



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

19 december 2019*

„Prejudiciële verwijzing – Staatssteun – Begrip – Openbare spoorwegonderneming in moeilijkheden – Steunmaatregelen – Toewijzing van financiële steun – Doel – Voortzetting van de activiteiten van de openbare spoorwegonderneming – Toewijzing en deelneming in het kapitaal van die openbare onderneming – Overdracht naar het kapitaal van een andere openbare onderneming – Criterium van de particuliere investeerder – Verplichting tot voorafgaande aanmelding van nieuwe steun”

In zaak C-385/18,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 5 april 2018, ingekomen bij het Hof op 11 juni 2018, in de procedure

Arriva Italia Srl,

Ferrotramviaria SpA,

Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P)

tegen

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,

in tegenwoordigheid van:

Ferrovie dello Stato Italiane SpA,

Gestione Commissariale per Le Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl a socio unico,

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev, kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Tweede kamer, P. G. Xuereb (rapporteur), C. Vajda en A. Kumin, rechters,

advocaat-generaal: E. Tanchev,

griffier: R. Schiano, administrateur,

* Procestaal: Italiaans.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 8 mei 2019,

gelet op de opmerkingen ingediend door:

- Arriva Italia Srl, Ferrotramviaria SpA en Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P), vertegenwoordigd door G. L. Zampa en T. Salonico, advocati,
- Ferrovie dello Stato Italiane SpA, vertegenwoordigd door A. Zoppini, G.M. Roberti, G. Bellitti en I. Perego, advocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Palmieri, advocatessa dello Stato,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door D. Recchia en F. Tomat als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 juli 2019,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 107 VWEU en artikel 108, lid 3, VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Arriva Italia Srl, Ferrotramviaria SpA en Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P) (hierna: „Arriva Italia e.a.”) enerzijds en het Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministerie van Infrastructuur en Vervoer, Italië) anderzijds over de overdracht door dat ministerie van zijn deelneming van 100 % in het kapitaal van Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl a socio unico (hierna: „FSE”) aan Ferrovie dello Stato Italiane SpA (hierna: „FSI”).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 Punt 188 van de mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2016, C 262, blz. 1; hierna: „mededeling van 2016”), bepaalt:

„De omstandigheid dat overheden een openbare dienst inbesteden (zelfs indien het hun vrij staat derden met die dienst te belasten), sluit als dusdanig geen mogelijke vervalsing van de mededinging uit. Niettemin valt een mogelijke vervalsing van de mededinging uit te sluiten indien elk van de volgende voorwaarden is vervuld:

- a) een bepaalde dienst is onderworpen aan een wettelijk monopolie (vastgesteld overeenkomstig Unierecht) [...];
- b) het wettelijke monopolie sluit niet alleen concurrentie óp de markt uit, maar ook concurrentie óm die markt, doordat het iedere mogelijkheid uitsluit dat de desbetreffende uitsluitende dienstverrichter concurrentie krijgt [...];

- c) de dienst concurreert niet met vergelijkbare diensten, en
- d) indien de dienstverrichter actief is op een andere (geografische of product-)markt die openstaat voor concurrentie, dient kruissubsidiëring te worden uitgesloten. Dit vereist dat een gescheiden boekhouding wordt gevoerd, dat kosten en baten op passende wijze worden toegerekend en dat overheidsfinanciering die wordt verschaft voor de dienst die onder het wettelijke monopolie valt, niet aan andere activiteiten ten goede kan komen.”
- 4 De punten 211 en 212 van de mededeling van 2016 luiden als volgt:
- „211. Er zijn omstandigheden waarin bepaalde infrastructuur niet te maken krijgt met concurrentie van andere gelijk- of andersoortige infrastructuur waarmee diensten worden aangeboden met een aanzienlijke mate van substitueerbaarheid of directe concurrentie van dit soort diensten [...]. De omstandigheid dat geen directe concurrentie tussen infrastructuurvoorzieningen speelt, doet zich waarschijnlijk voor bij uitgebreide netwerkinfrastructuur die een natuurlijk monopolie is [...], d.w.z. waarvoor duplicering economisch niet verantwoord zou zijn. Evenzo kunnen er sectoren zijn waarin particuliere financiering voor de bouw van infrastructuur onbeduidend is [...]. De Commissie is van mening dat beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten of vervalsing van de mededinging bij de bouw van infrastructuur in de regel kan worden uitgesloten in gevallen waarin het tegelijkertijd zo is dat i) een infrastructuurvoorziening doorgaans niet met directe concurrentie te maken krijgt, ii) particuliere financiering in de betrokken sector en lidstaat onbeduidend is en iii) die infrastructuur niet is ontworpen om een specifieke onderneming of sector selectief te begunstigen, maar voordelen oplevert voor de samenleving als geheel.
212. Wil volledige overheidsfinanciering van een bepaald project buiten het toepassingsgebied van de staatssteunregels vallen, dan moeten lidstaten ervoor zorgen dat de voor de bouw van infrastructuur verschaftte financiering in de in punt 211 vermelde situaties niet kan worden gebruikt voor kruissubsidiëring of indirecte subsidiëring van andere economische activiteiten, met inbegrip van de exploitatie van de infrastructuur. [...]”
- 5 In punt 219 van de mededeling van 2016 staat:
- „Hoewel de exploitatie van spoorweginfrastructuur [...] een economische activiteit kan vormen [*], voldoet de aanleg van spoorweginfrastructuur die op gelijke en niet-discriminerende voorwaarden aan gebruikers beschikbaar wordt gesteld – in tegenstelling tot de exploitatie van infrastructuur – meestal aan de in punt 211 genoemde voorwaarden en is het doorgaans zo dat de financiering ervan het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt of de mededinging vervalst. [...]
- [* (Officiële voetnoot)] Deze opmerking laat de vraag onverlet of een door de Staat aan de infrastructuurbeheerder verleend voordeel als staatssteun is aan te merken. Indien bijvoorbeeld de exploitatie van de infrastructuur onder een wettelijk monopolie valt en indien concurrentie voor de markt van het beheren van de infrastructuur is uitgesloten, kan een door de Staat aan de infrastructuurbeheerder verleend voordeel de mededinging niet vervalsen en vormt dit bijgevolg geen staatssteun [...]. Zoals uiteengezet in punt 188, moet de eigenaar of beheerder, indien deze op een andere, geliberaliseerde markt actief is, om kruissubsidiëring te voorkomen, een gescheiden boekhouding voeren, kosten en baten op passende wijze toerekenen en ervoor zorgen dat overheidsfinanciering niet ten goede komt van andere activiteiten.”

Italiaans recht

- 6 Artikel 1, lid 867, van legge n. 208 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016) [wet nr. 208 houdende bepalingen betreffende de opstelling van de jaarlijkse en meerjaarlijkse staatsbegroting (stabiliteitswet 2016)] van 28 december 2015 (gewoon supplement bij GURI nr. 15 van 20 januari 2016; hierna: „stabiliteitswet 2016”) bepaalde dat FSE onder toezicht moest worden geplaatst vanwege haar „ernstige financiële situatie”. Dit toezicht moest ten uitvoer worden gelegd bij besluit van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer.
- 7 Volgens de tweede en de vijfde volzin van artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 moest de speciale toezichthouder die was belast met het toezicht op FSE „een saneringsplan opstellen” dat de exploitatiekosten van FSE moest verlagen, en ten behoeve van de minister van Infrastructuur en Vervoer voorstellen formuleren voor de overdracht of vervreemding van FSE volgens criteria en procedures die moesten worden vastgesteld bij besluit van die minister. Bovendien was in de zesde en laatste zin van artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 bepaald dat er in afwachting van de uitvoering van voornoemd saneringsplan voor 2016 uitgaven ten belope van 70 miljoen EUR waren toegestaan „om de bedrijfscontinuïteit van [FSE] te waarborgen”.
- 8 Op grond van deze bepaling van de stabiliteitswet 2016 heeft de minister van Infrastructuur en Vervoer besluit nr. 9 van 12 januari 2016 (hierna: „besluit van 12 januari 2016”) vastgesteld, waarin was bepaald dat FSE onder toezicht moest worden geplaatst. Volgens artikel 6 van dit besluit was het op grond van artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 aan FSE toegewezen bedrag van 70 miljoen EUR bedoeld om het kapitaal van het FSE geleidelijk te verhogen en kon het zonder toestemming van de overheidsaandeelhouder door de speciale toezichthouder worden gebruikt „teneinde de continuïteit en regelmaat van de door de onderneming verleende openbare dienst veilig te stellen”.
- 9 Vanuit de overweging dat het negatieve vermogen van FSE 200 miljoen EUR bedroeg, heeft de minister van Infrastructuur en Vervoer bij besluit nr. 264 van 4 augustus 2016 (hierna: „besluit van 4 augustus 2016”) de volledige deelneming van zijn ministerie in het kapitaal van de onderneming aan FSI overgedragen.
- 10 Volgens het besluit van 4 augustus 2016 werd de overnemer van FSE geselecteerd op basis van de in artikel 1, lid 1, van dat besluit genoemde criteria, namelijk: a) „het doeltreffende beheer van overheidsdeelnemingen in de context van een reorganisatie binnen één enkele economische entiteit die in handen is van dezelfde eigenaar (overheid)”; b) „de beschikbaarheid bij de overnemer van voldoende industriële capaciteit en vermogen om de continuïteit van de werkgelegenheid en de dienstverlening te waarborgen en een zekerheid voor schuldeisers te bieden [...]”, en c) „de sanering van de onderneming, rekening houdend met de negatieve nettovermogenspositie van [FSE]”.
- 11 Volgens artikel 2, lid 2, van het besluit van 4 augustus 2016 moest de overdracht „om niet” plaatsvinden, op voorwaarde dat FSI zich er formeel toe verbond om binnen de wettelijke termijn het evenwicht in de vermogenssituatie van FSE te herstellen. Artikel 2, lid 3, van dat besluit bepaalde dat de overdracht geen afbreuk deed aan het recht van FSE om de in artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 bedoelde toewijzing van 70 miljoen EUR te gebruiken om de in die wet vastgestelde doelstellingen te bereiken. Bovendien volgt uit artikel 2, lid 4, van dat besluit dat de overdracht pas kon plaatsvinden nadat de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (autoriteit ter verzekering van de mededinging en de marktwerking, Italië; hierna: „AGCM”) had besloten geen onderzoek in te stellen naar de concentratie tussen FSI en FSE of toestemming daarvoor te verlenen.
- 12 Na de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI is de zesde zin van artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 gewijzigd bij artikel 47, lid 7, van decreto-legge n. 50 – Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo [wetsbesluit nr. 50 houdende financiële

spoedmaatregelen, initiatieven ten behoeve van de territoriale overheden, aanvullende maatregelen voor door aardbevingen getroffen gebieden en ontwikkelingsmaatregelen van 24 april 2017 (gewoon supplement bij GURI nr. 95 van 24 april 2017; hierna: „wetsbesluit nr. 50/2017”)], na wijziging omgezet in wet nr. 96 van 21 juni 2017 (gewoon supplement bij GURI nr. 31 van 23 juni 2017) en kwam deze bepaling als volgt te luiden:

„Onverminderd de verplichtingen waarin dit lid voorziet, worden voor 2016 uitgaven van 70 miljoen EUR goedgekeurd. Die middelen worden naar het vermogen van [FSE] overgebracht om in overeenstemming met de [Unieregelgeving] op dit gebied en in het kader van het saneringsplan van de onderneming uitsluitend te worden gebruikt ter dekking van oude en nieuwe schulden en om in de financiële behoeften van de afdeling infrastructuur te voorzien. Dit alles doet geen afbreuk aan de handelingen, maatregelen en transacties die reeds hebben plaatsgevonden overeenkomstig het [besluit van 4 augustus 2016] [...]”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 13 Op het tijdstip waarop FSE onder toezicht werd geplaatst, was zij door de regio Apulië (Italië) belast met de exploitatie en het onderhoud van 474 km aan lokale spoorweginfrastructuur en openbaar personenvervoer per spoor, alsook met aanvullende en/of alternatieve wegvervoerdiensten.
- 14 FSI, een onderneming die volledig in handen is van het ministerie van Economie en Financiën, is de holdingmaatschappij van een groep die actief is in de sector van het goederen- en personenvervoer per spoor, met de hulp van haar dochteronderneming Trenitalia SpA, de grootste Italiaanse spoorwegonderneming en concessiehouder voor de exploitatie van het nationale spoorweginet van Rete Ferroviaria Italiana SpA, die deel uitmaakt van dezelfde groep.
- 15 Op 24 oktober 2016 hebben Arriva Italia e.a., die alle actief zijn in de sector van het openbaar vervoer per spoor en over de weg, en die de speciale toezichthouder reeds eerder hadden meegedeeld dat zij belangstelling hadden voor de overname van FSE, bij de Tribunale amministrativo regionale del Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) beroep ingesteld tot nietigverklaring van het besluit van 4 augustus 2016, dat voorzag in de overdracht aan FSI van de volledige deelneming van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer in het kapitaal van FSE.
- 16 Ter ondersteuning van dit beroep voerden zij met name aan dat de toewijzing van 70 miljoen EUR en de overdracht aan FSI van de volledige deelneming van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer in het kapitaal van FSE (hierna samen: „aan de orde zijnde maatregelen”) staatssteun vormden en dat de Italiaanse Staat artikel 108, lid 3, VWEU had geschonden door deze maatregelen niet bij de Commissie aan te melden en ze ten uitvoer te leggen.
- 17 Op 26 oktober 2016 heeft de AGCM de Italiaanse regering in kennis gesteld van de voorgestelde overdracht aan FSI van de 100 %-deelneming van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer in het kapitaal van FSE en de toewijzing van 70 miljoen EUR (hierna: „kennisgeving van de AGCM”). De AGCM deed dit omdat de aan de orde zijnde maatregelen volgens haar staatssteun konden vormen.
- 18 Op 21 november 2016 heeft de AGCM besloten geen onderzoek in te stellen naar de concentratie tussen FSI en FSE, aangezien die er volgens haar niet toe leidde dat er een machtspositie in het leven werd geroepen of versterkt die de mededinging op de relevante markten op substantiële en duurzame wijze zou kunnen uitschakelen of beperken.
- 19 Bij nota van 28 november 2016 heeft de minister van Infrastructuur en Vervoer vastgesteld dat er was voldaan aan de twee voorwaarden die waren gesteld voor de overdracht aan FSI van de volledige deelneming van die minister in het kapitaal van FSE, te weten dat de AGCM had besloten geen

onderzoek in te stellen naar de concentratie tussen FSI en FSE en dat FSI zich ertoe had verbonden om binnen de wettelijke termijn de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen. Diezelfde dag is de deelneming in het kapitaal van FSE bij notariële akte aan FSI overgedragen.

- 20 In de ministeriële nota van 28 november 2016 is bepaald dat het bedrag van 70 miljoen EUR, dat overeenkomstig artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 was toegewezen, „[moest] worden bestemd – en uitsluitend [moest] worden gebruikt – om de financiële behoeften van de spoorweginfrastructuur van [FSE] te dekken, in overeenstemming met het Unierecht”.
- 21 In januari 2017 heeft FSE bij de Tribunale di Bari (rechter in eerste aanleg Bari, Italië) een verzoek om een preventief akkoord ingediend.
- 22 Bij vonnis van 31 mei 2017 heeft de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio het bij hem ingestelde beroep verworpen.
- 23 Arriva Italia e.a. hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).
- 24 Deze laatste is van oordeel dat voor de behandeling van het bij hem aanhangige geding een uitlegging van de bepalingen van het VWEU noodzakelijk is.
- 25 In de eerste plaats betwijfelt de verwijzende rechter of de aan de orde zijnde maatregelen met staatsmiddelen zijn gefinancierd en of zij de begunstigde een voordeel verschaffen, zoals artikel 107, lid 1, VWEU vereist. Meer bepaald zou de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI een context en doelstellingen kunnen hebben die de mogelijkheid bieden het beginsel van neutraliteit van de Unie in te roepen in het licht van de in artikel 345 VWEU neergelegde regeling van het eigendomsrecht van ondernemingen.
- 26 In de tweede plaats merkt de verwijzende rechter op dat het bedrag van 70 miljoen EUR dat aan FSE is toegekend weliswaar in de boekhouding van FSE is opgenomen, maar niet materieel uit de Italiaanse staatsbegroting is gehaald. Het valt dan ook te betwijfelen of de middelen in kwestie als reeds toegekende middelen kunnen worden beschouwd en dus overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU hadden moeten worden aangemeld.
- 27 In de derde plaats merkt de verwijzende rechter op dat de in casu relevante economische sector die van het regionale personenvervoer is op het grondgebied waarop de tussen FSE en de regio Apulië gesloten dienstenovereenkomst betrekking heeft. De AGCM heeft echter vastgesteld dat de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI geen concentratie vormde die tot gevolg zou hebben dat de mededinging op een van de relevante markten voor de in casu aan de orde zijnde vervoerdiensten werd beperkt.
- 28 Ten slotte vraagt de verwijzende rechter zich af of, mocht in het onderhavige geval toch worden vastgesteld dat er sprake is van staatssteun, het toegewezen bedrag van 70 miljoen EUR dan moet worden ingetrokken en de huidige eigendomsstructuur van FSE moet worden gehandhaafd, dan wel of er daarentegen voor de verwerving van deze onderneming een openbare aanbesteding moet worden georganiseerd.
- 29 Daarop heeft de Consiglio di Stato besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Vormt een maatregel bestaande in de toewijzing bij wet van 70 miljoen EUR aan een marktdeelnemer in de spoorvervoersector onder de voorwaarden van artikel 1, lid 867, van [de stabiliteitswet 2016], zoals gewijzigd bij [wetsbesluit nr. 50/2017], en de daaropvolgende

overdracht van deze marktdeelnemer aan een andere marktdeelnemer, zonder aanbesteding en om niet, in de hierboven uiteengezette feitelijke en juridische omstandigheden staatssteun in de zin van artikel 107 [VWEU]?

- 2) Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is de betrokken staatssteun dan niettemin verenigbaar met het Unierecht en wat zijn dan de gevolgen van het feit dat die steun niet is aangemeld overeenkomstig artikel 107, lid 3, VWEU?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 30 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 107 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de toewijzing van een geldbedrag aan een openbare spoorwegonderneming in ernstige financiële moeilijkheden en de overdracht van de volledige deelneming van een lidstaat in het kapitaal van die onderneming aan een andere openbare onderneming, zonder openbare aanbesteding en om niet, doch met de verplichting voor laatstgenoemde onderneming om het evenwicht in de vermogenssituatie van eerstgenoemde onderneming te herstellen, staatssteun vormt in de zin van artikel 107 VWEU.
- 31 Volgens vaste rechtspraak vereist de kwalificatie „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU dat aan alle in die bepaling gestelde voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het dus gaan om een maatregel van de staat of een met staatsmiddelen bekostigde maatregel. Ten tweede moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. Ten vierde moet de maatregel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (arrest van 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 32 Derhalve moet worden onderzocht of de aan de orde zijnde maatregelen aan die voorwaarden voldoen.

Toewijzing van 70 miljoen EUR aan FSE

- 33 Wat de toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE betreft, zij met betrekking tot de eerste van de in punt 31 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden in herinnering gebracht dat voordelen slechts als „steunmaatregelen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen worden beschouwd indien zij direct of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend (arrest van 15 mei 2019, Achema e.a., C-706/17, EU:C:2019:407, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 34 Wat in de eerste plaats de toerekenbaarheid van de maatregel aan de staat betreft, volstaat het op te merken dat de toewijzing van dit bedrag aan FSE een rechtstreeks gevolg is van de stabiliteitswet 2016.
- 35 In de tweede plaats, wat het vereiste betreft dat het voordeel direct of indirect met staatsmiddelen is bekostigd, zij erop gewezen dat het feit dat het bedrag van 70 miljoen EUR volgens de verwijzende rechter niet materieel uit de Italiaanse staatsbegroting is betaald en dus niet tot uitgaven ten laste van de begroting van die lidstaat heeft geleid, niet noodzakelijk betekent dat dit bedrag niet als staatsmiddelen kan worden aangemerkt, met name wanneer er bij artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 een potentiële last voor de Italiaanse staatsbegroting in het leven is geroepen.

- 36 In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de steun moet worden geacht te zijn toegekend vanaf het tijdstip waarop de begunstigde krachtens de toepasselijke nationale regeling een wettelijke aanspraak op uit staatsmiddelen gefinancierde bijstand verwerft, zodat de daadwerkelijke overdracht van de betrokken middelen niet doorslaggevend is (zie in die zin arrest van 21 maart 2013, *Magdeburger Mühlenwerke*, C-129/12, EU:C:2013:200, punt 40).
- 37 Meer in het bijzonder in het geval van een begunstigde onderneming die in financiële moeilijkheden verkeert, is het namelijk het besluit van de overheid om deze onderneming staatssteun toe te kennen – veeleer dan de daadwerkelijke betaling ervan – dat het mogelijk maakt dat de bestuurders van die onderneming tot de conclusie komen dat haar activiteit economisch levensvatbaar is en dus kan worden voortgezet, op voorwaarde dat dit besluit de begunstigde onderneming het recht geeft om de steun te ontvangen, hetgeen de verwijzende rechter, indien nodig, dient na te gaan.
- 38 In dit verband moet worden opgemerkt dat uit artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 volgt dat de toewijzing van 70 miljoen EUR aan FSE was toegestaan „in afwachting van de uitvoering van voornoemd saneringsplan” dat moest worden opgesteld door de speciale toezichthouder, die krachtens diezelfde bepaling verantwoordelijk was voor het beheer van FSE.
- 39 Zoals ook uit artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 volgt had de Italiaanse wetgever, gezien de „ernstige financiële situatie” van FSE op het moment van de goedkeuring van die wet, namelijk besloten dit bedrag ter beschikking te stellen van FSE om de voortzetting van haar activiteiten te garanderen, zoals is bepaald in artikel 6 van het besluit van 12 januari 2016. Dit impliceert dat dit bedrag met onmiddellijke ingang ter beschikking werd gesteld en er niet als voorwaarde was gesteld dat het door de speciale toezichthouder op te stellen saneringsplan werd afgerond.
- 40 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat er in het technisch verslag bij de stabiliteitswet 2016 wordt verwezen naar de aanzienlijke negatieve gevolgen voor de continuïteit van het openbaar vervoer in de regio Apulië vanaf december 2015 indien de Italiaanse Staat geen buitengewone maatregelen zou treffen. Voorts dient ook in herinnering te worden gebracht dat uit de verwijzingsbeslissing volgt dat FSE het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bedrag na de goedkeuring van de wet van 2016 in haar boekhouding heeft opgenomen.
- 41 In die omstandigheden moet worden aangenomen dat de toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE op grond van artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 – ook al is dit bedrag niet materieel uit de Italiaanse staatsbegroting gehaald – een met staatsmiddelen bekostigde maatregel in de zin van de in punt 31 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak kan vormen, op voorwaarde dat deze bepaling FSE reeds een recht op deze toewijzing had toegekend, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.
- 42 Wat de tweede in punt 31 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarde betreft, dient in herinnering te worden gebracht dat uit de rechtspraak van het Hof volgt dat er voor de kwalificatie van een nationale maatregel als „staatssteun” niet hoeft te worden vastgesteld dat de betrokken steun de handel tussen de lidstaten werkelijk heeft beïnvloed en de mededinging daadwerkelijk heeft verstoord, maar er alleen dient te worden onderzocht of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen (arrest van 27 juni 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 43 Het is in dat verband niet noodzakelijk dat de begunstigde ondernemingen zelf aan het handelsverkeer tussen de lidstaten deelnemen. Wanneer een lidstaat steun toekent aan ondernemingen, kan de binnenlandse activiteit hierdoor immers in stand blijven of stijgen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om in die lidstaat op de markt te komen, afnemen (zie in die zin arrest van 8 mei 2013, *Libert e.a.*, C-197/11 en C-203/11, EU:C:2013:288, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 44 Of er is voldaan aan de voorwaarde dat de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt – zo volgt voorts uit de rechtspraak – hangt niet af van de plaatselijke of regionale aard van de geleverde vervoerdiensten, noch van de omvang van het betrokken werkterrein (arrest van 14 januari 2015, Eventech, C-518/13, EU:C:2015:9, punt 69).
- 45 In het licht van deze rechtspraak zij erop gewezen dat een van de verzoeksters in het hoofdgeding, namelijk Arriva Italia, een dochteronderneming is van de Duitse groep Deutsche Bahn AG en dat de toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE, zoals de advocaat-generaal in punt 48 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de kansen van deze onderneming, evenals die van andere ondernemingen die in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek zijn gevestigd, om de aan FSE toevertrouwde spoorweginfrastructuur te exploiteren of op deze infrastructuur personenvervoer aan te bieden, heeft beperkt. Onder deze omstandigheden kan financiële steun die het mogelijk maakt om ervoor te zorgen dat een onderneming – zoals FSE – die in financiële moeilijkheden verkeert, blijft voortbestaan, het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.
- 46 Wat de derde in punt 31 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarde betreft, wordt niet betwist dat de toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE een aan deze openbare onderneming toegekend voordeel is. Het is echter ook vaste rechtspraak dat er niet is voldaan aan de voorwaarden opdat een maatregel onder het begrip „steun” in de zin van artikel 107 VWEU valt, wanneer de begunstigde overheidsonderneming onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden hetzelfde voordeel had kunnen genieten als het voordeel dat met staatsmiddelen ter beschikking is gesteld, waarbij deze beoordeling voor overheidsbedrijven in beginsel aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder moet geschieden (zie arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF e.a., C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 47 Uit de rechtspraak volgt ook dat er ter beoordeling van de vraag of dezelfde maatregel onder normale marktomstandigheden zou zijn genomen door een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk de situatie van de staat benadert, alleen rekening dient 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 (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 Bovendien is genoemd criterium bij twijfel slechts van toepassing indien de lidstaat op basis van objectieve en controleerbare gegevens, die vaststonden vóór of tegelijk met het besluit een economisch voordeel toe te kennen, kan aantonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd. Daartoe kunnen er met name gegevens noodzakelijk zijn waaruit blijkt dat dit besluit is genomen op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk de situatie van die 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 (zie in die zin arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punten 82 en 84).
- 49 In dit verband zij eraan herinnerd dat uit artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016 volgt dat het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE is toegewezen gezien haar „ernstige financiële situatie”, „om de bedrijfscontinuïteit van [FSE] te waarborgen” in afwachting van de uitvoering van het saneringsplan. Een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk de situatie van de staat benadert, zou in een situatie als die welke in de onderhavige zaak aan de orde is, echter geen 70 miljoen EUR hebben toegewezen aan een onderneming die in ernstige financiële moeilijkheden verkeerde zonder eerst de rentabiliteit van een dergelijke investering te beoordelen.
- 50 Uit de informatie in het dossier blijkt echter niet dat de Italiaanse Staat vóór de goedkeuring van de stabiliteitswet 2016 een dergelijke beoordeling heeft uitgevoerd. Het technisch verslag bij deze wet verwijst in dit verband weliswaar naar een „financiële en economische analyse”, doch er zijn, zoals de

advocaat-generaal in punt 54 van zijn conclusie heeft opgemerkt, geen aanwijzingen dat die analyse bedoeld was om te beoordelen of de toewijzing van 70 miljoen EUR de Italiaanse Staat winst zou opleveren.

- 51 Daar niet is bewezen dat de Staat het besluit om het betrokken bedrag aan FSE toe te wijzen heeft genomen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van FSE – hetgeen echter door de verwijzende rechter moet worden geverifieerd – lijkt er in die omstandigheden op basis van het criterium van de particuliere investeerder niet te kunnen worden vastgesteld dat deze toewijzing geen selectief voordeel vormde.
- 52 Wat de laatste van de in punt 31 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden betreft, dient eraan te worden herinnerd dat er volgens de in punt 42 van dit arrest genoemde rechtspraak niet hoeft te worden vastgesteld dat de mededinging daadwerkelijk is verstoord, maar er alleen dient te worden onderzocht of de betreffende steun de mededinging kan vervalsen. Voorts volgt uit diezelfde rechtspraak dat steun die bedoeld is om een onderneming te bevrijden van de kosten die zij normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen, in beginsel de concurrentievoorwaarden vervalst (arrest van 27 juni 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496, punt 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 53 Een toewijzing van middelen als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die een onderneming die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert in staat stelt op de markt aanwezig te blijven, kan dus in beginsel de mededingingsvoorwaarden vervalsen.
- 54 FSI en de Italiaanse regering stellen weliswaar, ten eerste, dat dit in het hoofdgeding niet het geval is aangezien het bedrag van 70 miljoen EUR alleen kon worden gebruikt voor de financiering van de door FSE geëxploiteerde spoorweginfrastructuur, ten tweede, dat die exploitatie naar Italiaans recht onder een wettelijk monopolie valt en, ten derde, dat het feit dat FSE een gescheiden boekhouding voert voor de exploitatie van deze infrastructuur enerzijds en de verlening van vervoerdiensten anderzijds elk risico van kruissubsidiëring voorkomt. Dit betoog kan echter niet afdoen aan de in het vorige punt van dit arrest geformuleerde vaststelling met betrekking tot de gevolgen voor de mededingingsvoorwaarden die kunnen voortvloeien uit het feit dat een onderneming – zoals FSE – die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert, op de markt aanwezig blijft.
- 55 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat er noch in de oorspronkelijke versie van artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016, noch in de besluiten van 12 januari en 4 augustus 2016 was bepaald dat het bedrag van 70 miljoen EUR dat aan FSE was toegewezen, uitsluitend kon worden gebruikt voor de financiering van de door FSE gebruikte spoorweginfrastructuur. Pas sinds de wijziging van die bepaling van de stabiliteitswet 2016 bij wetsbesluit nr. 50/2017, werd daarin verwezen naar een dergelijk gebruik van het bedrag.
- 56 Aangezien uit de in punt 36 van het onderhavige arrest genoemde rechtspraak volgt dat het beslissende moment voor de beoordeling of een maatregel verenigbaar is met de regels van de Unie inzake staatssteun het tijdstip is waarop de begunstigde krachtens de toepasselijke nationale regeling een wettelijke aanspraak op de voorgenomen steun verwerft, kan de wijziging van het gebruik van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bedrag bij wetsbesluit nr. 50/2017 geen afbreuk doen aan de conclusie dat de toewijzing van dat bedrag de mededinging kon vervalsen, mits het onvoorwaardelijke recht op die toewijzing reeds aan FSE was toegekend bij artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet 2016, in de oorspronkelijke versie ervan. Uit punt 41 van het onderhavige arrest volgt dat dit door de verwijzende rechter dient te worden geverifieerd.
- 57 In de tweede plaats klopt het, zoals de Commissie in de punten 188 en 219 van haar mededeling van 2016 in wezen stelt, dat het feit dat een lidstaat een openbare dienst met een wettelijk monopolie aan een openbare onderneming toevertrouwt, onder bepaalde omstandigheden de mededinging niet vervalst en dat een voordeel dat aan de exploitant van infrastructuur met een wettelijk monopolie

wordt toegekend in dergelijke omstandigheden de mededinging niet kan vervalsen. Zoals de Commissie voorts in punt 188, onder b), van die mededeling opmerkt, kan echter slechts worden uitgesloten dat er in dergelijke omstandigheden sprake is van een vervalsing van de mededinging indien het wettelijk monopolie niet alleen de concurrentie óp de markt uitsluit, maar ook de concurrentie óm de markt, in die zin dat het elke potentiële concurrentie uitsluit om de exclusieve aanbieder van de betrokken dienst te worden.

- 58 Uit het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat FSE gedurende de looptijd van haar overeenkomst met de regio Apulië het exclusieve recht heeft om de spoorweginfrastructuur waarop deze overeenkomst betrekking heeft, te exploiteren met het oog op dienstverlening op het gebied van openbaar personenvervoer per spoor. Om vast te stellen dat het om een markt gaat waarom mededinging is uitgesloten, moet echter worden aangetoond dat de regio Apulië op grond van wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen verplicht was de exploitatie van die infrastructuur en die diensten uitsluitend aan voornoemde onderneming te gunnen (zie naar analogie arrest van 29 juli 2019, Azienda Napoletana Mobilità, C-659/17, EU:C:2019:633, punt 38). Niets in het aan het Hof voorgelegde dossier wijst echter op het bestaan van een dergelijke verplichting. Het lijkt er dus op dat de regio die exploitatie en die diensten ook aan een andere dienstverlener had kunnen gunnen.
- 59 De toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE, waardoor deze onderneming op de markt kon blijven, kon dus verhinderen dat andere ondernemingen – zoals Arriva Italia e.a. – werden belast met de exploitatie van de door FSE geëxploiteerde spoorweginfrastructuur en het verlenen van vervoerdiensten op deze infrastructuur.
- 60 Wat in de derde plaats het betoog betreft dat FSE een gescheiden boekhouding voert voor de exploitatie van de betrokken spoorweginfrastructuur enerzijds en het verlenen van vervoerdiensten anderzijds, dient te worden opgemerkt dat, zelfs indien het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE was toegewezen en door FSE uitsluitend was gebruikt voor de financiering van deze spoorweginfrastructuur, in voorkomend geval vanaf de inwerkingtreding van wetsbesluit nr. 50/2017, deze omstandigheid niet in de weg staat aan de in punt 53 van het onderhavige arrest bedoelde gevolgen voor de mededingingsvoorwaarden. Zoals de Commissie in punt 219 van haar mededeling van 2016 heeft aangegeven, is het namelijk de aanleg van spoorweginfrastructuur die onder gelijke en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking van potentiële gebruikers wordt gesteld, die over het algemeen aan de voorwaarden van punt 211 van die mededeling voldoet, zodat de financiering van een dergelijke aanleg in het algemeen de mededinging niet verstoort.
- 61 Gesteld dat de toewijzing van dit bedrag aan FSE kan worden opgevat als een toewijzing die uitsluitend voor de aanleg van spoorweginfrastructuur en niet voor enig ander doel is bestemd, betreft het niettemin spoorweginfrastructuur die niet onder gelijke en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking van de potentiële gebruikers wordt gesteld, aangezien FSE gedurende de looptijd van haar overeenkomst met de regio Apulië een exclusief recht op dat gebruik geniet. Het feit dat FSE een gescheiden boekhouding dient te voeren, doet dus niet af aan de conclusie dat de toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR aan deze onderneming de mededinging kon vervalsen.
- 62 Uit voorgaande overwegingen volgt dat een maatregel die bestaat in de toewijzing van een geldbedrag aan een openbare spoorwegonderneming die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, kan worden aangemerkt als „staatssteun” in de zin van artikel 107 VWEU.

Overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI

- 63 Wat de tweede van de twee aan de orde zijnde maatregelen betreft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat deze maatregel twee elementen bevat, te weten, ten eerste, de overdracht aan FSI, zonder aanbestedingsprocedure en om niet, van de volledige deelneming van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer in het kapitaal van FSE en, ten tweede, de verplichting die FSI op zich heeft genomen om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen.
- 64 Hoewel het feit dat de deelneming in het kapitaal van FSE om niet aan FSI is overgedragen, op het eerste gezicht lijkt te suggereren dat FSI kan worden beschouwd als de begunstigde van potentiële staatssteun, moet eraan worden herinnerd dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie bedoeld was om de rentabiliteit van FSE te herstellen. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat net FSE als begunstigde van de potentiële steun kan worden beschouwd. Het staat derhalve aan de verwijzende rechter om na te gaan welke van deze twee ondernemingen in voorkomend geval als de begunstigde van potentiële staatssteun moet worden beschouwd, dan wel of FSE en FSI op basis van de in punt 31 van dit arrest vastgestelde criteria gezamenlijk als de begunstigde van die steun kunnen worden beschouwd.
- 65 Aangaande de vraag of de tweede van de twee aan de orde zijnde maatregelen staatssteun vormt in de zin van artikel 107 VWEU, moet er in de eerste plaats, ten aanzien van de eerste van de in punt 31 van dit arrest genoemde voorwaarden, worden opgemerkt dat de overdracht van de volledige deelneming van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer in het kapitaal van FSE aan FSI moet worden beschouwd als een aan de staat toe te rekenen overdracht van staatsmiddelen. Bovendien vormt de door FSI aangegane verplichting om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen ook een overdracht van staatsmiddelen aan FSE, mits FSI een recht op die steun heeft verworven, wat in voorkomend geval door de verwijzende rechter moet worden nagegaan. Aangezien de toezegging om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen werd gedaan door een openbare onderneming die volledig in handen is van het ministerie van Economie en Financiën, is die toezegging in ieder geval aan de Italiaanse Staat toe te schrijven.
- 66 Anders dan de Italiaanse regering en FSI hebben betoogd, kan het feit dat volgens artikel 345 VWEU dit Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat, niet worden aangevoerd ter ondersteuning van de stelling dat de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI niet als staatssteun kan worden beschouwd.
- 67 Zoals de advocaat-generaal in punt 87 van zijn conclusie in herinnering heeft gebracht, stelt artikel 345 VWEU de regelingen van overheidseigendom immers niet vrij van de verplichting om de staatssteunregels in acht te nemen, aangezien uit artikel 106, lid 1, VWEU volgt dat de mededingingsregels van dit Verdrag, met inbegrip van de regels inzake staatssteun, in beginsel ook van toepassing zijn op openbare ondernemingen. Bovendien, en zoals de Commissie heeft betoogd, zou het aanvaarden van het argument dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn omdat de begunstigde een overheidsonderneming is en het toegekende voordeel binnen de economische sfeer van de staat in ruime zin blijft, de doeltreffendheid van deze regels ondermijnen en een ongerechtvaardigde discriminatie tussen openbare en particuliere begunstigden met zich meebrengen, hetgeen in strijd is met het neutraliteitsbeginsel als bedoeld in artikel 345 VWEU.
- 68 In ieder geval dient erop te worden gewezen dat het in het hoofdgeding niet alleen gaat om de overdracht van het kapitaal van een openbare onderneming in financiële moeilijkheden aan een andere openbare onderneming, maar ook om de verplichting die de openbare onderneming als begunstigde van deze overdracht heeft aanvaard om de vermogenssituatie van eerstgenoemde openbare onderneming in moeilijkheden weer in evenwicht te brengen.

- 69 Wat in de tweede plaats de voorwaarde betreft dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, zij erop gewezen dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht, evenals de toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR aan FSE, de mogelijkheid beperkt voor Arriva Italia en andere ondernemingen die in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek zijn gevestigd om op de aan FSE toevertrouwde markten te opereren. In deze omstandigheden moet de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI, om niet, maar met de verplichting voor FSE om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen, worden beschouwd als een maatregel die het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.
- 70 Wat in de derde plaats de vraag betreft of de overdracht van de deelneming van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer in het kapitaal van FSE aan FSI een selectief voordeel voor FSI kan vormen, moet worden opgemerkt dat een dergelijke kapitaaloverdracht zonder financiële tegenprestatie in beginsel een selectief voordeel oplevert voor de entiteit waaraan het kapitaal wordt overgedragen indien de waarde van dat kapitaal op het moment van de overdracht hoger is dan de kosten van de eventuele verplichtingen die deze entiteit in verband met de overdracht op zich heeft genomen. In het onderhavige geval kan de overdracht in kwestie dus een selectief voordeel voor FSI vormen, aangezien de waarde van FSE op het moment van de overdracht, eventueel verhoogd met het bedrag van 70 miljoen EUR dat de Italiaanse Staat haar heeft toegekend, hoger is dan het bedrag van de investering die FSI moet doen om te voldoen aan haar verplichting om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen, hetgeen door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan.
- 71 Een dergelijke overdracht kan ook een selectief voordeel inhouden voor de entiteit waarvan het kapitaal wordt overgedragen, indien deze verrichting het voortbestaan daarvan waarborgt. In het hoofdgeding hangt het bestaan van een dergelijk voordeel voor FSE dus af van de vraag of de verplichting die FSI op zich heeft genomen om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen, FSE in staat stelt om de exploitatie van de spoorweginfrastructuur waarmee zij door de regio Apulië is belast voort te zetten en op deze infrastructuur vervoerdiensten te verlenen, wat door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan.
- 72 In tegenstelling tot wat de Italiaanse regering en FSI ter terechtzitting hebben betoogd, blijkt uit het bij het Hof ingediende dossier niet, op basis van het criterium van de particuliere investeerder, dat de openbare onderneming die dit voordeel ontvangt – of het nu gaat om FSI of FSE – onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden hetzelfde voordeel had kunnen krijgen als het voordeel dat zij uit staatsmiddelen ontvangt, aangezien de Italiaanse Staat, zoals in de kennisgeving van de AGCM is opgemerkt, de rentabiliteit van de overdracht om niet van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI, met de verplichting voor FSI om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen, niet heeft beoordeeld alvorens deze overdracht uit te voeren. Dit moet evenwel door de verwijzende rechter worden geverifieerd, met name aan de hand van het auditverslag waarnaar de Italiaanse regering in haar opmerkingen heeft verwezen en van de studies van maart en mei 2016 waarnaar FSI tijdens de terechtzitting bij het Hof heeft verwezen.
- 73 In dit verband dient er om te beginnen aan te worden herinnerd dat de lidstaat voor de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder bij twijfel ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens moet kunnen aantonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 82). Uit het besluit van 4 augustus 2016 blijkt echter dat de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI met name bedoeld was om de continuïteit van de arbeidsbetrokkingen en de door FSE verleende vervoerdiensten te waarborgen. Bovendien had deze verrichting ook tot doel ervoor te zorgen dat de deelneming in het kapitaal van FSE binnen de openbare sector bleef. Een particuliere investeerder houdt echter geen rekening met dergelijke overwegingen.

- 74 Vervolgens zij eraan herinnerd dat economische ramingen die na toekenning van een voordeel zijn gemaakt of de vaststelling achteraf dat de door de betrokken lidstaat gedane investering daadwerkelijk winstgevend is geweest niet kunnen 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 (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 85). Volgens FSI kan er derhalve geen rekening worden gehouden met de positieve uitkomst van de door FSE ingeleide procedure tot preventief akkoord om na te gaan of de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed.
- 75 Gelet op een en ander lijkt het, onder voorbehoud van de in punt 72 van dit arrest bedoelde verificatie, niet mogelijk het criterium van de particuliere investeerder toe te passen en op basis daarvan tot de slotsom te komen dat de overdracht van de deelneming van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer in het kapitaal van FSE aan FSI in het onderhavige geval geen selectief voordeel vormde.
- 76 In de vierde plaats moet er met betrekking tot de vraag of een dergelijke overdracht de mededinging kan vervalsen, worden opgemerkt – zoals de advocaat-generaal in punt 118 van zijn conclusie heeft gedaan – dat die overdracht, in combinatie met de verplichting die FSI op zich heeft genomen om de vermogenssituatie van FSE weer in evenwicht te brengen, heeft belet dat potentiële concurrenten van FSE, zoals Arriva Italia e.a., de door FSE geëxploiteerde spoorweginfrastructuur kunnen exploiteren en vervoerdiensten op deze infrastructuur kunnen verlenen.
- 77 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat de AGCM geen onderzoek heeft ingesteld naar de concentratie tussen FSI en FSE in het licht van de Italiaanse regeling inzake concentraties, aangezien de beoordeling van de gevolgen voor de mededinging van een transactie in het licht van die regels verschilt van de beoordeling van het mogelijke bestaan van staatssteun. Uit het besluit van de AGCM blijkt immers dat de door haar verrichte beoordeling tot doel had na te gaan of een dergelijke concentratie geen machtspositie in het leven zou roepen of versterken die de mededinging op de relevante markten op substantiële en duurzame wijze zou kunnen uitschakelen of beperken, en niet of zij de mededinging kon vervalsen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien blijkt uit de kennisgeving van de AGCM dat zij van mening was dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht de mededinging kon vervalsen.
- 78 Hieruit volgt, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, dat de overdracht van een deelneming in het kapitaal van een openbare onderneming die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert aan een andere openbare onderneming, om niet, maar met de verplichting voor deze laatste om het onevenwicht van de openbare onderneming in moeilijkheden te herstellen, als „staatssteun” kan worden aangemerkt.
- 79 In het licht van voorgaande overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 107 VWEU aldus moet worden uitgelegd, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, dat zowel de toewijzing van een geldbedrag aan een openbare onderneming die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert als de overdracht van de volledige deelneming van een lidstaat in het kapitaal van die onderneming aan een andere openbare onderneming, om niet, maar met de verplichting voor deze laatste onderneming om de vermogenssituatie van de eerste onderneming weer in evenwicht te brengen, kan worden aangemerkt als „staatssteun” in de zin van artikel 107 VWEU.

Tweede vraag

- 80 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de verwijzende rechter in zijn tweede vraag weliswaar heeft verwezen naar artikel 107, lid 3, VWEU, maar dat uit zijn verwijzingsbeslissing blijkt dat deze vraag in feite betrekking heeft op artikel 108, lid 3, VWEU, dat bepaalt dat de lidstaten verplicht zijn de Commissie tijdig op de hoogte te brengen van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen.
- 81 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, in het geval dat het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat maatregelen als de toewijzing van een geldbedrag aan een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende openbare onderneming of de overdracht van de volledige deelneming van een lidstaat in het kapitaal van die onderneming aan een andere openbare onderneming, om niet, maar met de verplichting voor deze laatste onderneming om de vermogenssituatie van de eerste onderneming weer in evenwicht te brengen, moeten worden aangemerkt als „staatssteun” in de zin van artikel 107 VWEU, welke gevolgen er dan moeten worden verbonden aan het feit dat deze steun niet bij de Commissie is aangemeld, in strijd met het bepaalde in artikel 108, lid 3, VWEU.
- 82 Met zijn tweede vraag vraagt de verwijzende rechter het Hof inderdaad ook of, indien er zou worden vastgesteld dat er sprake is van staatssteun, die steun verenigbaar is met het Unierecht. Uit zijn verwijzingsbeslissing blijkt echter duidelijk dat de verwijzende rechter met deze vraag in werkelijkheid wenst te vernemen of er, indien de aan de orde zijnde maatregelen kunnen worden geacht de begunstigden een voordeel te verschaffen, ook is voldaan aan de andere voorwaarden om een maatregel als „staatssteun” aan te merken, en dat de tweede vraag in zoverre dus samenvalt met de eerste vraag.
- 83 In ieder geval dient eraan te worden herinnerd dat uit vaste rechtspraak, die ook in de verwijzingsbeslissing wordt aangehaald, volgt dat de Commissie bij uitsluiting bevoegd is om de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt te beoordelen en daarbij onder toezicht staat van de rechters van de Unie (arresten van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, EU:C:1996:285, punt 42, en van 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke/Commissie, C-654/17 P, EU:C:2019:634, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 84 Wat het antwoord op de tweede vraag betreft, staat het volgens vaste rechtspraak aan de nationale rechterlijke instanties waarbij een geschil aanhangig is gemaakt inzake gestelde niet-nakoming van de verplichting tot kennisgeving van staatssteun aan de Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU, om overeenkomstig hun nationale recht alle nodige gevolgen te verbinden aan een dergelijke niet-nakoming, wat zowel de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de steunmaatregelen als de terugvordering van in strijd met deze bepaling toegekende financiële steun betreft (zie in die zin arrest van 26 oktober 2016, DEI en Commissie/Alouminion tis Ellados, C-590/14 P, EU:C:2016:797, punt 100 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 85 In dit verband moet worden benadrukt dat het herstel van de situatie van vóór de betaling van onwettige of met de interne markt onverenigbare steun een noodzakelijk vereiste vormt voor de handhaving van de nuttige werking van de verdragsbepalingen inzake staatssteun (arrest van 7 maart 2018, SNCF Mobilités/Commissie, C-127/16 P, EU:C:2018:165, punt 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 86 In het hoofdgeding, en voor zover de aan de orde zijnde maatregelen als staatssteun moeten worden beschouwd, staat het dus aan de verwijzende rechter om alle nodige gevolgen te verbinden aan het feit dat die steun, in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU, niet bij de Commissie is aangemeld en derhalve als onrechtmatig moet worden beschouwd.

- 87 Wat de toewijzing van het bedrag van 70 miljoen EUR betreft, staat het meer bepaald aan de verwijzende rechter om het voordeel – met inbegrip van de daarop geaccumuleerde rente – te bepalen dat voor FSE uit het ter beschikking stellen van dit bedrag is voortgevloeid en FSE te gelasten dit voordeel terug te betalen.
- 88 Wat de overdracht van de deelneming in het kapitaal van FSE aan FSI betreft, houdt het herstel van de vroegere situatie in voorkomend geval in dat deze overdracht wordt teruggedraaid door de deelneming in FSE opnieuw toe te wijzen aan het ministerie van Infrastructuur en Vervoer, en dat alle gevolgen van deze overdracht ongedaan worden gemaakt.
- 89 Gelet op een en ander moet op de tweede vraag worden geantwoord dat het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat het, wanneer maatregelen als de toewijzing van een geldbedrag aan een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende openbare onderneming of de overdracht van de volledige deelneming van een lidstaat in het kapitaal van die onderneming aan een andere openbare onderneming, om niet, maar met de verplichting voor deze laatste onderneming om de vermogenssituatie van de eerste onderneming weer in evenwicht te brengen, worden aangemerkt als „staatssteun” in de zin van artikel 107 VWEU, aan de verwijzende rechter staat om alle gevolgen te verbinden aan het feit dat die steun, in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU, niet bij de Commissie is aangemeld en derhalve als onrechtmatig moet worden beschouwd.

Kosten

- 90 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 107 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, zowel de toewijzing van een geldbedrag aan een openbare onderneming die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert als de overdracht van de volledige deelneming van een lidstaat in het kapitaal van die onderneming aan een andere openbare onderneming, om niet, maar met de verplichting voor deze laatste onderneming om de vermogenssituatie van de eerste onderneming weer in evenwicht te brengen, kan worden aangemerkt als „staatssteun” in de zin van artikel 107 VWEU.**
- 2) **Het Unierecht moet aldus worden uitgelegd dat het, wanneer maatregelen als de toewijzing van een geldbedrag aan een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende openbare onderneming of de overdracht van de volledige deelneming van een lidstaat in het kapitaal van die onderneming aan een andere openbare onderneming, om niet, maar met de verplichting voor deze laatste onderneming om de vermogenssituatie van de eerste onderneming weer in evenwicht te brengen, worden aangemerkt als „staatssteun” in de zin van artikel 107 VWEU, aan de verwijzende rechter staat om alle gevolgen te verbinden aan het feit dat die steun, in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU, niet bij de Commissie is aangemeld en derhalve als onrechtmatig moet worden beschouwd.**

ondertekeningen