EDF in 1997 zou hebben geïnvesteerd.
- (192) De niet-betaling van het bedrag van 5,88 miljard FRF aan vennootschapsbelasting door EDF lijkt op grond van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie geen productieve investering van de kant van de Staat als aandeelhouder te zijn. Het lijkt eerder een ad hoc-uitzonderingsmaatregel inzake belastingvrijstelling die EDF een economisch voordeel heeft verschaft dat overeenkomt met het bedrag van de niet-betaalde belasting. Een dergelijk voordeel versterkt noodzakelijkerwijs de positie van EDF ten opzichte van die van haar concurrenten, aangezien het bedrag aan eigen vermogen, samen met andere factoren, bepalend is voor de externe financieringscapaciteit en -voorwaarden van een onderneming, terwijl de aldus bespaarde middelen konden worden gebruikt voor andere doeleinden zoals, met name, de investering in Frankrijk of in andere lidstaten waar concurrenten in 1997 hun activiteiten uitoefenden.

<sup>(1)</sup> De hypothese dat het dividend van EDF zou toenemen met 4,51 % (gevoeligheid 1, tabel 6.2) lijkt optimistisch; zij wordt verkregen door het voor de 4 prognosejaren 1997-2000 verwachte groeipercentage af te vlakken. Doorgaans wordt als groeipercentage van de dividenden dat van het eind van de periode gehanteerd (centraal scenario); in de praktijk zouden de door EDF te betalen dividenden in de periode 1997-2000 afnemen ten opzichte van de periode 1991-1996 en in 1999 en 2000 ten opzichte van 1998. Hoe dan ook is een percentage ad infinitum van 4,51 % hoog in absolute termen. Bij de hypothese (gevoeligheid 2, tabel 6.3) dat (een prorata van) het quasi-aandelenkapitaal van EDF zoals geschat in 1997 tegen de berekende objectieve waarde van EDF zou worden toegevoegd door de aandeelhouder — of worden betaald door de koper, wordt het reglementaire karakter van bepaalde eigen middelen (reserves) niet in aanmerking genomen. Deze hypothese, in combinatie met het DDM, is ook optimistisch, want zij impliceert dat aan de aandeelhouder (een prorata van 11 % van het) quasi-aandelenkapitaal (met uitzondering van geplaatst kapitaal) wordt toegewezen waardoor de onderneming eventuele verliezen kan opvangen en op lange termijn een regelmatig dividend en een regelmatige vergoeding aan de aandeelhouder kan uitkeren. Zij veronderstelt dat het in de periode 1997-2000 vastgelegde quasi-aandelenkapitaal van EDF altijd beschikbaar blijft, terwijl in het DDM-model geen rekening wordt gehouden met andere vergoedingsbronnen dan het dividend. Het is dus een weinig betrouwbare hypothese. Bij cumulatie van beide hypothesen (gevoeligheid 3, tabel 6.4) worden de respectieve nadelen of zwakke punten versterkt en worden de resultaten van de berekening nog onwaarschijnlijker en gewaagder.

- (193) Het voordeel vervalst derhalve de mededinging in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Het voordeel is selectief, aangezien de niet-betaling van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van deze boekhoudkundige voorzieningen een uitzondering vormt op de gebruikelijke voor een dergelijke transactie geldende fiscale behandeling, en deze uitzondering in dit geval uitsluitend op de onderneming EDF is toegepast.

#### 9.2. OVERHEIDSMIDDELEN

- (194) Het begrip steun dekt niet alleen positieve prestaties, zoals subsidies, maar ook alle maatregelen die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en tot identieke gevolgen leiden <sup>(1)</sup>. Volgens vaste jurisprudentie <sup>(2)</sup> staat het niet innen door de Staat van een belasting die wel had moeten worden geïnd, gelijk aan het aanwenden van overheidsmiddelen.
- (195) Het niet-heffen van de volledige vennootschapsbelasting voor het boekjaar 1997 is een rechtstreeks gevolg van de door de Franse autoriteiten vastgestelde fiscale bepalingen om een wetsbesluit van de staat ten uitvoer te leggen, namelijk wet nr. 97-1026 van 10 november 1997.

#### 9.3. VERVALSING VAN DE MEDEDINGING EN ONGUNSTIGE BEÏNVLOEDING VAN HET HANDELSVERKEER TUSSEN DE LIDSTATEN

- (196) Sinds haar oprichting in 1946 en tot de inwerkingtreding van Richtlijn 96/92/EG bekleedt EDF op de Franse markt een monopoliepositie met exclusieve rechten voor het transport, de distributie en de in- en uitvoer van elektriciteit. EDF concurreerde echter reeds met producenten uit andere lidstaten voordat Richtlijn 96/92/EG in werking trad. Bovendien heerste vrije mededinging op verwante markten waarop geen exclusieve rechten golden, en waarop EDF haar activiteiten reeds had gediversifieerd tot buiten de werkingssfeer van haar exclusieve rechten, zowel vanuit geografisch als sectoraal oogpunt. Er waren dus reeds lang vóór de liberalisering waarin Richtlijn 96/92/EG voorziet, gevolgen voor de mededinging en het handelsverkeer.
- (197) Tussen de lidstaten vond een levendige en toenemende handel in elektriciteit plaats waaraan EDF actief deelnam. Deze handel, die werd versterkt na goedkeuring van Richtlijn 90/547/EEG van de Raad <sup>(3)</sup>, werd gevoerd op basis van handelsovereenkomsten tussen de diverse exploitanten van hoogspanningsnetwerken in de lidstaten. In de Europese landen van de OESO is de invoer van elektriciteit tussen 1980 en 1990 jaarlijks gestegen met gemiddeld 7 %. In 1989 was het overschot van de handelsbalans van EDF voor elektriciteit negenmaal zo groot als in 1981, waarbij de netto-uitvoer 42 TWh bereikte (10 % van de totale productie). In 1985 exporteerde EDF reeds 19 TWh naar andere lidstaten.
- (198) Zelfs voordat Richtlijn 96/92/EG in februari 1999 van kracht werd, hadden bepaalde lidstaten reeds eenzijdig maatregelen getroffen om hun elektriciteitsmarkt open te stellen. Met name het Verenigd Koninkrijk heeft in 1990 de markt volledig opengesteld voor belangrijke industriële klanten. Zweden heeft zijn markt volledig opengesteld in 1996, Finland is hiermee begonnen in 1995 en bereikte 100 % in 1997, Duitsland heeft zijn markt volledig opengesteld in 1998 en Nederland heeft zijn markt volledig opengesteld voor industriële klanten in 1998. Gelet op het voorafgaande kon de mededinging op de elektriciteitsmarkt zelfs vóór de in de richtlijn vastgestelde datum voor het openstellen van markten voor mededinging worden vervalst in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU doordat staatssteun werd verleend aan bedrijven met een monopolie in een lidstaat die actief deelneemt aan het handelsverkeer binnen de Unie.
- (199) In haar jaarverslag van 1997 rekent EDF zich tot de belangrijkste internationale exploitanten in de elektriciteitssector, met buiten Frankrijk meer dan 13 miljard FRF aan vastleggingen, een productiepark waarvan het geïnstalleerde vermogen bijna 11 % van het vermogen van het Franse park bedraagt, en meer dan 8 miljoen klanten. In het verslag wordt eveneens benadrukt dat EDF in 1997 haar investeringen in Europa heeft uitgebreid door haar aanwezigheid in Oostenrijk en Polen te versterken, en dat zij meer dan 70 TWh naar andere Europese landen heeft uitgevoerd. Bij deze uitvoer concurreerde zij met alternatieve leveranciers op de betrokken markten.
- (200) In de ondernemingsovereenkomst 1997-2000, die op 8 april 1997 is gesloten tussen de staat en EDF, is bepaald dat EDF ongeveer 12-13 miljard FRF zou besteden aan internationale investeringen, waarbij de Europese regio's als prioritair zijn aangemerkt. Tussen 2000 en 2002 had EDF een derde van het kapitaal van de Duitse

<sup>(1)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 23 februari 1961, Gezamenlijke Steenkolenmijnen/Haute Autorité, 30/59, ECLI:EU:C:1961:2; Arrest van het Hof van Justitie van 15 maart 1994, Banco de Crédito Industrial, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100; Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, SFEL, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285; Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, C-241/94, ECLI:EU:C:1996:353; Arrest van het Gerecht van 27 februari 1997, FFSA/Commissie, T-106/95, ECLI:EU:T:1997:23.

<sup>(2)</sup> Zie met name het arrest van het Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke/Commissie, T-67/94, ECLI:EU:T:1998:7, punt 109.

<sup>(3)</sup> Richtlijn 90/547/EEG van de Raad van 29 oktober 1990 betreffende de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten (PB L 313 van 13.11.1990, blz. 30).

onderneming EnBW verworven, de productie- en distributiecapaciteit van haar Britse dochtermaatschappij London Electricity verhoogd, de directe controle van de Italiaanse onderneming Fenice ter hand genomen en een partnerschap met Fiat gesloten voor de aankoop van Montedison (nu Edison).

- (201) In 1997 heeft SDS, een volledige dochtermaatschappij van EDF, haar activiteiten op het gebied van de dienstverlening aan afzonderlijke klanten, ondernemingen en lokale overheden samengevoegd. Met haar activiteiten op het gebied van afvalwerking, wegverlichting en andere energierelevante diensten genereerde SDS een omzet van 685 miljoen EUR in 1998 tegenover 650 miljoen EUR in 1997. In 2000 is EDF een samenwerkingsverband aangegaan met Veolia Environnement via Dalkia, de Europese leider op het gebied van energiediensten aan ondernemingen en overheden. Dalkia biedt technische onderhoudsdiensten op het gebied van energie, beheert thermische installaties en technische diensten voor gebouwen, en exploiteert netten voor warmteverdeling, warmtekrachtkoppeling, energieproductie en industriële gassen.
- (202) EDF heeft ook activiteiten ontwikkeld op de markt voor hernieuwbare energie. In 1997 heeft de holding CHART, een volledige dochteronderneming van EDF, haar activiteiten op het gebied van hernieuwbare energie, zoals geothermie en windenergie, samengevoegd. Aan de geconsolideerde omzet leverde zij hiermee een bijdrage van 70 miljoen EUR.
- (203) Als producent en distributeur van elektriciteit concurreerde en concurreert EDF tot slot met leveranciers van andere vervangende energiebronnen, zoals steenkool, aardolie en aardgas, zowel op de nationale markt als op internationale markten. In Frankrijk heeft EDF bijvoorbeeld een succesvolle campagne ter bevordering van het gebruik van elektriciteit voor verwarming gestart. Zo heeft zij haar marktaandeel vergroot ten opzichte van haar concurrenten die vervangende energiebronnen zoals aardolie of aardgas leveren. In de staalsector concurreren de elektrische ovens met de gas- en olieovens. Hieruit volgt dat een maatregel als die in deze zaak de mededinging met de alternatieve leveranciers, zoals Gaz de France, kan vervalsen.
- (204) EDF nam derhalve een belangrijke plaats in in de handel in elektriciteit tussen de lidstaten in 1997, terwijl de elektriciteitsmarkt in Frankrijk nu volledig open is en er talrijke Europese leveranciers aanwezig zijn. Zo blijkt dat EDF in 1997 reeds een stevige positie had verworven op bepaalde markten van andere lidstaten, en dat de steun die voortvloeide uit het feit dat EDF geen vennootschapsbelasting heeft betaald over een gedeelte van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG, noodzakelijkerwijs van invloed was op de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten.
- (205) Bovenstaande overwegingen zijn uiteengezet in het besluit tot uitbreiding van de procedure. Noch Frankrijk, noch EDF heeft in de ingediende opmerkingen betwist dat de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten kon beïnvloeden.
- (206) Aangezien de vier criteria van artikel 107, lid 1, VWEU zijn vervuld, vormt de niet-betaling door EDF van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG staatssteun. Derhalve moet de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt worden onderzocht.

#### 10. BEOORDELING VAN DE VERENIGBAARHEID VAN DE STEUN MET DE INTERNE MARKT

- (207) In artikel 107, lid 1, VWEU is bepaald dat steunmaatregelen die voldoen aan de daarin gestelde criteria, in principe onverenigbaar zijn met de interne markt. Volgens vaste rechtspraak is het aan de lidstaat om alle redenen en gegevens te verstrekken aan de hand waarvan kan worden nagegaan of een steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt<sup>(1)</sup>. In dit geval heeft de Franse Republiek geen enkele reden aangevoerd, noch gegevens in dit verband verstrekt.
- (208) De uitzonderingen van artikel 107, lid 2, VWEU zijn in deze zaak niet van toepassing omdat de steun er niet toe strekt de in genoemd lid vermelde doelstellingen te realiseren.
- (209) De betrokken steun voldoet evenmin aan de voorwaarden van artikel 107, lid 3, onder a) en c), VWEU betreffende steun ter bevordering van de economische ontwikkeling van bepaalde streken, temeer daar deze maatregel overeenkomt met productiesteun. De steun is namelijk niet afhankelijk gesteld van investeringen of van de creatie van banen, zoals is bepaald in de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1993, Italië/Commissie, C-364/90, ECLI:EU:C:1993:157, punt 20.

<sup>(2)</sup> Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen (PB C 209 van 23.7.2013, blz. 1).

- (210) Artikel 107, lid 3, onder c), VWEU voorziet eveneens in een uitzondering voor steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. De onderzochte steunmaatregel valt niet onder deze uitzondering. Deze uitzondering op het toepasselijke fiscale recht, die aan slechts één onderneming ten goede komt, kan niet worden geacht de ontwikkeling van een activiteit te vergemakkelijken. Het enige doel ervan bestaat er namelijk in een onderneming te steunen door haar operationele kosten te verminderen.
- (211) Wat de uitzonderingen van artikel 107, lid 3, onder b) en d), VWEU betreft, is de betrokken steunmaatregel niet bedoeld om de tenuitvoerlegging van een project van gemeenschappelijk belang te bevorderen, een ernstige verstoring van de Franse economie op te heffen of de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen.
- (212) Derhalve is niet voldaan aan de verenigbaarheidscriteria van artikel 107, leden 2 en 3, VWEU. Wat de compensatie van de kosten voor openbare diensten betreft, hebben de Franse autoriteiten zich met betrekking tot het fiscale voordeel niet beroepen op de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU, maar benadrukken zij dat EDF haar openbaredienstverleningstaken uitvoert. De Franse autoriteiten hebben evenwel geen raming overgelegd van de kosten die EDF voor deze taken heeft gemaakt. De Commissie kan derhalve niet vaststellen of het betrokken fiscale voordeel de eventuele meerkosten voor deze aan EDF opgelegde openbaredienstverleningstaken al dan niet compenseert. Hoe dan ook, als de niet-betaling van de belasting zou worden aangemerkt als compensatie voor het verstrekken van een dienst van algemeen economisch belang, dan nog staat niet vast dat een dergelijke compensatie vooraf is vastgesteld volgens transparante en objectieve criteria, en is berekend op basis van de kosten van een doeltreffende onderneming.
- (213) Het onderzoek naar de naleving van de in het arrest-Altmark<sup>(1)</sup> gestelde voorwaarden, die het mogelijk maken zich aan de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU te onttrekken, en het onderzoek van de toepassingscriteria van artikel 106, lid 2, VWEU, waarop de Franse autoriteiten zich overigens niet beroepen, zijn in deze zaak dus niet mogelijk.
- (214) In het licht van de voorgaande overwegingen lijkt de onderzochte steun exploitatiesteun te vormen die tot doel heeft de concurrentiepositie van EDF ten opzichte van haar concurrenten te versterken. In dat geval zou de steun onverenigbaar zijn met de interne markt.
- (215) Voorts is de Commissie, in tegenstelling tot wat de Franse autoriteiten beweren, van mening dat de verjaringsregel in deze zaak niet van toepassing is. EDF heeft inderdaad belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen aangelegd tussen 1987 en 1996. Enerzijds zij echter opgemerkt dat volgens de „Conseil national de la comptabilité” foutcorrecties, die vanwege hun aard betrekking hebben op de boekhoudkundige verwerking van eerdere transacties, moeten worden verwerkt in het resultaat van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd, en anderzijds dat de wet waarin wordt bepaald dat de rechten van de concessiegever dienen te worden geherclassificeerd als kapitaalinjecties zonder dat hierover vennootschapsbelasting hoeft te worden betaald, dateert van 10 november 1997. Het fiscale voordeel dateert dus van 1997 en de verjaringstermijn is niet van toepassing op nieuwe steun die op deze datum is uitbetaald, aangezien het eerste besluit van de Commissie betreffende deze maatregel dateert van 10 juli 2001. Voorts wordt de verjaringstermijn krachtens artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999 geschorst door de geschillenprocedure.

## 11. CONCLUSIES

- (216) De Commissie stelt vast dat Frankrijk de betrokken staatssteun op onwettige wijze ten uitvoer heeft gelegd, in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU. De Commissie is van oordeel dat de vrijstelling van de vennootschapsbelasting ten bedrage van 5 882 849 762 FRF in verband met de herclassificatie als kapitaalinjectie, zoals voorzien bij wet nr. 97-1026, van boekhoudkundige voorzieningen die overeenkomen met de reeds gerealiseerde vervangingen van het hoogspanningsnet ten bedrage van 14 119 065 335 FRF, onrechtmatige steun vormt die onverenigbaar is met de interne markt.
- (217) Krachtens artikel 108, lid 2, VWEU, is de Commissie, wanneer zij vaststelt dat een steunmaatregel onverenigbaar is met de interne markt, bevoegd de betrokken lidstaat te verplichten die maatregel in te trekken of te wijzigen. In artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999 het volgende bepaald: „Indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen („terugvorderingsbeschikking”). De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht.”.

<sup>(1)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

- (218) De door de Commissie nagestreefde doelstelling om met de interne markt onverenigbare staatssteun van de betrokken lidstaat terug te vorderen, bestaat erin de vroegere toestand te herstellen <sup>(1)</sup>. In dit verband heeft het Hof vastgesteld dat deze doelstelling verwezenlijkt is wanneer de begunstigden de bedragen hebben terugbetaald die als onwettige staatssteun zijn verleend, waardoor zij het marktvoordeel dat zij ten opzichte van hun concurrenten genoten, verliezen. Zo wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld <sup>(2)</sup>.
- (219) In dit geval lijkt de terugvordering van de aldus vastgestelde onrechtmatige steun niet in strijd te zijn met een algemeen beginsel van het Unierecht. Met name hebben noch de Franse autoriteiten, noch de belanghebbenden, argumenten in deze zin aangevoerd.
- (220) Hieruit volgt dat Frankrijk alle nodige maatregelen dient te nemen om de onrechtmatige steun in de vorm van een vrijstelling van de vennootschapsbelasting ten bedrage van 5 882 849 762 FRF in verband met de herclassificatie van een deel van de voorzieningen ten bedrage van 14 119 065 335 FRF als kapitaal, van EDF terug te vorderen.
- (221) Met het oog op deze terugvordering moeten de Franse autoriteiten bovendien het steunbedrag vermeerderen met de terugvorderingsrente die betaalbaar is vanaf de datum waarop de onverenigbare steun voor de onderneming beschikbaar was, namelijk op de datum waarop de termijn voor de betaling van de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 1997 is verstreken, tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun <sup>(3)</sup>, overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie <sup>(4)</sup>.
- (222) In het kader van de op Frankrijk uit hoofde van de terugvorderingsprocedure rustende verplichting tot loyale samenwerking moet dit bedrag nauwkeuriger worden vastgesteld in de loop van de procedure, op basis van gegevens die zullen worden verstrekt door de Franse autoriteiten en waarbij, onder andere, rekening wordt gehouden met de wisselkoersen tussen de ECU/EUR en de Franse frank (FRF) die mogelijk van toepassing zijn op de aflossingen door EDF van de vennootschapsbelasting in de loop van 1997, en met de terugbetaling aan EDF van de steun na de nietigverklaring van de eerste negatieve beschikking in 2009. In dit geval is geen rente verschuldigd voor de periode waarin de onderneming niet langer beschikte over de steun, namelijk de periode tussen de daadwerkelijke terugbetaling van de steun door Frankrijk en de terugbetaling aan EDF. De eventueel door Frankrijk aan EDF betaalde rente moet wel in aanmerking worden genomen.
- (223) De Franse autoriteiten moeten vorengenoemd bedrag binnen een termijn van vier maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit terugvorderen.
- (224) Volgens vaste rechtspraak mag een lidstaat die op onvoorziene of onvoorzienbare moeilijkheden stuit of zich bewust wordt van gevolgen die door de Commissie over het hoofd zijn gezien, die problemen ter overweging aan de Commissie voorleggen, samen met voorstellen voor passende wijzigingen. In dat geval moeten de Commissie en de betrokken lidstaat te goeder trouw samenwerken om de moeilijkheden met volledige inachtneming van de bepalingen <sup>(5)</sup> van het VWEU te overwinnen.
- (225) De Commissie verzoekt Frankrijk dan ook eventuele problemen bij de uitvoering van dit besluit onverwijld voor te leggen,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

#### Artikel 1

1. De vrijstelling van de vennootschapsbelasting ten gunste van *Électricité de France* voor een bedrag van 5 882 849 762 FRF, in verband met de herclassificatie als kapitaal van de voorzieningen die overeenkomen met de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het hoogspanningsnet, vormt steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

<sup>(1)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92, C-279/92 en C- 280/92, ECLI:EU:C:1994:325, punt 75.

<sup>(2)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 1999, België/Commissie, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, punten 64 tot en met 65.

<sup>(3)</sup> Zie artikel 14, lid 2, van Verordening (EG) nr. 659/1999 (reeds aangehaald).

<sup>(4)</sup> Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1).

<sup>(5)</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 2 februari 1989, Commissie/Duitsland, C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46, punt 9, en arrest van 4 april 1996, Commissie/Italië, C-348/93, ECLI:EU:C:1995:95, punt 17.

2. De in lid 1 vermelde steun, die op onwettige wijze door de Franse Republiek ten uitvoer is gelegd, is onverenigbaar met de interne markt.

#### *Artikel 2*

1. De Franse Republiek vordert de tegenwaarde in euro van de in artikel 1 bedoelde steun van de begunstigde onderneming terug.

2. De terug te vorderen bedragen omvatten rente vanaf de datum waarop zij aan de begunstigde ter beschikking zijn gesteld, tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.

3. De rente wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004.

#### *Artikel 3*

1. De terugvordering van de in artikel 1 bedoelde steun geschiedt onverwijld en daadwerkelijk.

2. De Franse Republiek zorgt ervoor dat dit besluit binnen vier maanden vanaf de datum van kennisgeving ervan ten uitvoer wordt gelegd.

#### *Artikel 4*

1. De Franse Republiek verschaft de Commissie binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit de volgende informatie:

- a) het totale van de begunstigde terug te vorderen bedrag (hoofdsom en terugvorderingsrente);
- b) een gedetailleerde beschrijving van de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen, en
- c) de documenten waaruit blijkt dat de begunstigde werd gelast de steun terug te betalen.

2. De Franse Republiek houdt de Commissie op de hoogte van de stand van uitvoering van de nationale maatregelen die zij heeft genomen om dit besluit ten uitvoer te leggen, en dit tot de in artikel 1 bedoelde steun volledig is terugbetaald. Frankrijk verstrekt, op verzoek van de Commissie, onverwijld informatie over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen. Het verstrekt eveneens nadere inlichtingen over de reeds door de begunstigde terugbetaalde steunbedragen en rente.

#### *Artikel 5*

Dit besluit is gericht tot de Franse Republiek.

Gedaan te Brussel, 22 juli 2015.

*Voor de Commissie*  
Margrethe VESTAGER  
*Lid van de Commissie*

---









ISSN 1977-0758 (elektronische uitgave)  
ISSN 1725-2598 (papieren uitgave)



**Bureau voor publicaties van de Europese Unie**  
2985 Luxemburg  
LUXEMBURG

**NL**