

Staatssteun in tijden van corona: hoe ver mag de geldkraan open?

Ondernemingsrecht 2020/III

Alle EU-lidstaten vaardigen steunprogramma's uit om de schadelijke gevolgen van de corona-pandemie voor hun burgers en bedrijven te beperken. Daarmee zijn miljarden euro's gemoeid. Ook in crisistijd moeten steunprogramma's voldoen aan de Europese staatssteunkaders. De Europese Commissie heeft recent een nieuw (tijdelijk) kader gepubliceerd waaraan zij inmiddels de ene na de andere nationale crisismaatregel toetst. Wie netjes kleurt binnen de door haar uitgezette lijnen, krijgt binnen enkele dagen uit Brussel groen licht.

1. Inleiding

Staatssteun is in beginsel verboden (art. 107 lid 1 VWEU). Pas als de Europese Commissie ('de Commissie') haar goedkeuring heeft gegeven, mag steun worden verleend (art. 108 lid 3 VWEU). Dit nogal centralistische en bureaucratische stelsel heeft in de kern tot doel concurrentie tussen lidstaten te voorkomen. De concurrentie binnen de Europese Unie moet eerlijk zijn, waarbij stevast het beeld van het gelijke speelveld wordt gebruikt. De sterke focus op de Europese interne markt wordt soms bekritiseerd vanuit industrieën als de luchtvaart, die opereren op markten waarop mondiaal gezien geen gelijk speelveld bestaat.

De Commissie houdt ook in de huidige crisistijd vast aan haar bevoegdheden als controleur van staatssteun, te meer omdat in de lidstaten de politieke druk om strikt voor het nationale belang op te komen groot kan zijn. Om die rol waar te maken moet de Commissie in staat en bereid zijn de staatssteunregels snel en flexibel toe te passen. In deze bijdrage schets ik hoe zij dat doet.

2. Niet alle crisismaatregelen moeten worden aangemeld

Ik stel voorop dat maatregelen ter ondersteuning van de economie niet per definitie als steunmaatregelen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU zijn aan te merken. Dat is onder meer niet het geval als er geen geld naar *ondernemingen* gaat. Inkomenssteun aan burgers bijvoorbeeld vormt daarom geen staatssteun. Bovendien moet het gaan om een begunstiging van *bepaalde* ondernemingen. Loonsubsidies aan bedrijven, uitstel voor het betalen van be-

lastingen of sociale premies zijn voorbeelden van generieke maatregelen.² Verder kan er alleen staatssteun zijn als een voordeel direct of indirect uit *overheidsmiddelen* komt. Dat zal bij een crisis bijna altijd het geval zijn. Maar in het fictieve geval dat bij spoedwet wordt bepaald dat organisatoren van evenementen en voorstellingen niet gehouden zijn tickets terug te betalen betaalt de overheid niets.

Daarnaast zijn er maatregelen die wél bepaalde ondernemingen begunstigen, maar van rechtswege zijn toegestaan. Dat is het geval als in een periode van drie jaar minder dan € 200.000 per onderneming aan steun wordt toegekend.³ Een crisismaatregel zal vrijwel nooit onder deze drempel blijven. Verder zijn typen staatssteun in bepaalde sectoren onder strikte voorwaarden toegestaan op grond van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.⁴ De maatregelen naar aanleiding van de COVID-19 pandemie passen echter niet in het strakke keurslijf van deze verordening, die wél van groot praktisch belang is voor de reguliere staatssteunpraktijk.

Een crisismaatregel die staatssteun behelst, zal daarom bij de Commissie moeten worden aangemeld.

3. Twee specifieke grondslagen voor goedkeuring crisismaatregelen

In crisissituaties biedt het VWEU twee grondslagen voor (snelle) goedkeuring van staatssteun. De eerste is art. 107 lid 2, onder b VWEU. Op grond van deze bepaling *zijn verenigbaar met de interne markt* steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen, soms aangeduid als '*disaster aid*'. De tweede grondslag staat in art. 107 lid 3, onder b VWEU. Op grond van die bepaling *kunnen met de interne markt verenigbaar worden beschouwd* steunmaatregelen om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen.

Art. 107 lid 2, onder b VWEU heeft het karakter van een wettelijke exceptie.⁵ De Commissie moet toetsen of aan de in die verdragsbepaling genoemde voorwaarden is

¹ Berend Jan Drijber is advocaat-generaal bij de Hoge Raad en redacteur van dit tijdschrift. De definitieve versie van dit artikel zal verschijnen in het themanummer '*Ondernemingsrecht in tijden van corona*'.

² Zie ook de Mededeling van de Commissie 'Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak', COM(2020) 112 final, 13.3.2020, p. 9.

³ Verordening (EU) 1407/2013 van 18 december 2013 betreffende *De Minimis* steun (PbEU 2013, L 352/1).

⁴ Verordening (EU) 651/2014 van 17 juni 2014 (PbEU 2014, L 187/1).

⁵ De volgende handboeken spreken over 'automatic exemption', 'auto-match compatibility' of 'legal exemption': Kapteyn & VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union* (P.J. Kuijper e.a. eds.), 2018, p. 790; L. Hancher, T.R. Ottervanger & P.J. Slot, *EU State Aids*, 2012, nr. 4-003, K. Bacon, *European Union Law of State Aid*, 2017, p. 95 en F.J. Säcker & F. Montag (eds.), *European State Aid Law*, 2016, nr. 519.

voldaan. Daartoe moet zij vaststellen of sprake is van een 'buitengewone gebeurtenis'. Dat begrip moet, net als 'natuurramp', restrictief worden uitgelegd.⁶ De discretionaire bevoegdheid van de Commissie is heel beperkt. Om een beroep te doen op deze 'automatische exceptie' moet een maatregel desalniettemin worden aangemeld.

Bij toepassing van de tweede grondslag (art. 107 lid 3, onder b VWEU) heeft de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid. Zij kan een aangemelde steunmaatregel verenigbaar verklaren met de interne markt. De daarbij te maken beoordeling is meestal gestandaardiseerd, in die zin dat het beleid in mededelingen, kaderregelingen en richtsnoeren uiteengezet is. De Commissie kan aan het geven van goedkeuring voorwaarden verbinden. Dat is een verschil met art. 107 lid 2, onder b VWEU.

De verhouding tussen de beide grondslagen ligt niet precies vast. Art. 107 lid 2, onder b VWEU zal vooral worden gebruikt om steunmaatregelen goed te keuren op grond waarvan zwaar getroffen sectoren als transport, horeca, toerisme en evenementenorganisatie compensatie krijgen voor corona-gerelateerde schade. Wanneer de economische gevolgen zich in grotere delen van de economie voordoen, zal art. 107 lid 3, onder b VWEU worden gebruikt.

In de kredietcrisis zijn alle staatssteunbesluiten genomen op deze laatste grondslag. De Commissie heeft toen in een eerste fase, soms letterlijk *overnight*, tijdelijk groen licht gegeven zodat steun kon worden uitgekeerd. De krachtmeting kwam een (klein) jaar later in de tweede fase, nadat de Commissie diverse 'crisismededelingen' had uitgevaardigd waarin zij de door haar te maken beoordeling flink had dichtgetimmerd.⁷ Haar bevoegdheid om aan de definitieve goedkeuring voorwaarden te verbinden verschafte de Commissie een machtige hefboom om beleidsmatige wensen door te drukken.⁸ ING is een van de banken die op last van de Commissie de helft of meer van haar balanstotaal hebben moeten afstoten als prijs voor de goedkeuring van ontvangen steun.⁹

4. Recente 'coronamaatregelen'

Op 12 maart jl. keurde de Commissie een Deens compensatieschema goed voor de annulering van evenementen met meer dan 1000 mensen. Met het schema was € 12 miljoen gemoeid. Klein bier dus en de Deense regeling

dateert uit het begin van de crisis. Ik noem dit besluit toch, niet alleen omdat dit het eerste 'coronabesluit' is, maar vooral omdat het is gebaseerd op art. 107 lid 2, onder b VWEU. De Commissie erkent, niet verrassend maar wel belangrijk, dat de uitbraak van COVID-19 een '*buitengewone gebeurtenis*' in de zin van die verdragsbepaling is. Verder gaat zij na of de steun in verband staat met de corona-uitbraak (ja natuurlijk) en of de steun proportioneel is. Bij dat laatste is van belang dat enkel daadwerkelijk geleden schade mag worden gecompenseerd.

Van groot belang is de *Tijdelijke kaderregeling* van 19 maart 2020, een soort beleidsregel. De Commissie zet daarin uiteen hoe zij staatssteun ter ondersteuning van de economie zal toetsen aan art. 107 lid 3, onder b VWEU.¹⁰ De Commissie heeft daarmee voor elk van de EU-lidstaten aanvaard dat zich een '*ernstige verstoring in de economie*' voordoet. De maatregelen die de Commissie op grond van de Tijdelijke kaderregeling verenigbaar met de interne markt kan verklaren, zijn de volgende:

- (a) Liquiditeitssteun in de vorm van rechtstreekse subsidies, terugbetaalbare voorschotten of belastingvoordelen tot € 800.000¹¹ per onderneming¹² en op basis van een steunregeling met een geraamd budget.¹³
- (b) Overheidsgaranties voor leningen van banken aan ondernemingen voor maximaal zes jaar. Er gelden minimale garantiepremies. Als leningen na 31 december 2020 doorlopen, gelden er maximale bedragen voor de hoofdsom.¹⁴
- (c) Rentesubsidie voor investerings- of werkkapitaal leningen. Hier gelden vergelijkbare voorwaarden als onder (b). Het is niet mogelijk voor dezelfde lening zowel overheidsgarantie als rentesubsidie te verkrijgen.¹⁵
- (d) Als banken steun doorgeven aan de reële economie ontvangen niet zij maar hun klanten steun. De voordelen moeten bij de klanten terecht komen in de vorm van meer financiering, hoger risicoprofiel, lagere rentes, etc.¹⁶
- (e) Kortlopende exportkredietverzekering als kan worden aangetoond dat de dekking voor export naar een bepaald land niet op de markt te krijgen is.¹⁷

Voor deze maatregelen komen alleen ondernemingen in

6 Deze bepaling is onder meer toegepast op steun aan de luchtvaart, zowel na de aanslagen van 9/11 als na de aswolken van de IJslandse vulkaan in 2008.

7 Zie B.J. Drijber en L. Burmester, 'Competition Law in a Crashed Economy: State Aid to the Financial Sector', *Ondernemingsrecht* 2009/136.

8 Zie het proefschrift van R.E. Lambalgan, *State aid to banks* (diss. EUR 2018) (IVO nr. 109), besproken door B.J. Drijber, *Ondernemingsrecht* 2018/124.

9 Zie Roel Janssen, *De afrekening*, Uitgeverij Balans (2019) over het dossier ING.

10 Mededeling van de Commissie – Tijdelijke kaderregeling inzake de staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak (C(2020) 1863 final van 19.3.2020).

11 De Commissie had aanvankelijk € 500.000 als bovengrens voorgesteld, maar na overleg met de lidstaten is dat € 800.000 geworden.

12 In het staatssteunrecht wordt met 'onderneming' bedoeld: een economische eenheid (een groep) en dus niet een vennootschap of een andere (afzonderlijke) rechtspersoon.

13 Tijdelijke kaderregeling, punt 22.

14 Tijdelijke kaderregeling, punt 25.

15 Tijdelijke kaderregeling, punt 27.

16 Tijdelijke kaderregeling, punt 31.

17 Tijdelijke kaderregeling, punt 32.

aanmerking die na 31 december 2019 in moeilijkheden zijn geraakt. Ondernemingen die al eerder, en dus niet als gevolg van restricties wegens de uitbraak van COVID-19, in moeilijkheden verkeerden, mogen hier dus niet van profiteren, ook niet als zij daardoor het fatale zetje hebben gekregen. De Tijdelijke kaderregeling loopt tot eind 2020, maar is wel verlengbaar.¹⁸

Om snel goedkeuring van de Commissie te kunnen krijgen dient een lidstaat een steunmaatregel conform genoemde kaders in te kleden. Een lidstaat zal moeten aantonen dat een aangemelde steunmaatregel noodzakelijk, passend en evenredig is om een ernstige verstoring van de economie van de betrokken lidstaat op te heffen.¹⁹ Als hulpmiddel voor aanmeldingen heeft de Commissie een *notification template* gepubliceerd.²⁰

In de eerste week na het van kracht worden van de Tijdelijke kaderregeling heeft de Commissie meer dan tien steunregelingen van diverse lidstaten goedgekeurd (Nederland zat daar niet bij). Zij werkt dus zeer snel. Zoals viel te verwachten, kijkt de Commissie of de aangemelde steunregeling binnen het malletje van de Tijdelijke kaderregeling past. Alle besluiten zijn te vinden op één overzichtelijke webpagina.²¹

5. Reikwijdte art. 107 lid 2, onder b VWEU

De vraag is wat er nog overblijft voor art. 107 lid 2, onder b VWEU. Mijn indruk is dat de Commissie besluiten op grond van deze rechtsgrondslag in hoge mate wil gelijk trekken met besluiten op grond van art. 107 lid 3, onder b VWEU, daarmee het karakter van wettelijke exceptie misskend. Tekenend is dat de Commissie in de hiervoor genoemde Deense zaak concludeert dat zij heeft besloten geen bezwaar te maken tegen de Deense steun omdat die verenigbaar is met art. 107 lid 2, onder b VWEU. Daarmee koos zij voor exact dezelfde formulering als in besluiten waarin zij goedkeuring geeft op grond van art. 107 lid 3, onder b VWEU, waar die goedkeuring onbetwist een constitutief effect heeft.

De Commissie heeft ook voor aanmeldingen op grond van art. 107 lid 2, onder b VWEU een *template* gepubliceerd, met daarin de informatie die moet worden aangeleverd en de eisen waaraan de onderbouwing van het steunbedrag moet voldoen. Deze *template* bevat een aparte bijlage voor de transportsector. Dat lijkt erop te wijzen dat eventuele reddingssteun voor luchtvaartmaatschappijen op deze grond zal worden beoordeeld.

Op de voet van art. 107 lid 2, onder b VWEU mag ook aan banken compensatie worden toegekend voor *directe schade* die zij lijden als gevolg van de COVID-19 uitbraak. De Tijdelijke kaderregeling verduidelijkt in dat verband dat dergelijke steun niet zal worden behandeld als 'buitengewone openbare financiële steun' en daarom niet een indicator vormt dat een bank faalt of dreigt te falen.²²

6. Vooruitblik

De Tijdelijke kaderregeling is de grondslag waarop de bulk van de corona-gerelateerde steunmaatregelen zal worden beoordeeld. Mogelijk zal de kaderregeling op basis van opgedane ervaringen na verloop van tijd worden aangepast. Misschien zien nog andere 'mededelingen' en *templates* het licht.

Ik verwacht dat de Commissie gaandeweg de teugels strakker zal gaan aantrekken. Zij zal tegen iedere prijs de controle willen behouden. In de kredietcrisis heeft die opstelling geleid tot een herschikking van het bankenlandschap. Daarbij speelde echter de perceptie mee dat banken overeind waren gehouden met geld van de belastingbetaler terwijl zij zelf de crisis hadden veroorzaakt. De coronacrisis is van een heel andere orde: zij raakt genoeg alle sectoren van de economie en heeft een externe oorzaak.

Spannend wordt nog, ook in Nederland, of het op uitvoeringsniveau lukt om (grootschalig) misbruik van de diverse steunregelingen tegen te gaan. Ik verwacht dat de Commissie zich daar vanaf enig moment mee zal gaan bemoeien. Zij eist namelijk steeds dat 'overcompensatie' moet worden voorkomen. Om dat te kunnen controleren zou zij de administratieve eisen wel eens kunnen gaan opschroeven. Voor je het weet wordt staatssteun dan weer een erg technische en bureaucratische aangelegenheid.

¹⁸ Tijdelijke kaderregeling, punt 39.

¹⁹ Tijdelijke kaderregeling, punt 19.

²⁰ Zie: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/forms.html.

²¹ Zie https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html.

²² Tijdelijke kaderregeling, punt 6. Zie art. 2 lid 1, onder 28 van Richtlijn 2014/59/EU ('BRRD') en art. art. 3 lid 1, onder 29 van Verordening 806/2014 ('SRMR') over de afwikkeling van banken.