

Staatssteun 2008-2010: Voor en na faillissement

Sinds 2008 is er een onderwerp dat steeds weer in iedere denkbare taal op de wereld terugkomt: 'de financiële crisis'.

Wat is er de afgelopen twee jaar gebeurd? Het lijkt erop dat niemand het weet: er heeft een eigentijdse orkaan gewoed. Het maakte niet uit of we het hadden over gerespecteerde Europese autofabrikanten, een in Londen gevestigde financiële instelling of zelfs soevereine staten; ze hadden allemaal hulp nodig. Net als in de jaren 50 van de 19e eeuw, toen de spoorwegen in Arkansas staatssteun ontvingen, moesten verscheidene EU Lidstaten weer redding brengen en weer gaan ondernemen. Steeds meer Lidstaten hebben (soms zelfs tot twee keer toe) miljarden aan kapitaalinjecties aan verscheidene conglomeraten verleend om de Europese markt te stimuleren en (nog meer) faillissementen te voorkomen. Opel, Alitalia, RBS, ING, Lloyds, UBS, Commerzbank, Volvo, Volkswagen, HSH Norbank, Northern Rock, Hypo Real Estate: al deze gewaardeerde Europese ondernemingen (en vele anderen) hebben staatssteun verzocht en ontvangen.

Voor staatssteun heeft een Lidstaat de goedkeuring nodig van de Europese Commissie. De Lidstaat moet namelijk handelen overeenkomstig het mededingingsrecht en de belangrijkste beginselen van de Europese Unie.

In 2007 werd door de Lidstaten voor een bedrag van € 67,4 miljard aan staatssteun verleend. In 2008 liep dat op tot een astronomisch bedrag van € 279,6 miljard,

hetgeen overeenkomt met 2,2% van het BNP van de Europese Unie.

Regulering van staatssteun is een belangrijk aspect van het Europese mededingingsrecht. Dit komt voort uit de noodzaak om een 'level playing field' in stand te houden voor alle ondernemingen die actief zijn binnen de interne Europese markt en om te voorkomen dat Lidstaten in een strijd verwickeld raken waarbij zij tegen elkaar opbieden om investeringen aan te trekken. Het Europese Verdrag verbiedt steunmaatregelen door een Lidstaat (of in welke vorm ook bekostigd uit staatsmiddelen) die de mededinging kunnen verstoren door begunstiging van bepaalde bedrijven of bepaalde vormen van handel. De Europese Commissie heeft de exclusieve bevoegdheid om te verklaren dat staatssteun verenigbaar is met het Europese Verdrag.

Door de hoeveelheid van en het aantal gevallen is de verschillende Europese regelgeving in de schijnwerpers komen te staan. Wat zijn deze regels, en wat zijn de gevolgen van verleende staatssteun?

Het Verdrag van Lissabon

In het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het Verdrag van Lissabon, 'VWEU'), is bepaald dat steunmaatregelen van Lidstaten, die de mededinging ongeoorloofd beïnvloeden, onverenigbaar zijn met de interne markt.

Volgens Europese regelgeving is overheidsingrijpen onder bepaalde omstandigheden nodig om een goed functionerende en

rechtvaardige economie te behouden en daarom worden in de VWEU bepaalde situaties beschreven waarin staatssteun is geoorloofd. Voor deze uitzonderingen is voorafgaande toestemming van de Europese Commissie vereist.

De meest toegepaste uitzonderingen zijn (I) 'steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst' en (II) '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 gevolg van de financiële crisis is een andere uitzondering op het verbod op staatssteun vaker en prominenter in beeld gekomen: de VWEU maakt het verlenen van staatssteun mogelijk in het geval er sprake is van een ernstige verstoring in de economie van een Lidstaat. Staatssteun aan financiële instellingen wordt op grond van deze bepaling gerechtvaardigd.

In het begin van de crisis was de Europese Commissie in staat om individuele gevallen van staatssteun voor Europese bedrijven aan te pakken op grond van de 'Community Guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty' ('R&R Guidelines'). Toen de crisis zich verspreidde, en Lidstaten zich vaker genooddaakt

zagen steunmaatregelen te verlenen, dacht de Europese Commissie er verstandig aan te doen om snel te handelen. Daartoe voerde de Europese Commissie op 26 november 2008 de *'Temporary Community framework for state aid measures to support access to finance in the current financial and economic crises'* ('Temporary Framework') in. De Europese Commissie erkende dat er behoefte was aan nieuwe tijdelijke steunmaatregelen om de continuïteit in de toegang tot financiën te garanderen en voortzetting van investeringen te bevorderen. Het plan is gebaseerd op kortlopende maatregelen ter stimulering van de handel, behoud van werkgelegenheid, het herstel van vertrouwen in de markt, alsmede het stimuleren van investeringen om de lange termijn te waarborgen. Het stelt de Lidstaten met name in staat om, onder bepaalde voorwaarden over te gaan tot het verlenen van:

- steun tot een maximum bedrag van € 500.000,- per bedrijf voor de komende twee jaar;
- staatsgaranties op leningen tegen een verlaagde premie;
- gesubsidieerde leningen, met name voor de vervaardiging van groene producten.

En het Temporary Framework heeft de beperkingen op steunmaatregelen verlaagd ter bevordering van risicokapitaal-investeringen (steunmaatregelen met risicokapitaal met een drempel van € 2,5 miljoen per onderneming per jaar (in plaats van € 1,5 miljoen) in gevallen waarin

tenminste 30% (in plaats van 50%) van de investeringskosten afkomstig zijn van particuliere investeerders).

Subsidies, staatsgaranties en leningen op basis van het Temporary Framework mogen alleen worden verleend aan bedrijven die op 1 juli 2008 nog niet 'in moeilijkheden' verkeerden. Het Temporary Framework loopt af op 31 december 2010. Het Temporary Framework is minder strikt dan de R&R Guidelines. Op grond van de R&R Guidelines verlangt de Europese Commissie normaliter maatregelen in ruil voor het verlenen van staatssteun ter vermindering van oneerlijke concurrentie. Onder deze maatregelen vallen onder meer het afstoten van activa, het verminderen van de productiecapaciteit of het verkleinen van de aanwezigheid in de bewuste sector.

Daarnaast kan de Europese Commissie Lidstaten opdragen om onrechtmatig verleende staatssteun terug te vorderen. Van belang is om te bekijken wat de status van deze vordering is in het geval er sprake is van faillissement.

Wat als...

Wat als een bedrijf dat staatssteun heeft ontvangen failliet wordt verklaard en de Lidstaat die de onrechtmatig verstrekte staatssteun verleende, wordt opgedragen om de staatssteun terug te vorderen?

De VWEU biedt de Europese Commissie de mogelijkheid om een Lidstaat op te dragen onrechtmatig verleende staatssteun terug

te vorderen. Het invorderen van onrechtmatig verleende staatssteun geschiedt zonder uitstel en in overeenstemming met de procedures zoals die in de wetgeving van de betreffende Lidstaat gelden. Daarnaast is het invorderingsbesluit van de Europese Commissie onmiddellijk executeerbaar.

Er is op het niveau van de individuele Lidstaten een aantal problemen gerezen met betrekking tot de relatie tussen het invorderen van staatssteun en (nationale) faillissementswetgevingen. De problemen doen zich voor op het gebied van het karakter van de vordering tot terugbetaling van de verleende staatssteun (hierna: 'staatssteunvordering'). Daarnaast is het de vraag of een Lidstaat in het kader van een akkoord afstand kan doen van een gedeelte van de staatssteunvordering.

In Italië en Spanje worden staatssteunvorderingen als preferente vorderingen in faillissementsprocedures behandeld. De staatssteunvordering is dan gebaseerd op bestuursrechtelijke wetgeving en dat leidt er toe dat de staatssteunvordering preferent is en dus eerder in aanmerking komt bij een (mogelijke) uitkering in een faillissement.

In Duitsland is al meerdere malen geprocedeerd over het karakter van de staatssteunvordering in faillissement. Uit meerdere uitspraken volgt dat een staatssteunvordering in Duitsland een concurrente vordering is.



Het lijkt erop dat Lidstaten elkaar
staatssteun verlenen om een verdere recessie
op de Europese Markt te voorkomen.

In de Nederlandse literatuur en jurisprudentie is het rechtskarakter van de staatssteunvordering niet geheel duidelijk. Algemeen wordt wel aangenomen dat de staatssteunvordering niet preferent is. In het Nederlandse systeem van de Faillissementswet is een vordering slechts preferent indien er een wettelijke basis is. Een dergelijke wettelijke basis is er in Nederland niet.

In de praktijk zal dit ertoe leiden dat Lidstaten, waar de staatssteunvordering niet preferent is, additionele zekerheden zullen bedingen alvorens staatssteun wordt verleend.

De periode na het ontvangen van staatssteun

Het is verrassend om te zien dat enkele ontvangers van staatssteun in het recente verleden hun bezwaren kenbaar hebben gemaakt tegen mededingingseisen van de Europese Commissie. ING Groep N.V. ('ING') kondigde aan in beroep te gaan bij het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Unie tegen de manier waarop de Europese Commissie het bedrag dat ING aan staatssteun had ontvangen heeft berekend. In december 2009 zijn ING en de Nederlandse Staat overeengekomen om de door ING verschuldigde terugbetalingspremie te verminderen, hetgeen tot gevolg had dat er een boete van € 500

miljoen verschuldigd was in plaats van € 2 miljard. ING is voornemens de visie van de Commissie dat de vermindering van € 1,5 miljard als extra staatssteun wordt aangemerkt aan te vechten.

Onlangs heeft Griekenland staatssteun ontvangen van de andere Lidstaten van de Europese Unie na aanvaarding van een financieel reddingsplan van € 700 miljard door diezelfde Lidstaten. Het lijkt erop dat Lidstaten elkaar staatssteun verlenen om een verdere recessie op de Europese Markt te voorkomen.



EVERT VERWEY

Advocaat

T +31 (0)20 3016 234

E evert.verwey@cms-dsb.com